



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

LOS PARTIDOS POLÍTICOS FRENTE A LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
ARNULFO DANIEL MATEOS DURÁN

ASESOR: Dr. LORENZO CÓRDOVA VIANELLO
DIRECTOR: Dr. EDMUNDO ELÍAS MUSI

CIUDAD UNIVERSITARIA, D.F

2012





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas

Tesis Digitales

Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DE AMPARO

Cd. Universitaria, D.F., 11 de junio de 2012.

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que el pasante **MATEOS DURÁN ÁRNULFO DANIEL**, con número de cuenta 30478407-1 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada **"LOS PARTIDOS POLÍTICOS FRENTE A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL"**, realizada con la asesoría del profesor Dr. Lorenzo Córdova Vianello.

Con fundamento en los artículos 8° fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo profesional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
DIRECTOR DEL SEMINARIO


LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI
FACULTAD DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

*mpm



México, Distrito Federal, a 31 de mayo de 2012

Dr. Edmundo Elías Musi
Director del Seminario de Derecho Constitucional
De la Facultad de Derecho de la UNAM
PRESENTE

Como asesor de tesis de la alumno Arnulfo Daniel Mateos Durán con Número de Cuenta 304784071, quien pretende obtener su titulación de la Licenciatura en Derecho mediante la modalidad de *Tesis y Examen Profesional*, someto a su consideración lo siguiente.

El alumno bajo mi dirección ha terminado amplia y satisfactoriamente con el trabajo de tesis intitulado "Los partidos políticos frente a la justicia constitucional", inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional, cuyo seguimiento he seguido puntualmente. Por lo que, si tiene a bien considerarlo, su trabajo está listo para iniciar los trámites reglamentarios para poder ser sometido, en su caso, a examen profesional para su discusión.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Lorenzo Córdova', with a large, sweeping loop above it.

Dr. Lorenzo Córdova Vianello

Este trabajo está dedicado a todas aquellas personas que han contribuido en mi formación académica y personal, es decir, está dedicada a mis maestros. Y en especial, a aquellos dos maestros que la vida me ha regalado, y que son mis padres.

A todos ustedes dedico este esfuerzo.

Agradecimientos

A mis padres por todo lo que me han dado y a mi familia por ser el soporte de mi alegría.

Al Dr. Lorenzo Córdova Vianello por todo el apoyo académico y personal que me ha brindado a lo largo de mi carrera profesional. Y en especial por haberme guiado con sus comentarios y consejos a través de la realización de esta tesis. También, quiero agradecer a su esposa Magdalena (Male) Cervantes Alcayde por el apoyo anímico que me ha brindado siempre que la veo.

A mi colega y compañero Lic. Rafael Caballero Hernández por la ayuda y los consejos que me ha brindado.

Quiero agradecer también al proyecto de “Argumentación Jurídica” DGAPA PAPIIT IN405309 coordinado por el Dr. Juan Antonio Cruz Parceró, ya que a partir de este proyecto me fue posible fundamentar algunos conceptos de mi tesis.

A la Lic. Guadalupe Juárez y al Dr. Rosalío López por su apoyo académico y espiritual en el desarrollo de esta tesis.

Al Dr. Imer Flores por la amistad, confianza y la ayuda que me ha proporcionado.

Al Dr. César Astudillo por haberme permitido ser parte de distintos proyectos de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Al Dr. Pedro Salazar por sus enseñanzas y por la invitación a distintos seminarios que contribuyeron a delinear mi tema de tesis.

Quiero agradecer especialmente a Axel Sosa y Jorge Urbina por las correcciones realizadas a este trabajo. Muchas Gracias!!!

A mis compañeros de trabajo de la Revista de la Facultad de Derecho de México: la Lic. Brindis María Teresa, Sergio Luna, Guillermo Maya (Don Memo) e Irma Mora Trejo.

A mis compañeros y hermanos tesistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: Gregorio Barco, Jesús Barajas, Paola RUCA, Miriam Castro, Emilio Castro Bizarrete, Paola Calderón, Diana Díaz, Belén Hernández, Caridad Hernández, Paulina Guillén, Marcos Martínez, Carolina Miranda, Verónica Aidée Palacios, Pamela Padilla, María Guadalupe Salmoran, Oscar Torres y Mariana Treviño.

A mis compañeros de la Facultad de Derecho de la UNAM: Adrian Aguilar, Omar Alonso, Eduardo Anaya, Carolina Ceron, Diego Gatika, Nalleli Guzmán, Miguel Herbaz, Claudio Mendoza, Alexis M. León, Mauricio Oloarte, Piero Mattei-Gentili, Juan Eduardo Rojas, Sylvia Samano, Karen Silva, Walter Solis, Helena Tolento, Rafael Vargas. En especial a Carla¹ Trujillo, Victoria² Espinoza, Karen³ Rubio, Ana Gabriela⁴ Olmos y Lillian Garduño.

Por último, pero no por ello menos importante, a la **Universidad Nacional Autónoma de México**, pues es gracias a ella que he alcanzado varias metas y es debido a ella que alcanzaré otras más.

«No hay, pues, sobre la tierra autoridad tan responsable en sí misma, o revestida de un derecho tan sagrado, que yo quisiera dejar sin control y dominar sin obstáculos. Cuando veo conceder el derecho y la facultad de hacerlo todo a un poder cualquiera, llámese pueblo o rey, democracia o aristocracia, digo: Aquí está el germen de la tiranía, y trato de ir a vivir bajo otras leyes».

Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*.

«Usted no tiene mucha experiencia en asuntos procesales» dijo K. «No, no la tengo», dijo la señorita Bürstner, «y más de una vez lo he lamentado, porque me gustaría saberlo todo, y precisamente me interesan sobremanera las cosas de los tribunales. El tribunal ejerce en nosotros una extraña atracción ¿no?»

Franz Kafka, *El Proceso*.

«Aquello que no palpáis, está cien leguas distante de vos; aquello que no comprendéis, para vos no existe; aquello que no calculáis, creéis que no es verdad; aquello que no pesáis, no tiene para vos peso alguno; aquello que no podéis amonedar, imagináis que nada vale».

J. W. Goethe, *Fausto*.

LOS PARTIDOS POLÍTICOS FRENTE A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO.- MARCO TEÓRICO

1.1. DEMOCRACIA

1.1.1. CONCEPTO DE DEMOCRACIA	4
-------------------------------------	---

1.1.2. LA DEMOCRACIA DE LOS ANTIGUOS FRENTE A LA DEMOCRACIA DE LOS MODERNOS O POSTEROS	7
---	---

<i>A) Democracia de los antiguos.....</i>	9
---	---

<i>B) Democracia de los modernos o de los postreros.....</i>	13
--	----

1.1.3. DEMOCRACIA Y AUTONOMÍA	17
-------------------------------------	----

1.1.4. LA IGUALDAD EN LA DEMOCRACIA	20
---	----

1.1.5. LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA EN LA DEMOCRACIA	23
--	----

1.1.6. LA PLURALIDAD EN LA DEMOCRACIA	27
---	----

1.1.7. LOS UNIVERSALES PROCEDIMENTALES DE BOBBIO	29
--	----

1.1.8. DEMOCRACIA SUSTANCIAL	38
------------------------------------	----

1.1.9. CONCLUSIONES DEL TEMA	42
------------------------------------	----

1.2. CONSTITUCIONALISMO

1.2.1. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN	44
1.2.2. LA APARICIÓN DEL ESTADO MODERNO COMO PRESUPUESTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL	48
1.2.3. DIVISIÓN DE PODERES Y <i>CHECKS AND BALANCES</i>	52
1.2.4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA CONSTITUCIONAL	60
1.2.5. LAS REVOLUCIONES INGLESA, AMERICANA Y FRANCESA COMO ANTECEDENTES PRIMIGENIOS DEL CONSTITUCIONALISMO	
<i>A) Inglaterra</i>	65
<i>B) La Revolución Americana</i>	72
<i>C) La Revolución Francesa</i>	79
1.2.6. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	86
1.2.7. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL COMO LÍMITE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL	90
1.2.8. CONCLUSIONES DEL TEMA	94
1.3. TENSIONES ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA	
1.3.1. LA TENSIÓN INHERENTE DE LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES	95
1.3.2. EL CONTROL DEL PODER POLÍTICO COMO ELEMENTO CLAVE DE LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES	100
<i>A) El control político o Machtstaat</i>	105
<i>B) El control jurídico o Rechtstaat</i>	109

1.3.3. OBJECIONES A LA DEMOCRACIA Y AL CONSTITUCIONALISMO

A) La tiranía de la democracia113

B) El gobierno de los jueces y la objeción contramayoritaria116

1.3.4. CONCLUSIONES DEL TEMA120

CAPÍTULO SEGUNDO.- JUSTICIA CONSTITUCIONAL

2.1. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL? 122

2.2. SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD128

A) Modelo europeo o concentrado..... 129

B) Sistema americano o difuso 132

C) Sistema mixtos137

2.3. LOS MEDIOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD138

2.4. SENTENCIAS CONSTITUCIONALES 142

A) Tipos.....143

B) Efectos..... 146

2.5. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL..... 149

2.6. LAS CUESTIONES POLÍTICAS COMO ACTOS NO JUSTICIABLES.....154

2.7. CONCLUSIONES DEL TEMA..... 159

CAPÍTULO TERCERO.- PARTIDOS POLÍTICOS

3.1. UNA BREVE CONSIDERACIÓN RESPECTO A LOS PARTIDOS POLÍTICOS161

A) Definición164

B) Función169

C) Tipos.....	171
D) Sistema de Partidos.....	173
3.2. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS	177
3.3. REGULACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS	179
A) Regulación externa	182
B) Regulación interna y democracia interna	184
3.4. DEMOCRACIAS “PROTEGIDAS”	187
3.5. CONCLUSIONES DEL TEMA.....	189

CAPÍTULO CUARTO.- EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

4.1. DILEMAS DEL CONTROL.....	191
A) Los partidos políticos como el ejercicio del derecho de asociación	193
B) Posibles conflictos del derecho de asociación con otros derechos fundamentales	198
4.2. AUTONOMÍA VERSUS INTERVENCIÓN.....	203
4.3. ¿CUÁL ES NUESTRA POSICIÓN?.....	205
I) Intervención de la justicia constitucional derivada de violaciones a reglas constitucionales	213
II) Intervención de la justicia constitucional derivada de conflictos entre el derecho asociación y los derechos de sus afiliados.....	216
4.4. CASOS EMBLEMÁTICOS.....	218

<i>A) Democracia militante y la inconstitucionalización del Partido</i>	
<i>Socialista Alemán por el Tribunal Constitucional Alemán</i>	219
<i>B) La ilegalización de Batasuna por el Tribunal Supremo</i>	
<i>Español</i>	224
<i>C) Modificación de los Estatutos del Partido Verde Ecologista</i>	
<i>de México por el Tribunal Electoral del Poder Judicial</i>	
<i>de la Federación</i>	230
4.5. CONCLUSIONES DEL TEMA	236
 CONCLUSIONES FINALES	 238
 BIBLIOGRAFÍA	 247

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es explicar la relación existente entre los partidos políticos y los órganos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, en otras palabras, la justicia constitucional. La razón de haber escogido este objeto de estudio, subyace en el interés por estudiar las tensiones entre democracia y constitucionalismo. En este sentido, consideramos que las tensiones derivadas de la relación entre partidos políticos y la justicia constitucional, son a su vez un reflejo de las tensiones entre democracia y constitucionalismo. Si bien ambos conceptos han logrado confluir en las llamadas democracias constitucionales, esta confluencia no está exenta de problemas. Es por ello, que hemos decidido estudiar a los mejores exponentes de cada uno de estos conceptos, es decir, a los partidos políticos como actores del juego democrático y a la justicia constitucional como la encargada de verificar el orden constitucional.

Los partidos políticos actualmente forman parte de todo régimen de gobierno que haya adoptado una forma de gobierno democrática, por lo que constituyen elementos indispensables en toda democracia. Asimismo, la justicia constitucional es necesaria para garantizar la supremacía de la Constitución, pues son los jueces y los magistrados constitucionales los encargados de verificar que las normas y actos dentro de un Estado sean congruentes con la Constitución. Es a partir del estudio de estos actores que es posible comprender qué papel deben jugar en las democracias constitucionales.

En este sentido, y para un mejor desarrollo de nuestro objeto de estudio, hemos dividido este estudio en los siguientes capítulos:

- I. En el primer capítulo desarrollaremos nuestro marco teórico, de tal manera, que hemos decidido dividirlo en tres apartados.

En el primer apartado estudiaremos la forma de gobierno llamada democracia, por lo que mencionaremos aquellos principios que enarbola, así como aquellas reglas y requisitos necesarios para poder identificar esta forma de gobierno respecto de otras. Además, estudiaremos el fenómeno de la representación política, como un producto de la masificación demográfica de los Estados modernos. Por último, analizaremos la dimensión formal y sustancial de la democracia.

En el segundo apartado estudiaremos el movimiento llamado constitucionalismo y –del mismo modo que en el caso de democracia– señalaremos aquellos elementos indispensables del llamado Estado constitucional. De igual modo, analizaremos las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII, ya que fueron éstas las que han determinado la esencia moderna del constitucionalismo. Para concluir, describiremos los principios de supremacía y rigidez constitucional.

En el tercer apartado señalaremos las tensiones inherentes de las democracias constitucionales. Además, señalaremos la naturaleza de los medios de control del poder por parte del Estado. Mencionaremos la problemática producto de la cuestión de a quién debe corresponder el papel de fungir como garante de la democracia. También revisaremos las más recurrentes críticas hacia la democracia y el constitucionalismo.

II. En el segundo capítulo describiremos el papel de la justicia constitucional dentro del Estado constitucional, en especial, analizaremos los sistemas de control de la constitucionalidad. También señalaremos una tipología de los medios de control y sus efectos. Abordaremos la interpretación constitucional y mencionaremos los requisitos objetivos que deben contener las sentencias constitucionales. Por último, explicaremos el papel del control de la constitucionalidad frente a las cuestiones

políticas, estas últimas consideradas en un principio como actos no justiciables.

III. En este capítulo estudiaremos el papel que juegan los partidos políticos dentro de la democracia, así como también la importancia que han ido adquiriendo a través del tiempo en la misma. También explicaremos su función y analizaremos los sistemas de partidos. Del mismo modo, abordaremos los efectos derivados de la constitucionalización de los partidos políticos en su esfera externa e interna.

IV. En este capítulo describiremos la relación entre los partidos políticos y la justicia constitucional. Subrayaremos los dilemas producto de esta relación y analizaremos los conflictos producto del binomio intervención vs. autonomía. Asimismo, describiremos la función de los partidos políticos como el ejercicio del derecho de asociación. También en este capítulo tomaremos una posición acerca del papel que debe realizar la justicia constitucional respecto de los partidos políticos, y fundamentaremos nuestra decisión a partir de casos emblemáticos de control de la constitucionalidad a partidos políticos.

Para concluir, consideramos que el estudio de la relación partidos político-justicia constitucional es esencial para comprender las llamadas democracias constitucionales, y a partir de esta comprensión, podremos determinar cuáles son los límites y funciones de cada uno de estos actores.

CAPÍTULO PRIMERO.- MARCO TEÓRICO

1.1. DEMOCRACIA

1.1.1. CONCEPTO DE DEMOCRACIA

Antes de abordar el tema relacionado a la forma de gobierno conocida como “democracia”, es necesario partir de un concepto de la misma, de tal modo que no existan equívocos al momento de referirnos a ésta. Por lo que podemos decir que la democracia es una de las formas de gobierno que pueden adoptar los Estados, la cual se caracteriza por la participación de los integrantes de la sociedad, de manera directa o indirecta, en la toma de decisiones políticas que van afectar a los miembros de la misma.¹ La participación de los individuos está condicionada por requisitos específicos de participación (o estatus de ciudadano)² en cada Estado, por lo que la cantidad de sujetos que participan en la toma de decisiones puede tomar distintos matices.³ Sin embargo, esta visión⁴

¹ Si bien la esencia de la democracia consiste en la participación de los individuos que conforman la sociedad en la toma de las decisiones políticas que los van afectar, todavía no existe un acuerdo respecto de qué requisitos son necesarios para alcanzar este fin. Por un lado tenemos a quienes consideran que la democracia es garantizada a partir de ciertas reglas y procedimientos (democracia procedimental), y por el otro, hay quienes consideran que no son suficientes solamente las reglas y los procedimientos, en cambio son necesarios ciertos principios que den contenido a la democracia (democracia sustancial). Independientemente de la posición que se tome, existe un consenso general respecto del papel de la democracia como forma de gobierno que permite y garantiza la autonomía e igualdad de los individuos.

² Por ciudadanía entendemos el derecho subjetivo de participar en la vida política de un Estado. Este derecho pertenece al hombre por razón de verse sometido a las normas dentro de un Estado y no por razón de pertenencia al mismo. En este sentido, el estatus de ciudadanía puede adquirirse por razón de permanencia temporal en un Estado determinado.

³ Respecto de este punto podemos señalar que la existencia de mayores o estrictos requisitos para adquirir la titularidad de los derechos de ciudadanía tiene como consecuencia un menor número de sujetos con la facultad de participar políticamente, del mismo modo, la existencia de menores o más laxos requisitos implica una mayor cantidad de individuos capaces de participar en la toma de decisiones políticas. El número de requisitos para adquirir el estatus de ciudadanía varía en cada país, sin embargo, gracias a la expansión del sufragio universal podemos observar una disminución en el número de requisitos para

de la democracia es realizada a través de la lente de la modernidad, puesto que la democracia no siempre fue vista como la mejor forma de gobierno, aun siendo considerada como una de las formas naturales de organización política, el juicio axiológico respecto a la democracia no siempre fue positivo.

Dentro de la teoría política, la democracia ha sido considerada desde la antigüedad como una de las formas naturales de organización política de la sociedad. Si bien en un principio era considerada como una de las tres formas únicas⁵ –con sus respectivas degeneraciones–⁶ de Estado posibles. Por lo general considerada la más nociva de éstas, más adelante esta concepción sufriría un viraje radical, donde no sólo la concepción axiológica de ésta cambiaría, sino además, alcanzaría un mayor grado de tecnificación.

Este cambio de percepción de la democracia obedece a una evolución histórica y conceptual de dicha forma de gobierno. En parte es producto de la

adquirir la ciudadanía, y por ende un ensanchamiento en el número de individuos que gozan del estatus de ciudadanía.

⁴ En específico, esta concepción de democracia pertenece a Hans Kelsen, quien a partir de una clasificación dicotómica considera que las distintas formas de gobiernos consisten en variantes de dos polos opuestos que son la autocracia y la democracia. La autocracia como la describe Kelsen, consiste en la forma de gobierno donde los integrantes de la sociedad no participan del proceso de toma de decisiones, ya que éstas son tomadas por un individuo que no está sujeto a las mismas. Mientras que la democracia se caracteriza porque los individuos, objeto de las decisiones políticas, participan en su proceso de formación. Así, para Kelsen sólo la democracia puede garantizar la libertad de los individuos porque en ella gozan de libertad política, es decir, son libres porque están sometidos a su propia voluntad y no a la ajena. Cfr. KELSEN, Hans, *Esencia y Valor de la Democracia*, 1a. ed., México Ediciones Coyoacán, 2005.

⁵ Entre los primeros autores que comenzaron a estudiar las distintas formas de gobierno que pueden adoptar las comunidades, encontramos a Aristóteles, quien realiza la siguiente clasificación: “Acostumbramos, pues, llamar al gobierno de uno que va encaminado a la común utilidad *reino*, pero al de pocos, que ya son más de uno, *aristocracia*, que significa señorío de buenos, o porque los que gobiernan y señorean son buenos, o porque va enderezado el gobierno a lo que es bueno para la ciudad y para los que de ella participan. Pero cuando la comunidad rigiere, encaminada a común utilidad, llámase a aquel gobierno del nombre que es común a todos los gobiernos: público gobierno”. ARISTÓTELES, *Política*, España, Ediciones Folio, 2002, t. I, pp. 135-136.

⁶ Las formas degeneradas de las tres formas naturales de gobierno (monarquía, aristocracia y democracia o gobierno popular) son descritas y estudiadas en las teorías políticas de Platón, Aristóteles y Polibio. Cfr. BOBBIO, NORBERTO, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 7a. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

intervención de grandes autores de la teoría política, que tenían como objetivo encontrar (o describir) la mejor forma de gobierno dentro de los Estados nacientes, o aquellos que buscaban una mejor forma de administrar el poder. Pero además, este cambio de perspectiva se debe a los distintos movimientos sociales que tenían como objetivo la búsqueda de mejores condiciones de igualdad y libertad entre los individuos, y sobretodo, posibilitar a éstos para poder participar en la dirección de la sociedad.⁷

En la actualidad la percepción de la forma de gobierno democrática ha gozado de una gran aceptación en gran parte de los Estados del mundo, y es a partir de la segunda mitad del siglo xx que se puede identificar una ola expansiva democrática, en especial en las antiguas colonias europeas. Dichos movimientos utilizaron como bandera los principios democráticos como instrumentos para alcanzar autonomía, y de esta forma lograr que cada Estado fuera capaz de decidir su rumbo político.⁸

Este trabajo no pretende realizar un estudio extensivo de la democracia, sin embargo, para comprender de una mejor manera nuestro objeto de estudio –los partidos políticos y la justicia constitucional– es menester realizar un

⁷ Este proceso de evolución de la democracia no escapa de la vista de autores de Norberto Bobbio, como bien nos señala Ermanno Vitale: “La imagen generalizada es la del pueblo, de la masa, como una gran bestia feroz que debe domarse y mantenerse alejada del poder político; de hecho podemos agregar, esta imagen es casi idéntica a aquella netamente antidemocrática, que los liberales conservadores en el siglo XIX ofrecían a las masas populares. A pesar de ello, nos dice Bobbio, en la modernidad y especialmente en el siglo XX el juicio acerca de la democracia se ha invertido; ésta se ha convertido en la forma de gobierno que todos consideran la mejor”. VITALE, Ermanno, *“Futuro de la democracia”*, en CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, (coord.), *Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones*, 1a. ed., México, Universidad Autónoma de México el Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 87-87.

⁸ Samuel P. Huntington identifica un aumento en el número de países que adoptaron la forma de gobierno democrática en el periodo que comprende los años de 1974 a 1990. Huntington llama a estas transiciones “olas de la democracia”, lo que entiende Huntington por olas de la democracia es lo siguiente: “[...] es un conjunto de transiciones de un régimen no democrático a otro democrático, que ocurren en un determinado periodo de tiempo y que superan significativamente a las transiciones en dirección opuesta durante ese mismo periodo. Una ola también implica habitualmente la liberalización o la democratización parcial en sistemas políticos que no se convierten por completo en democráticos”. HUNTINGTON, Samuel P, *La tercera ola democrática. La democratización a finales del siglo XX*, 1a. ed., Buenos Aires, Paidós, 1994, p. 26.

pequeño esbozo que permita ubicarnos mejor en las llamadas democracias constitucionales. Esta sección pretende mostrar aquellos elementos esenciales de la democracia, así como aquellos fenómenos que encontramos en ellas (por ejemplo el fenómeno de la representación política). De tal manera que proseguiremos con un estudio de aquellos elementos importantes dentro de la forma de gobierno democrática, independientemente del adjetivo que enarbole, y señalaremos gracias a diversos autores –entre ellos Norberto Bobbio– aquellos requisitos mínimos que son necesarios para el desarrollo del *juego democrático*, y que Bobbio ha llamado *universales procedimentales*.

1.1.2. LA DEMOCRACIA DE LOS ANTIGUOS FRENTE A LA DEMOCRACIA DE LOS MODERNOS O POSTREROS

Un desarrollo completo de la evolución histórica y conceptual de la democracia necesitaría un trabajo muy extenso, que para el objeto de nuestro estudio no es posible realizarlo. Sin embargo, tampoco eso implica que el estudio a continuación padezca de insuficiencia. Es por ello que fundamentaremos nuestra posición en autores considerados clásicos, los cuales serán piedra angular de nuestro desarrollo conceptual.

Por ello nos hemos decantado por la línea epistemológica de Norberto Bobbio, el cual a través de un modelo dicotómico –es decir, el contrastar dos conceptos irreductibles que son opuestos– divide la evolución de la democracia en: *la democracia de los antiguos frente a la de los postreros o modernos*.

Para Bobbio todas las formas de gobierno tienen como objetivo responder a dos preguntas fundamentales ¿cómo?, y ¿quién?, ejerce el poder dentro del Estado. De tal manera que las distintas formas de gobierno describen la forma en la cual el poder es administrado y además señala sobre quién recae la titularidad de la toma de decisiones. Es a partir de la respuesta a éstas

preguntas que es posible clasificar las formas de gobierno en monarquía (el gobierno de uno solo), aristocracia (el gobierno de pocos) y democracia (el gobierno del pueblo).⁹

A través de un enfoque prescriptivo y descriptivo Norberto Bobbio señala las diferencias existentes entre la democracia de los antiguos y la de los modernos. La primera en su carácter descriptivo se caracterizaba por un procedimiento de democracia directa¹⁰ por parte de los ciudadanos, mientras que en su concepción prescriptiva el juicio axiológico que recibía tal forma de gobierno era negativo; entre los autores que mantenían esta perspectiva negativa respecto de la democracia podemos mencionar a Polibio, quien consideraba a la democracia como una mala forma de gobierno por su carácter de inestabilidad.¹¹ La segunda por su parte, en su enfoque descriptivo se caracterizaba por una democracia representativa,¹² lo cual dio origen al fenómeno de la representación política; este fenómeno fue producto de la masificación y complejización de los Estados. En cuanto al juicio axiológico que recibe –a diferencia de los antiguos– es positivo, ya que la democracia incorpora y potencia los principios de autonomía e igualdad. Las razones de este giro de timón son varias, sin embargo, Norberto Bobbio identifica dos razones principales:

⁹ Es necesario subrayar que esta clasificación de las formas de gobierno forma parte de las teorías políticas de Platón, Aristóteles y Polibio. De tal modo que existen otras clasificaciones, entre las que podemos mencionar están la de Maquiavelo (Principado-República), Montesquieu (Monarquía, República y Despotismo) y Hans Kelsen (Democracia-Autocracia). Cfr. *Ídem*.

¹⁰ Por democracia directa entendemos: “[...] es aquella en la cual los ciudadanos votan para determinar ellos mismos el contenido de las decisiones colectivas [...]”. BOBBIO, Norberto *et. al.*, *Diccionario de política*, 5a. ed., México, Siglo XXI, 1988, p. 42.

¹¹ Para Polibio las tres formas naturales de gobierno (monarquía, aristocracia y democracia) eran formas simples que por sí mismas no pueden escapar de un ciclo que las alterna a través del tiempo, por lo que él considera que una forma mixta es más estable, y por ende puede durar más tiempo. Cfr. *Ibidem*, p. 49.

¹² Por democracia representativa entendemos: “[...] es aquella en la cual los ciudadanos votan para determinar quién deberá tomar las decisiones colectivas, es decir, elegir sus representantes. La institución fundamental que es común a todos los regímenes democráticos contemporáneos es la elección de representantes a través del sufragio universal. *Ídem*.

De las dos diferencias entre la democracia moderna y la antigua, la primera fue producto natural de condiciones históricas cambiantes; la segunda, por su parte, fue resultado de una diferente concepción moral del mundo. El cambio de la democracia directa a la representativa se debió a una cuestión de facto; la modificación del juicio sobre la democracia como forma de gobierno implica un asunto de principio. La mutación histórica consistió en el paso de la ciudad-Estado a los grandes Estados territoriales.¹³

Como bien señala Bobbio, las diferencias esenciales entre la democracia de los antiguos y la de los modernos o postreros, son producto de la convergencia de factores históricos y teóricos. Estos factores modificaron de una manera radical la concepción que se tenía de la democracia, no sólo en su aspecto valorativo, sino además en sus elementos técnicos o de realización (forma de toma de decisiones). Empero, es necesario realizar un estudio más profundo respecto de estas dos perspectivas de democracia.

A) Democracia de los antiguos

Los primeros estudios políticos llevados a cabo por los clásicos consideraban que toda sociedad solamente podía adoptar las siguientes formas de Estado: monarquía, aristocracia y democracia; a su vez estas formas de Estado contaban con sus versiones degeneradas que eran: tiranía, oligarquía y demagogia (o también llamada democracia, que se diferenciaba de la democracia virtuosa por un mayor grado de libertinaje). Cada una de estas formas de Estado era natural en toda sociedad humana, y bajo una concepción determinista era muy probable que toda sociedad/*polis* adoptara una en un periodo específico. Es decir, estas formas de gobierno representaban el ciclo

¹³ BOBBIO, Norberto, *Teoría General de la Política*, 3a. ed., España, Trotta, 2009, p. 407.

vital de cada sociedad, la cual contaba con épocas de esplendor y otras de decadencia.¹⁴

Para los antiguos el objetivo primordial del Estado era la organización y buen desempeño del poder estatal, de tal manera que para los grandes politólogos de la antigüedad era de su desagrado formas de gobierno que permitiesen la existencia de una discordancia dentro del poder del Estado. Bajo esta dinámica, cada autor buscaba encaminar la construcción de un gobierno apto para administrar el poder, el cual no fuera susceptible de desmoronarse. Este temor al desorden dentro del gobierno de un Estado podemos observarlo en autores como Polibio, quien exalta al Imperio Romano debido a su longevidad como Estado; dicha longevidad se debe, según Polibio, a una forma de gobierno mixta en la cual el poder se encontraba equilibrado.¹⁵

De este modo, cada autor proponía la que consideraba como la más virtuosa o excelsa forma de gobierno, y es partir de esta forma ideal que las demás devienen a ser su natural proceso de degeneración. La visión que tenían los antiguos de la sociedad era una visión organicista,¹⁶ ellos consideraban que era primero el Estado que el individuo, ya que era natural que todos los hombres se reunieran en sociedades, por lo tanto, el ser humano como un individuo autónomo del Estado no era algo que formara parte de la naturaleza. Esta idea del Estado podemos observarla en autores como Aristóteles, quien postulaba lo siguiente:

¹⁴ Esta perspectiva determinista podemos observarla en los clásicos como Polibio y Platón. *Cfr.* BOBBIO, NORBERTO, *La teoría de las formas...*, *op. cit.*

¹⁵ Polibio consideraba al Imperio Romano como el mejor ejemplo para demostrar las virtudes de adoptar un gobierno mixto, esta percepción podemos observarla a continuación: “Licurgo [...] promulgó una constitución no simple ni homogénea, sino que juntó en una las peculiaridades y las virtudes de las constituciones mejores. Así evitaba que alguna de ellas se desarrollara más de lo necesario y derivara hacia su desmejoramiento congénito; neutralizada por las otras la potencia de cada constitución, ninguna tendría un sobrepeso ni prevalecería demasiado, sino que, equilibrada y sostenida, en su nivel, se conservaría en ese estado el máximo tiempo posible, según la imagen de la nave que vence la fuerza del viento contrario (VI, 10)”. Citado por Norberto Bobbio en *Ibidem*, p. 50.

¹⁶ *Cfr.* SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, 10a. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

Además, la ciudad es, por naturaleza, anterior a la familia y a cada uno de nosotros individualmente. Es, en efecto, necesario que el todo sea anterior a la parte, una vez destruido el cuerpo entero no habrá ni pie ni mano, a no ser por homonimia, al modo como alguien podría hablar de una mano de piedra... Es pues, evidente que la ciudad es también anterior por naturaleza al individuo; pues si el individuo, tomado en solitario, no se basta a sí mismo, será como las partes respecto al todo en los casos mencionados. En cuanto al que es incapaz de formar parte de una comunidad o al que no necesita de ello por bastarse a sí mismo, no es en modo alguno parte de una ciudad, con lo que es o bien una fiera o un dios.¹⁷

La perspectiva axiológica de la democracia para los antiguos era por lo general negativa, esto se debía en gran medida a la consideración de que solamente un grupo determinado de individuos (o un solo individuo) debía contar con el control del gobierno y el poder político. La razón de esto yacía en la creencia de que la naturaleza dotaba a ciertos individuos de las facultades necesarias para gobernar y mandar, mientras que para los demás correspondía el papel de obedecer. La igualdad entre los hombres no era considerada como parte de la naturaleza humana,¹⁸ ya que en cualquier estrato, desde la familia hasta la comunidad, existía una relación de amo y subordinado.¹⁹ El peligro de la democracia se encontraba en su carácter lleno de vicios y en la posibilidad de caer en manos de los demagogos y aduladores.²⁰ Autores como Aristóteles

¹⁷ Aristóteles, *La Política*, en SAMARANCH, Francisco de P. (trad.), 1a. ed., España, Aguilar, 1982, p. 680-681.

¹⁸ Para Aristóteles esta desigualdad entre los hombres era producto de la naturaleza humana, esta condición es descrita a continuación: “La autoridad y la subordinación son condiciones no solamente necesarias, sino incluso útiles; y las cosas están señaladas desde su nacimiento unas para gobernar y otras para ser gobernadas”. *Ibidem.*, p. 684.

¹⁹ Como George H. Sabine nos explica, para los griegos cada individuo tiene un papel determinado en la sociedad, por lo que es obligación de cada individuo descubrir qué papel le corresponde tomar dentro de la polis. Por lo que existen personas que nacieron para ordenar y otras para obedecer, de este modo se garantiza una sociedad sana. *Cfr. Ibidem*, p. 33.

²⁰ La democracia era mal vista debido a su carácter popular, pues, en esta masa de personas se podía derivar inestabilidad al gobierno de la polis, en palabras de Norberto Bobbio: “En contraste, en la tradicional disputa sobre la mejor forma de gobierno, la democracia casi siempre fue colocada en el último

consideraban que la democracia era una forma negativa de gobierno, para él, la democracia constituía una forma degenerada del gobierno popular, en la cual existía la creencia de que todos los hombres eran iguales.²¹

Desde la perspectiva descriptiva el procedimiento democrático de los antiguos²² era la democracia directa, es decir, los ciudadanos se reunían en las plazas para discutir y tomar las decisiones de la vida política del Estado. Las ciudades-Estados contaban con una población reducida que permitía el empleo de procedimientos democráticos directos en la toma de decisiones, sin embargo, esta forma de toma de decisiones más adelante devendría en ser inviable por el aumento demográfico de los Estados.²³

Sin embargo, hay que puntualizar que en dicha votación no participaban la gran mayoría de los integrantes del Estado, puesto que solamente podían votar aquellas personas que cumplieran con ciertos requisitos, que en la mayoría de los casos eran requisitos pecuniarios o de estatus social. En la democracia de los antiguos el sufragio universal no era concebible, ya que había personas más iguales y libres que otras, en palabras de Robert Dahl: “El demos de la ciudad-Estado estaba aún más reducido por exclusión: no sólo se

lugar, precisamente en razón de su naturaleza de poder directo de la masa o del pueblo, al que generalmente se le atribuyeron los peores vicios: la frivolidad, la inconsecuencia, la ignorancia, la incompetencia, la insensatez, la agresividad, la intolerancia. La democracia nace, según el dicho clásico, de la violencia y no puede conservarse más que por la violencia”. BOBBIO, Norberto, *Teoría General de...*, *op. cit.*, pp. 405-406.

²¹ *Cfr.* ARISTÓTELES, *op. cit.*, pp. 135-137.

²² Por “antiguos” nos referimos a las concepciones político filosóficas anteriores a los movimientos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII. *Cfr.* HUNTINGTON, Samuel P., *op. cit.*

²³ Respecto de este punto George H. Sabine nos ofrece un panorama general del tamaño y población de la ciudad-Estado: “Comparada con los Estado modernos, la antigua ciudad-Estado era extremadamente pequeña, tanto en área como en población. Así, por ejemplo, todo el territorio del Ática no era sino un poco mayor de los dos tercios del área de Rhode Island, y por lo que respecta a población, Atenas era comparable a una ciudad como Denver o Rochester. Los datos numéricos son inseguros en grado sumo, pero podemos tomar como aproximadamente correcta una cifra algo superior a trescientos mil habitantes. Tal organización de un pequeño territorio dominado por una sola ciudad era típica de la ciudad-Estado”. SABINE, George H., *Historia...*, *op. cit.*, p. 31.

negaba los derechos políticos de las mujeres, como sucedió después en todos los países hasta este siglo, sino también a una parte sustancial de los hombres adultos. Así, el *démos* era siempre una minoría de la población masculina adulta, frecuentemente era una pequeña minoría”.²⁴ Al igual que en la perspectiva prescriptiva, la posibilidad de participar en la toma de decisiones obedecía a cuestiones de estatus social o pecuniarias. El acceso a la vida política por parte de la población era reducido, puesto que cada individuo tenía que cumplir su rol específico en la *polis*. De tal manera, que en la democracia de los antiguos la participación en la toma de decisiones políticas era llevada a cabo por pequeños grupos, pertenecientes a la élite de la sociedad, dentro de la asamblea. Esto daba como resultado que sólo una pequeña porción, respecto del total de individuos que formaban la *polis*, tomara las decisiones que regirían a todos.

B) Democracia de los modernos o de los postreros

Desde un punto de vista prescriptivo el punto de partida que separa las dos visiones, la de los antiguos frente a los modernos, parte de un cambio respecto de la concepción del hombre como individuo y como parte de la sociedad. Desde esta perspectiva las comunidades eran el conglomerado de individuos que decidían vivir en sociedad, de tal manera que la comunidad era un producto de este pacto social²⁵ entre los individuos, dando como resultado la creación de un Estado.²⁶ Esta *revolución copernicana*²⁷ no sólo transformaría la visión del

²⁴ DAHL, Robert A., *Los dilemas del pluralismo democráticos. Autonomía versus control*, 1a. ed., México, Alianza, 1991, p. 19.

²⁵ Para Rousseau era necesario que los individuos constituyeran un momento fundacional en el cual todos éstos acordaran unirse como sociedad, y de tal modo realizar un pacto social. En palabras de Rousseau: “Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el contrato social”. ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, México, Ediciones Coyoacán, 1997, p. 19.

²⁶ Esta visión individualista es descrita por Norberto Bobbio de la siguiente manera: “Concepción individualista significa que primero está el individuo, se entiende, el individuo singular, que tiene valor por sí mismo, y después está el Estado, y no viceversa. Que el Estado está hecho para el individuo y no el individuo para el Estado, en fin, por citar el famoso artículo 2 de la *Declaración* del 89, la conservación de

hombre como un individuo autónomo de la *polis*, sino además modificaría el carácter axiológico de las formas de gobierno, las cuales ahora serán valoradas de acuerdo con el grado de autonomía e igualdad que ofrezcan a los individuos en la toma de decisiones políticas dentro de la sociedad.²⁸

Bajo esta concepción el ser humano como individuo era el origen y razón del Estado, este último simplemente consistía en la unión de individuos que habían previamente acordado salir de un estado de naturaleza y vivir en sociedad. El hombre era amo de su propio destino ya que era un ser racional, por lo tanto no dependía de otros en su actuar; era un ser autónomo por naturaleza. Esta concepción moral del hombre fue el cimiento para el movimiento llamado la Ilustración:

Ilustración significa el abandono por parte del hombre de una minoría de edad cuyo responsable es él mismo. Esta minoría de edad significa la incapacidad para servirse de su entendimiento sin verse guiado por algún otro. Uno mismo es el culpable de dicha minoría de edad cuando su causa no reside en la falta de resolución y valor para servirse del suyo propio sin la

los derechos naturales e imprescriptibles del hombre es «el fin de toda asociación política». BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 107.

²⁷ Respecto del término revolución copernicana Norberto Bobbio se refiere al cambio de paradigma desde una perspectiva *ex parte principii* a una *ex parte populi*, en palabras de Norberto Bobbio : “Para que pudiese producirse esta inversión del punto de vista, de la que nace el pensamiento político moderno, era necesario que fuese abandonada la teoría tradicional que en otra ocasión he definido como modelo aristotélico, según la cual el hombre es un animal político que nace en un grupo social, la familia, y perfecciona su propia naturaleza en un grupo social superior, por sí mismo autosuficiente, que es la *polis*, y se considerase, si bien con una hipótesis racional que no tenía en cuenta, intencionalmente, el origen histórico de la sociedad humana, al individuo por sí mismo, fuera de todo vínculo social y con mayor razón político, en un estado, como el estado de naturaleza, en el cual no hay todavía constituido poder alguno superior a los individuos y no existen leyes positivas que impongan esta o aquella acción y, por tanto, es un estado de perfecta, aunque sea hipotética, libertad e igualdad”. *Ibidem*, p. 161.

²⁸ Respecto a este viraje conceptual Norberto Bobbio nos señala: “La democracia nació de una concepción individualista de la sociedad, es decir, de una concepción por la cual, contrariamente a la concepción orgánica dominante en la Antigüedad y en la Edad Media según la cual el todo es primero que las partes, la sociedad, toda forma de sociedad, especialmente la sociedad política, es un producto artificial de la voluntad de los individuos”. BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 29.

guía del de algún otro. *Sapere aude!* ¡Ten valor para servirte de tu propio entendimiento! Tal es el lema de la Ilustración.²⁹

Al ser el hombre autónomo por naturaleza éste debía permanecer como tal en el Estado, por lo tanto era claro que debía formar parte de las decisiones políticas que iban a afectar a la sociedad: de la cual él era parte. En este sentido la democracia permitía la participación a todos los individuos en la discusión de las decisiones políticas del Estado, éstos como seres racionales podían llegar a tomar acuerdos y de esta forma ser dueños de sí mismos. De tal manera que el juicio axiológico respecto de la democracia era positivo, a diferencia de la concepción axiológica de los antiguos, porque el hombre no se veía subordinado ante la voluntad de los otros, sino a la de él mismo. Es en esta subordinación a su propia voluntad que el individuo recupera su libertad natural,³⁰ pero en este caso se trata de una libertad distinta, es una libertad política. En palabras de Hans Kelsen: “Pero ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos. Así, la libertad natural se convierte en libertad social o política. Es políticamente libre quien, aun estando sometido, lo está solamente a su propia voluntad y no a la ajena”.³¹

El cambio de perspectiva axiológica, respecto de la consideración de la democracia como una forma deseable de gobierno, yace en la libertad política que ofrece a los individuos que conforman la sociedad. La democracia es moralmente aceptable no porque constituya la mejor forma de gobierno

²⁹ KANT, Immanuel, *¿Qué es la Ilustración?*, en R. RAMAYO, Roberto (ed.), 1ª. Ed., México, Alianza Editorial, 2004, p. 83.

³⁰ Para Rousseau, un hombre solamente puede ser libre si obedece a su propia voluntad, por lo que el individuo al dejar el estado de naturaleza y entrar a la sociedad, abandona todos sus derechos naturales, sin embargo, adquiere el estatus de ciudadano. Con este estatus el individuo puede participar en la toma de las decisiones políticas, y de este modo, puede ser tan libre como lo era antes. *Cfr.* ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, México, Porrúa, Colección “Sepan cuantos...”, 1987.

³¹ KELSEN, Hans, *Esencia...*, *op. cit.*, pp. 16-17.

respecto de las demás, en cambio, el valor de la democracia se encuentra en la posibilidad que ofrece a los individuos de participar en la toma de decisiones políticas que los van a coaccionar, garantizando de esta forma su autonomía e igualdad.

Desde una perspectiva descriptiva la democracia de los modernos se caracteriza por una democracia representativa, es decir, los ciudadanos participan de manera indirecta en la toma de decisiones ya que ellos eligen a los representantes que fungirán como sus portavoces en las asambleas del pueblo. La razón por la cual se decantó por esta forma de toma de decisiones obedece a cuestiones fácticas más que conceptuales, lo anterior se debe a la masificación poblacional dentro de los Estado-nación; a diferencia de los ciudades-Estado de los antiguos que contaban con una población más reducida. Sin la adopción de un sistema de representación, era imposible garantizar la participación popular efectiva dentro de los Estado-nación, ya que la cantidad de individuos que conformaban la sociedad dificultaba o imposibilitaba que se reunieran en las asambleas políticas.³² De tal forma que se optó por delegar la toma de decisiones políticas a otros individuos electos por el voto ciudadano.

Existen críticas respecto de la representación política, pues, se considera que las decisiones políticas que van a regir a los individuos dentro de una sociedad deben ser tomadas por ellos mismos, sin embargo, el aumento demográfico de los Estados modernos dificultó el empleo de medios de democracia directa. Michelangelo Bovero reconoce que si bien las decisiones de los individuos pueden ser malinterpretadas por sus representantes, de ello, no se deriva que la democracia directa sea mejor, puesto que muchos movimientos antidemocráticos se han apoyado a través de mecanismos de

³² Cfr. DAHL, Robert A., *Los dilemas del pluralismo... op. cit.*

democracia directa, o la así llamada democracia plebiscitaria;³³ más adelante abordaremos mejor el tema de representación política.

1.1.3. DEMOCRACIA Y AUTONOMÍA

La palabra autonomía proviene de la palabra griega αὐτονομία, la cual está compuesta por las raíces “auto” (uno mismo) y “nomos” (decisión), y significa la potestad de uno mismo para crear las normas o decisiones que van a vincularlo. La autonomía se circunscribe dentro del triunfo del liberalismo individualista, el cual considera al individuo como un ser soberano, racional e igual ante los demás hombres. En ese sentido, el hombre no puede verse constreñido por otra cosa que no sea su propia voluntad, es decir, es libre.³⁴ Pero la libertad del individuo dentro del Estado constituye un tipo de libertad distinta a la libertad natural,³⁵ ésta consiste en una *libertad política*. Como nos explica Hans Kelsen, el hombre al vivir en una comunidad debe contar con una autoridad, pero el hombre al ser libre desea solamente obedecer aquellos mandatos que provenga de su voluntad, por lo que abandona su libertad natural y adquiere una libertad política. A partir de esta libertad política, el individuo participa en la toma de decisiones y ve reflejada su voluntad en las normas que lo van a constreñir. En palabras de Kelsen:

Si la Sociedad y el Estado han de existir, precisa también que exista un orden obligatorio para la conducta recíproca de los hombres, y, por

³³ Cfr. BOVERO, Michelangelo, *Una gramática de la democracia, contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002,

³⁴ Esta libertad se refiere a la libertad positiva, es decir, implica un actuar por parte de los individuos. En este caso, la participación en el proceso de formación de normas. Por su parte, la libertad negativa consiste en un “no actuar” por parte del Estado respecto del individuo.

³⁵ Para Rousseau la libertad natural es aquella de la que goza todo individuo antes de acordar el pacto de vivir en sociedad. Esta libertad natural es intrínseca a todo ser humano. Cfr. ROUSSEAU, Juan Jacobo, *op. cit.*

consiguiente una autoridad. Pero ya que hayamos de ser gobernados, aspiramos al menos a gobernarnos por nosotros mismos. Así, la libertad natural se convierte en libertad social o política. Es políticamente libre quien, aun estando sometido, lo está solamente a su propia voluntad y no a la ajena. Con esto queda planteada la principal diferencia entre formas del Estado y de la Sociedad.³⁶

La libertad política consiste en el estar sometido solamente a aquellas decisiones o normas que provengan de nuestra voluntad, por lo que al participar en el procedimiento de toma de decisiones se asegura que en la decisión final –que delibere la colectividad– se vea reflejada parte de nuestra propia voluntad. Como habíamos dicho anteriormente, sólo es autónomo quien obedece a su propia voluntad, de tal suerte que la idea de autonomía se encuentra vinculada al concepto de libertad política,³⁷ ya que la libertad política implica el sometimiento a la voluntad de uno mismo, y esto se logra a partir de la participación de los individuos en el proceso de formación de las normas.

Al participar el individuo en este procedimiento (el de formación de normas) se garantiza (en cierto modo)³⁸ que la voluntad del individuo pueda formar parte de la norma y de tal manera exista una coincidencia entre lo que desea y lo que debe obedecer.³⁹ El individuo al formar parte del procedimiento

³⁶ Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit. supra* nota no. 3, pp. 16-17.

³⁷ Para Norberto Bobbio hablar de libertad política nos obliga a mencionar el conflicto existente entre liberalismo y democracia, el cual consiste en lo siguiente: “La participación directa de las decisiones colectivas termina por someter al individuo la autoridad del conjunto y no hacerlo libre como persona: mientras hoy el ciudadano pide al poder público la libertad como individuo”. Véase BOBBIO, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, Fondo de cultura Económica, 2010, p.8. Esta discusión será retomada más adelante dentro de las tensiones inherentes a la democracia constitucional.

³⁸ Es necesario subrayar que pueden existir disensos al momento de tomar las decisiones políticas, la unanimidad aunque posible es muy difícil alcanzarla. De tal índole, que es necesario el empleo de la regla de la mayoría para la toma de decisiones, y como bien dice Kelsen: “toda mayoría implica una minoría”. Por lo que para la minoría la decisión de la mayoría pueda parecer una situación de heteronomía. Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 26-28.

³⁹ Lorenzo Córdova pone el dedo sobre esta coincidencia, entre la voluntad del individuo y la norma que ha de obedecer: “La coincidencia entre la voluntad de un individuo y lo que debe hacer con base en una norma asume propiamente el significado de autonomía política cuando no se trata de una coincidencia

de toma de decisiones abandona una situación de heteronomía respecto del Estado,⁴⁰ pues la decisión que proviene de ese cuerpo colectivo que es el Estado, es a su vez parte de su propia decisión.

Es en este sentido que la democracia guarda una connotación positiva como forma gobierno, ya que en la democracia se da voz a los distintos individuos dentro del procedimiento de toma de decisiones.⁴¹ La democracia ofrece al individuo la posibilidad de participar dentro de las deliberaciones políticas, ya sea de manera directa o a través de sus representantes. Es a partir de esta participación que el individuo goza de una libertad política dentro del Estado, y por ende es autónomo. El individuo sólo puede seguir siendo autónomo al obedecer aquellos mandatos o decisiones de los cuales formó parte en su deliberación. La participación de los individuos en las decisiones que los van a vincular permite que ellos mismos a través del consenso puedan seguir siendo libres, ya que la voluntad de los mismos se verá reflejada en las decisiones políticas. En conclusión, la forma de gobierno democrática permite que el individuo sea autónomo porque existe una coincidencia entre lo que “quiere hacer” y lo que “debe hacer”, ya que goza de libertad política al ser

solamente psicológica, sino cuando ella deriva de la participación del individuo en cuestión en el proceso de formación de la voluntad colectiva, la voluntad estatal, expresamente la norma”. CORDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, 1a. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 105.

⁴⁰ Para distinguir de mejor manera la diferencia entre autonomía y heteronomía, nuevamente acudimos a Lorenzo Córdova, quien nos dice lo siguiente: “Así una situación de autonomía se presenta cuando la voluntad del individuo coincide con lo que debe hacer, y una situación de heteronomía se presenta en el caso en el cual el individuo debe hacer algo que no quiere. En el primer caso, la voluntad del individuo sometido al mandato de la norma es “libre”, según el concepto de libertad entendida como autonomía: lo que el individuo quiere hacer coincide con lo que está obligado a hacer con base en la norma. En el segundo caso, la voluntad del individuo sometido a la norma no es libre: aquí el sujeto está obligado a hacer algo que no quiere, en tanto que una voluntad externa a él, la que está expresada en la norma, se impone a su propia voluntad”. *Ídem*.

⁴¹ En contraposición a la autocracia, donde una sola persona toma las decisiones políticas que van obligar a todos los demás miembros de la sociedad.

partícipe en el procedimiento de creación de las normas o decisiones que lo van obligar.

1.1.4. LA IGUALDAD EN LA DEMOCRACIA

La concepción de igualdad entre los hombres es un producto de la modernidad, pues, como habíamos mencionado anteriormente, en la antigüedad la idea de igualdad no era posible, puesto que se tenía la concepción de que la naturaleza había dispuesto que unos hombres fueran más iguales que otros. Sin embargo, movimientos como la *Ilustración* modificaron la concepción moral del hombre al considerarlo como un ser racional y autónomo. A partir de esta nueva perspectiva comenzó la búsqueda por mejores condiciones de igualdad entre los individuos, lo que propició varios movimientos armados en contra de aquellos regímenes que estableciesen desigualdades entre los individuos. Entre estos movimientos sociales, son de especial mención los movimientos revolucionarios americano y francés del siglo XVIII.

El afán por alcanzar la igualdad entre los individuos que conforman la sociedad quedó plasmado en los documentos producto de dichos movimientos, por ejemplo en el artículo primero de la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*, que dice lo siguiente: “Artículo primero.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.⁴² Asimismo, en la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América* nuevamente encontramos ese anhelo de igualdad contenido en el documento revolucionario: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales;

⁴² Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789).

que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”.⁴³

Estos movimientos revolucionarios enarbolaban una concepción moral del ser humano que dignificaba su papel dentro del Estado. Es por ello, que en reconocimiento de esa dignidad, era necesario que los individuos participasen de forma igualitaria en el gobierno del Estado. De tal índole, que la forma de gobierno más adecuada para alcanzar y garantizar esta igualdad era la democracia. A través de la democracia, se respeta la igualdad de los individuos, pues se garantizaba que cada uno de ellos participara de forma igualitaria en la toma de decisiones para el gobierno del Estado. En este sentido, estamos de acuerdo con Hans Kelsen, quien nos dice que la democracia constituye la forma de gobierno que mejor comprende la síntesis entre autonomía e igualdad:

Del supuesto de nuestra igualdad –ideal– puede inferirse la tesis de que nadie debe dominar a nadie. Pero la experiencia demuestra que para seguir siendo iguales necesitamos soportar un dominio ajeno. Por esto la ideología política no renuncia jamás a hacer solidarias libertad e igualdad, siendo precisamente característica para la democracia la síntesis de ambos principios.⁴⁴

Los movimientos revolucionarios del siglo XVIII se caracterizaban por el quiebre de un sistema (*régime*) o el deseo de eliminar el control de un sistema externo que los excluía de participar en la toma de decisiones que los iban a vincular. Fue por ello que la democracia era la forma ideal para materializar dichos anhelos, pues, en ella se dignificaba la igualdad y autonomía de cada individuo, dejando a un lado una forma paternalista de gobierno, para permitir al individuo formar parte las decisiones que lo afectarían como integrante de la sociedad. Como bien nos señala Pedro Salazar Ugarte, el reconocimiento de la

⁴³ Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776).

⁴⁴ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 16.

igualdad entre los hombres tiene como consecuencia que éstos puedan participar políticamente en los asuntos del Estado, dicho en otras palabras: “El reconocimiento democrático de la igual dignidad de los individuos implica la misma titularidad en el derecho-poder de participación política”.⁴⁵

El fenómeno de la representación política, si bien en principio limita la participación directa de los individuos, no afectó la concepción igualitaria de los hombres, ya que cada individuo era capaz de participar en la elección de sus representantes. De tal manera que el *sufragio universal* también constituye un elemento importante en las democracias modernas, pues supone la igualdad de todos los individuos de participar –de manera indirecta– en la toma de decisiones del Estado. La igualdad en la democracia representativa, supone la inclusión y la no discriminación de los individuos que conforman la sociedad, de tal manera que el principio de sufragio universal pugna por la ampliación del rango de individuos (ciudadanos) que puedan participar en la elección de sus representantes.

Siguiendo a Bobbio podemos tender un puente de continuidad entre el ideal de igualdad y la democracia, mismo que se plasma en el valor igualitario de los votos de los ciudadanos.⁴⁶ El voto de cada individuo debe ser considerado de manera igualitaria al integrar los curules de representación. Por ello, los sistemas electorales más acordes con el principio democrático, son aquellos que logran materializar de una manera más fiel los votos de los ciudadanos al integrar los escaños de representación.⁴⁷

La búsqueda de igualdad por los hombres fue lo que motivó y promovió el empleo de formas de democráticas en las sociedades modernas, a tal grado

⁴⁵ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, 1a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 127.

⁴⁶ De ahí que el segundo universal procedimental, como veremos más adelante, es el de igualdad en el peso de voto, en otras palabras, que cada individuo equivalga un voto.

⁴⁷ Véase al respecto BOVERO, Michelangelo, *op. cit.*, pp. 24-28.

que es difícil separar ambos conceptos en la actualidad.⁴⁸ La democracia es la forma de gobierno que permite a los individuos ser iguales a través de la participación de los mismos en los asuntos políticos del Estado al que pertenecen.

1.1.5. LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA EN LA DEMOCRACIA

La representación política⁴⁹ es un fenómeno común en los Estados modernos,⁵⁰ como vimos anteriormente, Bobbio señala que el enfoque descriptivo de la democracia de los modernos o postreros, se caracteriza por el empleo de mecanismos de democracia representativa a diferencia de la democracia de los antiguos, la cual empleaba mecanismos de democracia directa. Si bien en un principio se pretendió la participación directa de los individuos en la toma de decisiones, en la realidad no fue posible, puesto que la existencia de grandes

⁴⁸ Para Roberto Gargarella el principio de igualdad es un elemento intrínseco de la forma de gobierno democrática, pues en ella se garantiza la consecución de este principio, dicho en otras palabras: “Aprobamos el compromiso con el sistema democrático, justamente porque rechazamos la idea de que existen clases de personas situadas –en sus conocimientos, en su intrínseca dignidad– por encima de todas las demás. Contra dicha propuesta, afirmamos que cada individuo tiene un igual derecho a intervenir en la resolución de los asuntos que afectan a su propia comunidad: todos merecen participar de dicho proceso decisorio en pie de igualdad”. GARGARELLA, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, en GARGARELLA, Roberto (coord.), 1a. ed., Argentina, Abeledo Perrot, 2008, t. I, p. 32.

⁴⁹ Como bien nos dice Lorenzo Córdova Vianello, no debemos confundir “representación política” con “representación jurídica”, puesto que la primera supone una característica del Estado moderno, mientras la segunda es una figura del mandato en el Derecho civil: “[...] la representación jurídica supone un vínculo de responsabilidad directa del representante respecto del representado, vínculo que supone, por regla general, que el primero debe actuar obedeciendo el mandato del segundo sin que exista posibilidad alguna de desatender las instrucciones de este último. La idea de representación política no necesariamente implica una responsabilidad entre el gobernante (el representante) y el o gobernados (el o los representados), pues este eventual vínculo de responsabilidad sólo se da en los sistemas democráticos y no genera necesariamente una dependencia de los titulares del poder político frente a quienes están subordinados al mismo”. CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, “El sistema representativo”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado de México*, 1a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 107-108.

⁵⁰ Actualmente los mecanismos de democracia directa se limitan a la realización de referéndums o plebiscitos, sin embargo, generalmente estos mecanismos son empleados para la confirmación, por parte de la población, de una decisión tomada por el órgano representativo.

Estados –con una población demográfica amplia y compleja– imposibilitó la forma de democracia directa, por lo que fue necesaria la elección de representantes para la toma de decisiones políticas.

La representación política es un producto de la modernidad, pues ésta también se enmarca dentro de los movimientos del liberalismo. Estos movimientos buscaban dotar a un órgano colegiado y representativo del monopolio de la toma de las decisiones políticas, que en la mayoría de los casos se encontraba en manos del monarca absolutista. En palabras de Lorenzo Córdova:

Ahora bien, el concepto de representación política es una de las ideas que mayor relevancia han adquirido en el pensamiento político y jurídico moderno. De hecho puede ser considerado como uno de los principios centrales de la lucha que el liberalismo político emprendió, desde sus inicios, en contra de las monarquías absolutas o, si se quiere, de la batalla por el establecimiento del Estado constitucional en contra del Estado absoluto.⁵¹

Del mismo modo Lorenzo Córdova nos advierte que si bien los movimientos revolucionarios buscaban fincar el poder político del monarca absolutista en un órgano colegiado representativo, no por ello esta representación era democrática. Democracia y representación política no son interdependientes, puesto que la segunda puede tener cabida en cualquier otra forma de gobierno distinta a la democracia.⁵² En este mismo sentido, Michelangelo Bovero nos señala que el término de “representar” entre sus múltiples acepciones solamente hay dos que interesan al punto de vista político (o jurídico): el primer sentido, en el que “representar” consiste en volver comprensible o sensible algo abstracto, por ejemplo, el emplear a una persona

⁵¹ *Ibidem*, p. 108.

⁵² *Cfr. Ídem*.

(monarca) o un objeto (bandera) como una manifestación del poder político del Estado; mientras que en el segundo sentido, “representar” supone ponerse en lugar de alguien y actuar en lugar de éste.⁵³ Es este último sentido, el de actuar en lugar de alguien más, el más acorde con el Estado democrático.⁵⁴ La representación política en esta segunda acepción se convierte en una representación democrática, ya que ante la imposibilidad de los individuos de tomar las decisiones directamente, lo que hacen es delegar esa potestad a un representante, el cual actuará en lugar de esta persona y será fiel espejo de la ideología del representado.

Sin embargo, los críticos de la representación democrática consideran que ésta altera la esencia de la democracia, puesto que no son los individuos, sino sus representantes quienes toman las decisiones políticas.⁵⁵ A pesar de las críticas, el fenómeno de representación logró compaginarse con el ideal de participación democrático a través del sufragio universal, posibilitando de cierta

⁵³ Cfr. BOVERO, Michelangelo, *op. cit.*, pp. 62-63.

⁵⁴ El primer sentido corresponde a una visión organicista del Estado, la cual la modernidad buscaba erradicar, pues en ella el individuo como tal no gozaba de ninguna importancia. En palabras de Lorenzo Córdova: “Se trata precisamente de un uso tradicional que responde a una concepción organicista de la sociedad y del Estado en donde ambos son concebidos como algo homogéneo que, en virtud de su uniformidad, puede ser identificado simbólicamente por algo o alguien que lo representa. De esa idea se derivan las expresiones que identificaban a la figura del monarca como representante de su pueblo o de su Estado, y es que al ser éstos considerados entidades homogéneas, su representación no necesita ser plural”. *Ibidem*, p. 113.

⁵⁵ Entre los críticos de la democracia representativa encontramos a Rousseau, quien consideraba que la representación dentro de la democracia vaciaba de contenido a la misma: “La soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste esencialmente en la voluntad general y la voluntad no se representa: es una o es otra. Los diputados del pueblo pues, no son ni pueden ser sus representantes, son únicamente sus comisarios y no pueden resolver nada definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no ratifica, es nula. El pueblo inglés piensa que es libre y se engaña: lo es solamente durante la elección de los miembros del Parlamento: tan pronto como éstos son elegidos, vuelve a ser esclavo, no es nada”. ROUSSEAU, Jean Jacques, *op. cit.*, p. 92. La visión de Rousseau de la democracia era una visión influenciada por los clásicos griegos, quienes se caracterizaban por la toma de decisiones de forma directa, sin embargo, el juicio axiológico de Rousseau respecto de la democracia era positivo. Pero debemos subrayar que el mismo Rousseau reconocía las dificultades que representaba el utilizar mecanismos de democracia directa en los Estados modernos, por lo que su modelo de toma de decisiones sólo era aplicable a comunidades pequeñas.

manera la participación igualitaria de los individuos en la toma de decisiones.⁵⁶ Al permitir a los miembros de una sociedad participar en la elección de aquellos que tomaran las decisiones por ellos, se logra respetar la autonomía de los individuos (de tal manera, que no sintieran que las decisiones caían de lo alto), sin embargo, como nos señala Michelangelo Bovero son necesarios ciertos requisitos en esta representación democrática:

El acto de representar entra propiamente dentro del juego democrático solamente si al significado de “actuar en nombre y por cuenta de” se sobrepone uno de sus significados originarios (mantenido vivo sobretodo en el lenguaje filosófico): el de “ser un espejo, reflejar, reproducir fielmente”. Los elegidos en un parlamento “representan” a los ciudadanos electores en forma democrática no solamente en la medida en que son designados por éstos para sustituirlos en las fases conclusivas del proceso decisonal, sino en la medida en la que el parlamento, en su conjunto y en sus varios componentes, refleja las diversas tendencias y orientaciones políticas existentes en el país, considerado éste de manera global, sin exclusiones, y en sus respectivas proporciones.⁵⁷

Al igual que Bobbio,⁵⁸ para Bovero los representantes deben reflejar las corrientes ideológicas de los electores, ya que son una muestra reducida del mosaico político que conforma la sociedad. De tal manera, que entre mejor estén representadas las distintas ideologías que conforman el Estado, *ergo* es más democrático el gobierno del mismo. Por ello, los sistema electorales son de suma importancia, puesto que pueden ser valorados democráticamente en la

⁵⁶ Para Michelangelo Bovero que la votación se realice de manera directa o indirecta no afecta la calidad democrática de un gobierno: “Tanto la democracia directa como la democracia representativa son democracias en la medida en que el derecho de participación política sea distribuido e manera igual entre todos los miembros de la colectividad, sin exclusiones de nacimiento, de género, clase o de censo”. BOVERO, Michelangelo, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 63.

⁵⁸ *Cfr.* BOBBIO, Norberto, *Teoría General ... op. cit.*

medida que permiten representar la pluralidad de opiniones de la sociedad en los cuerpos deliberativos.

Para que la representación política dentro de los regímenes democráticos sea parte del juego democrático, es necesaria la inclusión de la mayor cantidad de individuos en la elección de los representantes, de esta manera, se dará voz a más corrientes políticas en el proceso democrático a través de sus representantes democráticos, que actuarán como espejos ideológicos de sus electores.

1.1.6. LA PLURALIDAD EN LA DEMOCRACIA

La forma de gobierno democrática supone la toma de decisiones a partir de una mayoría de consenso por parte de sus integrantes, sin embargo muchas veces se olvida que este consenso es producto del acuerdo de una pluralidad de posturas. El principio de mayoría en la democracia, como nos dice Kelsen, es útil porque permite que no exista una hegemonía por parte de un grupo político en la democracia.⁵⁹ Es decir, la existencia de una mayoría trae consigo el reconocimiento de una minoría. Es en esta relación entre mayoría y minoría, que se reconoce el carácter plural de la sociedad,⁶⁰ porque al tener la minoría derecho a existir,⁶¹ se da por sentado la existencia de disensos en la sociedad. Lo anterior, como consecuencia de la diversidad multicultural y lingüística que existe dentro de las sociedades modernas; sin embargo, también hay que tener en cuenta que si bien es cierto que las sociedades actuales son más complejas

⁵⁹ Cfr. KELSEN, Hans, *op. cit.*, pp. 83-84.

⁶⁰ Respecto del papel de la minoría en el Estado democrático hablaremos en el siguiente apartado.

⁶¹ *Ídem.*

que aquellas en la antigüedad, no hay que olvidar que estas últimas también estaban integradas por individuos con diferentes puntos de vista.⁶²

Las sociedades modernas están integradas por un complejo mosaico de grupos étnicos y multilingües, lo que ocasiona que existan diferentes puntos de vista respecto de qué decisiones deben formar parte de las políticas prioritarias de un Estado. La forma de gobierno democrática permite asimilar todas estas opiniones y darles voz en el proceso de toma de decisiones. A partir de la inclusión de las distintas perspectivas dentro de un Estado democrática, se garantiza que la esfera de la opinión pública⁶³ de la sociedad sea más acorde con las necesidades de la sociedad, y de esta forma, se vean reflejadas en los órganos de representación política.⁶⁴

⁶² Autores como William Kymlicka hacen hincapié en el olvido por parte de autores de la ciencia política respecto a la multiculturalidad de las sociedades antiguas: “La mayor parte de las comunidades políticas organizadas de la historia han sido multiétnicas, un testimonio de la obicuidad de las conquistas y del comercio a larga distancia en los asuntos humanos. Sin embargo la mayoría de los especialistas en teoría política han utilizado un modelo idealizado de la *polis* en la que los conciudadanos comparten unos ancestros, un lenguaje y una cultura comunes. Aun cuando los propios especialistas vivieron en imperios plurilingües que gobernaban numerosos grupos étnicos y lingüísticos, escribieron a menudo como si las ciudades-Estado culturalmente homogéneas de la antigua Grecia proporcionasen el modelo esencial o estándar de una comunidad política”. Véase KYMLICKA, William, *Ciudadanía Multicultural*, 1a. ed., España, Editorial Paidós, 1996, p. 14.

⁶³ Por esfera o espacio público de la opinión pública Jürgen Habermas entiende: “[...] es como una red para la comunicación de contenidos y tomas de posturas, es decir, de opiniones, y en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos”. HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, 2ª. Ed., Madrid, Trotta, 2000, p. 440.

⁶⁴ Para Jürgen Habermas, el espacio político necesita de escuchar todas las voces existentes dentro de un Estado, de tal forma que se pueda formar una opinión pública robusta, y de este modo a través de los procedimientos democráticos pueda la sociedad resolver los problemas del Estado. Dicho en palabras de Habermas: “El espacio público político sólo puede, empero, cumplir su función de percibir problemas concernientes a la sociedad global y tematizarlos, en la medida en que esté compuesto por los contextos de comunicación de los potencialmente afectados. Es sustentado por un público que se recluta de la totalidad de los ciudadanos. En la pluralidad de las voces de ese público resuena el eco de experiencias biográficas que a lo largo y ancho de la sociedad vienen causadas por los costes externalizados (y las perturbaciones internas) de los sistemas de acción funcionalmente especificados, también por el aparato estatal mismo de cuyas operaciones de regulación y control sistémicos dependen los complicados y deficientemente coordinados subsistemas funcionales de la sociedad”. *Ibidem*, 445.

Los regímenes democráticos a través de la representación política deben cristalizar esta pluralidad de posturas existentes en un Estado. Como ya habíamos señalado, esta representación democrática tiene como obligación reflejar las posturas políticas de sus electores. La posibilidad de dar voz y participación a los distintos puntos de vista existentes dentro un Estado logra una mayor aceptación de las decisiones políticas tomadas por parte de los distintos grupos sociales integrantes del Estado. La inclusión de todos los individuos en el proceso deliberativo, obedece a una concepción del hombre, que lo reconoce al individuo como un ser autónomo:

La concepción individualista de la sociedad implica la formación de sociedades parciales que expresan intereses diferenciados. Después de todo, los individuos tienen convicciones, ideas, creencias y valores particulares que comparten con algunos de sus conciudadanos pero seguramente no con la totalidad de ellos.⁶⁵

Al igual que con el concepto de representatividad democrática, los regímenes democráticos pueden ser valorados de acuerdo con el grado de inclusión y cristalización de la diversidad de puntos de opinión de los individuos dentro de un Estado en los cuerpos de decisiones políticas.

1.1.7. LOS UNIVERSALES PROCEDIMENTALES DE BOBBIO

Como anteriormente habíamos señalado la democracia es una de las distintas formas de gobierno que pueden adoptar los Estados, actualmente casi todos los regímenes del mundo han adoptado la democracia como forma gobierno para la toma de sus decisiones políticas,⁶⁶ sin embargo, ¿cuándo podemos decir que un gobierno realmente es democrático? Que un Estado incorpore ciertos

⁶⁵ SALAZAR UGARTE, Pedro, *op cit.*, p. 131.

⁶⁶ *Cfr.* HUNTINGTON, Samuel P, *op. cit.*, nota *supra* no. 8.

elementos democráticos no implica necesariamente que nos encontremos ante un régimen democrático. Por ello es necesario distinguir aquellos elementos esenciales de la forma de gobierno democrática, de tal manera que sea posible saber cuándo nos encontramos ante un régimen democrático y cuándo no.

Desarrollar una definición que contenga los elementos esenciales de la democracia ha sido una tarea que distintos autores, entre ellos Norberto Bobbio, han decidido tomar. Norberto Bobbio a través de una “definición mínima de la democracia” señala aquellas reglas y procedimientos que permiten distinguir la democracia de otras formas de gobierno. A partir de esta definición podemos determinar si una forma de gobierno es democrática o no. Para Norberto Bobbio una definición mínima de la democracia es:

Una definición mínima es, precisamente es porque es mínima, realista. Una vía, un método. Se denomina habitualmente concepción procedimental de la democracia: pone el acento sobre las llamadas reglas del juego, el conjunto de reglas que deben servir para tomar decisiones colectivas, las decisiones que interesan a toda la colectividad, con el máximo de consenso y el mínimo de violencia.⁶⁷

A través de una definición mínima de democracia se restringen los fenómenos políticos que puedan ser considerados como democráticos y de este modo se evita la vaguedad epistemológica del concepto democracia. La definición de Bobbio es una definición procedimental de la democracia, porque sólo contiene los requisitos formales para poder clasificar un gobierno como democrático. Si bien pueden existir definiciones más completas del término democracia, la ventaja que ofrece la definición de Bobbio es su contenido mínimo, es decir, esta definición establece sólo aquellos reglas que son coherentes con el sentido moderno de democracia. Norberto Bobbio llama esta serie de reglas procedimentales de la democracia con el nombre de *universales*

⁶⁷ BOBBIO, Norberto, *Teoría..., op. cit.*, p. 459.

procedimentales. Éstos, constituyen la serie de requisitos que toda democracia moderna debe contener, sin embargo, como el mismo Bobbio nos dice, no son limitativos, simplemente son el mínimo requerido para tener un gobierno democrático.⁶⁸

Reglas de la democracia

Para Norberto Bobbio la forma de gobierno democrática necesita una serie de reglas⁶⁹ para garantizar la adecuada toma de decisiones vinculantes en un Estado democrático. Por medio de estas reglas es posible responder a las preguntas ¿quién?, y ¿cómo?, detenta el poder en un Estado; y por lo tanto es posible distinguir la democracia de otras formas de gobierno. La existencia de reglas dentro de la democracia no implica de ninguna manera que ésta sea la única forma de gobierno que cuenta con una serie de mecanismos para la toma de decisiones, puesto que toda forma de gobierno contiene un conjunto de reglas del juego que permiten el funcionamiento de las mismas.⁷⁰ Sin embargo, la serie de reglas propuestas por Bobbio sólo son aplicables a las democracias modernas.

En palabras de Norberto Bobbio:

⁶⁸ Si bien puede parecer limitativa debido a su carácter formal, el mismo Norberto Bobbio nos dice: “Estoy también dispuesto a admitir que para que un Estado sea en verdad democrático, no basta la observancia de estas reglas, quiero decir que reconozco los límites de la democracia solamente formal, pero no tengo dudas sobre el hecho de que basta la inobservancia de una de estas reglas para que un gobierno no sea democrático, ni verdadera ni aparente”. BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 461.

⁶⁹ Por reglas entendemos: “Las reglas son la formulación más o menos sintética de otras normas, normas que –a su vez– tienen respaldo constitucional y cuentan con complejos mecanismos de garantía. En realidad, la descripción completa de cualquiera de estas reglas remite a muchas otras normas distintas –explícitas y también implícitas– que especifican sus condiciones de aplicación, y abarca la estructura fundamental de un Estado de Derecho”. GREPPI, Andrea, “Definiciones y reglas de la democracia”, en CORDOVA VIANELLO, Lorenzo y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *Política y Derecho. Repensar a Bobbio*, México, Siglo Veintiuno editores y Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, p. 135.

⁷⁰ Andrea Greppi respecto a este punto señala: “En general, cualquier forma de gobierno tiene sus propias reglas. Incluso en el sistema político más despótico hay por lo menos una norma que indica cuál es la persona que tiene el poder de tomar decisiones vinculantes para la comunidad política”. *Ibidem*, p. 132.

La democracia se distingue de las otras formas de gobierno por las reglas que presiden la “selección de los dirigentes”, que consiste en la elección periódica en vez de sucesión hereditaria o la cooptación, y por aquellas otras reglas que establecen el modo de tomar las decisiones colectivas, de las cuales la principal es la regla de la mayoría. La primera se dirige a impedir que una clase política se perpetúe sin someterse al control de los individuos sobre los cuales ejerce su propio poder, la segunda debe servir para tomar decisiones con el máximo consenso y de manera pacífica.⁷¹

A partir de esta definición podemos advertir que la democracia debe constar de garantías que permitan la sucesión periódica de los representantes del poder, los cuales a través de la regla de mayoría –después de haber llegado a un consenso– tomen las decisiones políticas de la sociedad. El juego democrático sólo es posible cuando las reglas del juego son seguidas por los actores políticos, y de esta manera se evita el recurrir a vías violentas de coerción social.⁷²

Esta serie de reglas son llamadas los *universales procedimentales*, los cuales a continuación mencionaremos y realizaremos comentarios respecto de los mismos. En este sentido, los universales procedimentales de Norberto Bobbio son los siguientes:⁷³

- 1) *Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción de raza, religión, condición económica y sexo deben disfrutar de los derechos políticos, es decir, cada uno debe disfrutar el derecho de expresar la propia opinión y de elegir a quien la exprese por él;*

⁷¹ *Ibidem*, p. 459.

⁷² Cumplir con las reglas del juego democrático para Bobbio es una vía que conduce al consenso y evita, en mayor medida, el derramamiento de sangre.

⁷³ *Cfr. Ibidem*, p. 460.

Para adquirir el estatus de ciudadanía y poder participar en el proceso democrático son necesarios ciertos requisitos, sin embargo, estos requisitos deben ser mínimos, de esta forma se evita que se discriminen ciertos individuos o corrientes políticas al momento de elegir a sus representantes. Es por ello que el sufragio universal forma parte de este universal procedimental, porque el objetivo del sufragio universal es ampliar el número de individuos que puedan ser titulares de derechos políticos. Así a partir de la inclusión de más individuos al juego democrático se garantiza la representación de la pluralidad de corrientes políticas en la democracia.

- *2) El voto de todos los ciudadanos debe tener el mismo peso;*

En este universal procedimental está contenido el principio de igualdad, el cual constituye uno de los triunfos de la modernidad. Como habíamos visto anteriormente, en la democracia se asegura que todos los individuos que conforman la sociedad sean incluidos de manera igualitaria en la toma de decisiones, sin embargo, al no poder participar directamente éstos en el proceso deliberativo, es necesario que elijan representantes políticos. Por lo que el principio de igualdad se compatibilizó el voto ciudadano, puesto que el voto de cada individuo para elegir a sus representantes tiene un peso equivalente al de los demás, por lo que no existen diferencias al momento de contabilizar los votos.

- *3) Todos los que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres para poder votar según la propia opinión, formada la más libremente posible, en una competición libre entre grupos políticos organizados, en concurrencia entre ellos;*

En la democracia los individuos pueden ser autónomos porque pueden participar en la toma de decisiones que los van a obligar. En

las democracias representativas esta autonomía se encuentra en la libertad del individuo de elegir aquellas corrientes políticas que sean más acordes con su voluntad, de tal manera que los representantes que elijan sean sus portavoces en el procedimiento de toma de decisiones. Pero para que el individuo pueda tener una mejor visión de las distintas posiciones políticas que existen, requiere formarse un opinión, es decir, requiere información de las opciones políticas que representan los distintos intereses de la sociedad. Por lo que este universal procedimental también tiene como objeto el acceso a la información por parte del individuo.

- *4) Deben de ser libres también en el sentido de que deben ser puestos en la condición de elegir entre soluciones diversas, es decir, entre partidos que tengan programas diversos y alternativos;*

La pluralidad de opciones políticas es un elemento indispensable en la democracia, puesto que en toda sociedad existen distintos puntos de vista. Una democracia debe dar a voz a todas las voces políticas de un Estado. Esta regla de la democracia pugna por la pluralidad dentro del régimen democrático. Esta pluralidad se logra con la existencia de partidos políticos, los cuales tienen la finalidad de agrupar las distintas ideologías existentes en un Estado. Por lo que el sistema electoral debe garantizar a todos aquellos partidos, que tengan el apoyo ciudadano suficiente, el poder participar en la competencia electoral.

- *5) Tanto las elecciones como para las decisiones colectivas, debe valer la regla de la mayoría numérica, en el sentido de que se considere electa o se considere válida la decisión que obtenga el mayor número de votos;*

Respecto de este universal procedimental Bobbio nos subraya que la regla de mayoría, si bien puede superponerse dentro de la

democracia, no es exclusiva de los sistemas democráticos, puesto que la regla de la mayoría ha existido en sistemas que no son democráticos.⁷⁴ La democracia y el principio de la mayoría no siempre han ido de la mano, a tal grado que Bobbio llega a afirmar: “La historia del principio de la mayoría no coincide con la historia de la democracia como forma de gobierno”.⁷⁵ A partir de esta consideración Bobbio desglosa (como es su estilo) los argumentos a favor del principio de la mayoría desde una perspectiva axiológica y otra técnica. Desde una perspectiva axiológica la regla de la mayoría da cumplimiento a los valores fundamentales de libertad e igualdad. Mientras que los argumentos técnicos a favor de la regla de la mayoría, son aquellos que defienden el uso de la regla de la mayoría como mecanismo útil para alcanzar una decisión consensuada entre distintos individuos.⁷⁶

Al describir los argumentos axiológicos a favor de la regla de la mayoría, Bobbio retoma la idea de Kelsen de que ésta permite que se maximice la libertad, o en otras palabras, se maximice el consenso, ya que gracias a la regla de la mayoría se puede lograr que exista una mayor concordancia entre lo que el individuo desea y lo que la colectividad ha decidido. Sin embargo, para Bobbio no es suficiente que se maximice la autodeterminación, sino que además, se debe tener en cuenta el número de individuos que se beneficiarán de dicho consenso. Es en este punto que Bobbio retoma los universales procedimentales de sufragio universal e igualdad del voto. En palabras de Bobbio: “En pocas palabras, lo que caracteriza a un

⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 462.

⁷⁵ *Ídem*.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 466.

sistema político democrático no es el principio de mayoría, sino el sufragio universal, o, en el mejor de los casos, el principio de mayoría aplicado a votaciones con sufragio universal”.⁷⁷ Aquí podemos observar cómo todos los universales procedimentales están interrelacionados, por lo que no puede existir un régimen democrático ante la ausencia de uno de ellos.

- 6) *Ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, particularmente el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones.*

Bobbio en este universal procedimental reconoce la necesidad de que exista una minoría, esta minoría debe ser respetada incluso por la propia mayoría, por lo que la mayoría no puede suprimir a la minoría. Como bien nos señalaba Kelsen, el principio de la mayoría supone la existencia de una minoría dentro de la democracia.⁷⁸ Si reconocemos la existencia de una mayoría, por lo tanto, debemos reconocer la existencia de una minoría. La minoría para que pueda existir requiere de una protección, a lo que Hans Kelsen nos dice: “Esta protección constituye la función esencial de los llamados derechos públicos subjetivos, derechos políticos o garantías individuales consignados en todas las Constituciones modernas de las democracias parlamentarias”.⁷⁹ Este último punto es importante, porque este universal procedimental introduce un elemento sustantivo al concepto formal de democracia. Porque aunque la garantía de existencia de la minoría es una regla en el proceso democrático, son necesarios ciertos principios que puedan fungir como garantías para la minoría, y

⁷⁷ *Ibidem*, p. 469.

⁷⁸ Véase nota *supra* no. 59.

⁷⁹ Kelsen, Hans, *op. cit*, p. 83.

estos principios son los derechos fundamentales. Finalmente Bobbio señala que la minoría también cuenta con el derecho a convertirse también en mayoría, lo que obedece a los cambios políticos que pueden darse dentro de un Estado.

Como se puede observar esta serie de reglas buscan conglomerar todos los ideales de la democracia representativa. Sin embargo, aunque estas reglas de la democracia pretenden ser formales, no podemos dejar de observar la necesidad de ciertos requisitos sustanciales, los cuales son producto del constitucionalismo, entre estos requisitos sustanciales encontramos los derechos fundamentales.⁸⁰ La democracia por sí sola consiste en una serie de mecanismos para la toma de decisiones, que si bien permiten la maximización de la autonomía y la igualdad, la democracia no puede por sí misma determinar que las decisiones producto de la deliberación sean correctas, puesto que se necesitan patrones de corrección. Esta situación es descrita por Andrea Greppi de la siguiente manera:

Las reglas del juego democrático sólo de forma instrumental e indirecta quedan referidas a valores y la democracia no es más que un método, la mejor técnica para garantizar el desarrollo de fines que se encuentran en un plano diferente. Por eso es posible concluir que la democracia “en sí” no es un valor, sino un instrumento que consiste en la aplicación imparcial de reglas. Los valores que están detrás de la democracia no nos dicen en principio nada acerca del contenido ético y político de un régimen democrático, no justifican una determinada ordenación social, y por tanto,

⁸⁰ Al respecto Andrea Greppi señala que aunque la definición mínima de la democracia es una definición formal, no es posible desvincular el surgimiento de la democracia moderna con el Estado constitucional. En palabras de Greppi: “La forma de ejercicio del poder democrático habría ido modelándose, como Bobbio mismo explica, a partir de su alianza co diversos elementos del constitucionalismo moderno”. GREPPI, Andrea, *Teoría e Ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 235.

tampoco pueden ser sinónimo de autonomía moral o de emancipación. Justifican exclusivamente la elección de determinados procedimientos.⁸¹

Como vimos con Andrea Greppi, la democracia solamente consiste en un mecanismo para tomar decisiones políticas, si bien es considerada moralmente aceptable por su capacidad de potencializar la autonomía e igualdad de los individuos, no por ello se deduce que sea un valor por sí misma. El que los Estados adopten la democracia como forma de gobierno no se debe porque la misma sea la mejor forma de gobierno, sino porque es la forma de gobierno que mejor ha llevado a cabo los fines del Estado. De tal manera que la democracia formal no puede desatender los fines del Estado. Estos fines del Estado se encuentran en sus cartas constitucionales, pues, son ellas las que dan validez al mismo, puesto que disponen la conformación de los órganos del Estado, su forma de gobierno, y sobretodo, los derechos fundamentales de los individuos que conforman la sociedad. Los derechos fundamentales constituyen a su vez requisitos y límites para el buen desarrollo de la democracia, puesto que democracia y Estado constitucional, si bien tienen orígenes distintos, hoy en día han logrado compatibilizarse en la forma de Estado llamada democracia constitucionales. Sobre las democracias constitucional hablaremos más adelante, por ahora nos enfocaremos en esa esfera sustancial de la democracia.

1.1.8. DEMOCRACIA SUSTANCIAL

En el apartado anterior vimos que una definición mínima de democracia de Bobbio era una definición formal de democracia que sólo contenía las reglas esenciales, mas no limitativas, que toda democracia debía comprender. Estas reglas procedimentales nos permiten contestar las preguntas de ¿quién?, y del

⁸¹ *Ídem.*

¿cómo?, de las decisiones políticas dentro de una democracia. Aquellos Estados que cumplieran con estos requisitos formales contaban con una verdadera democracia representativa. Sin embargo, como observamos al estudiar los universales procedimentales de Bobbio, la democracia moderna no puede desatender ciertos requisitos sustanciales que impone el constitucionalismo en el Estado moderno. Sobre todo, en las democracias constitucionales, las cuales suponen la confluencia entre el constitucionalismo y la democracia moderna.

Luigi Ferrajoli, al preguntarse si solamente los requisitos formales son suficientes para identificar cuándo un sistema político es democrático se encuentra con dos aporías.⁸² La primera, radica en la imposibilidad de sujetarnos a criterios solamente formales en las llamadas democracias constitucionales, puesto que en ellas el poder político es un poder jurídicamente limitado, por lo que las decisiones de la mayoría tienen límites (sustanciales) establecidos por la Constitución.⁸³ La segunda aporía se encuentra en las garantías de supervivencia de la propia democracia, puesto que las decisiones de la mayoría pueden en algún momento violentar alguna (o todas) las reglas procedimentales de la democracia.⁸⁴ Es por ello que para evitar que la democracia acabe consigo misma, Ferrajoli nos dice que es necesario “que a la mayoría le sea sustraído el poder de suprimir con el poder de la mayoría.”⁸⁵

De este modo Ferrajoli propone un modelo pluridimensional de democracia, en el cual exista una confluencia entre la dimensión formal y

⁸² FERRAJOLI, Luigi, “Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p 78.

⁸³ Cfr. *Ídem*.

⁸⁴ Cfr. *Ídem*.

⁸⁵ Cfr. *Ídem*.

sustancial de la democracia.⁸⁶ En este modelo pluridimensional, la dimensión formal comprende las reglas que disciplinan las normas formales de producción. Estas normas formales de producción dan legitimidad democrática a las decisiones políticas.⁸⁷ En cuanto a la dimensión sustancial, Ferrajoli hace referencia al modelo del Estado constitucionalista, en el cual la Constitución contiene los límites del poder estatal, estos límites comprenden las normas sustanciales sobre la producción.⁸⁸ Estos límites, que constituyen la dimensión sustancial, comprenden: los derechos fundamentales, el principio de igualdad, el principio de paz, etc.

Ferrajoli hace hincapié en los derechos fundamentales, pues ellos son las normas sustanciales que limitan las normas formales de producción. Ya que en los casos de antinomias (conflicto entre normas),⁸⁹ los derechos fundamentales derrotan a aquellas normas formales (producto de la mayoría). Los derechos fundamentales consisten en los límites sustanciales que Ferrajoli ha llamado la *esfera de lo no decidible: la esfera de lo no decidible que no*, y que consisten en palabras de Ferrajoli:

[...]La esfera de lo no decidible es el conjunto de los derechos de libertad y de autonomía que impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos; la esfera de lo indecidible que no, determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlos.⁹⁰

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 80.

⁸⁷ *Ídem*.

⁸⁸ *Ídem*.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 81.

⁹⁰ *Ídem*.

Del mismo modo señala lo que comprende la esfera de lo decidible, es decir, donde es legítimo el ejercicio de la autonomía política:

[...] la esfera de lo decidible comprende: la autonomía política, mediada por la representación, en la producción de las decisiones públicas; la autonomía privada, según las reglas del mercado, en la producción de las decisiones políticas Principio de mayoría y libertad de emprendimiento, discrecionalidad pública y disponibilidad privada, autodeterminación política y autodeterminación privada son, en suma, las reglas que presiden la esfera de lo decidible, pero encuentran límites vínculos insuperables en la esfera de lo indecidible.⁹¹

Ferrajoli clasifica en cuatro clases los derechos fundamentales: derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales. Los primeros, son llamados “secundarios”, “formales” o “instrumentales”, éstos se refieren a la autonomía política y la autonomía privada. Este grupo de derechos constituyen la dimensión formal de la democracia, pues son aquellos derechos que permiten llevar las reglas del juego democrático, por lo que pueden ser regulados y alterados. El segundo grupo, los llama “primarios” o “sustanciales”, este grupo comprenden la dimensión sustancial de la democracia, y por ende, no son objeto de la mayoría democrática.⁹²

Estos cuatro grupos de derechos comprenden para Ferrajoli la dimensión pluridimensional de la democracia, ya que estos cuatro grupos contienen la dimensión formal y sustancial de la democracia, por lo que el fenómeno de la democracia constitucional es explicado de manera suficiente a partir de estas cuatro dimensiones. Más adelante abordaremos las tensiones existentes entre la dimensión formal y sustancial de las democracias constitucionales.

⁹¹ *Ídem.*

⁹² Volveremos a retomar esta clasificación en el último capítulo.

1.1.9. CONCLUSIONES DEL TEMA

A partir del desarrollo de este capítulo podemos concluir que la forma de gobierno llamada democracia es una forma de gobierno que permite la participación de los miembros de la sociedad en la toma de decisiones políticas que van a vincularlos. La participación de los individuos obedece a la titularidad de la ciudadanía, la cual gracias al sufragio universal, se ha ampliado a más individuos a través del tiempo. La democracia si bien no es la mejor forma de gobierno, es la que mejor conjunta los principios de autonomía e igualdad de los individuos, puesto que garantiza que los individuos puedan ver reflejada su voluntad en la toma de decisiones que van a vincularlos y asegura que su voto sea igualitario. La democracia moderna, a diferencia de la de los antiguos, se caracteriza por la representación democrática, la cual consiste en delegar la decisión de los individuos a representantes o delegados, quienes serán un fiel espejo de las corrientes políticas de sus electores. La necesidad de utilizar mecanismos de democracia representativa obedece a cuestiones fácticas más que conceptuales, entre ellas la masificación de los Estados modernos.

Del mismo modo, la concepción axiológica que se tiene de la democracia es positiva, a diferencia de la concepción de los antiguos, la razón yace en que la democracia es coherente con el movimiento del liberalismo. Este cambio de perspectiva podemos observarla en el aumento de Estados que adoptan dicha forma de gobierno. La razón de esta adopción, yace en que la democracia permite la maximización de los valores de autonomía e igualdad, además, que en los regímenes democráticos se garantiza la inclusión de todas las posturas corrientes políticas existentes dentro del Estado. La toma de decisiones en la democracia es a través de la regla de la mayoría, gracias a esta regla se garantiza que exista, en el mayor grado, posible una concordancia entre lo que el individuo desea y lo que la colectividad decide.

También vimos que la dimensión formal de la democracia no es suficiente, puesto que el cumplimiento de las reglas formales de la democracia requiere de otros requisitos sustanciales. Dichos requisitos sustanciales, son necesarios para el buen desarrollo de la democracia, y de igual manera, evitan que la democracia se autodestruya. Es por ello que la democracia moderna consiste en la confluencia de requisitos formales y sustanciales, materializados en las llamadas democracias constitucionales.

1.2. CONSTITUCIONALISMO

1.2.1. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Hablar de constitucionalismo necesariamente nos obliga a dar una referencia respecto al concepto de “Constitución”. El término de Constitución –al igual que otros conceptos jurídicos– no está exento de problemas, lo anterior se debe a la multiplicidad de acepciones que contiene dicha palabra. Entre las distintas concepciones de Constitución hay quienes identifican a la Constitución con el Estado mismo,⁹³ en cambio otros la consideran como el conjunto de normas fundamentales que dan forma y legitimidad al Estado.⁹⁴

Fue a partir del desarrollo del pensamiento liberal, el cual se materializó en los movimientos revolucionarios en Inglaterra en el siglo XVII y después en el americano y francés a finales del XVIII, que el concepto Constitución adquirió una serie de elementos que más adelante devendrían a ser requisitos *sine qua non* de todo documento o conjunto de reglas fundamentales que detentara tal nombre. Estos elementos podemos observarlos en el artículo 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, que enuncia lo siguiente: “Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los

⁹³ Entre los pensadores que encontraban la identidad del Estado con la Constitución, Georg Jellinek identifica a Aristóteles: “Conforme a su principio fundamental de que en la forma reside lo esencial del Estado, considera (Aristóteles) la Constitución como la esencia del Estado, por lo cual la identidad de éste ha de descansar, en primer lugar, en la identidad de aquélla”. JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Argentina, B de F, 2005, p. 626.

⁹⁴ Entre estos autores encontramos a Hans Kelsen, quien señala: “A tenor de lo que acabo de exponer, se llega al concepto corriente de Constitución en sentido lato, como comprensiva de las normas sobre el establecimiento de los órganos supremos del Estado y sobre las relaciones de los súbditos con el poder del mismo”. KELSEN, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, 2a. ed., España, Bosch, 1934, p. 193.

derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.⁹⁵

A partir de estos movimientos revolucionarios se adopta una nueva concepción del término de Constitución, de tal manera que toda Constitución necesariamente debe reconocer y garantizar los derechos de los individuos y separar los poderes del gobierno. Y es a partir de este quiebre histórico, que se da en las revoluciones de finales del siglo XVIII, que autores como Paolo Comanducci consideran que existe una ruptura entre la concepción “antigua”⁹⁶ y la concepción “moderna” de Constitución. Desde esta concepción “moderna” Comanducci divide en cuatro modelos el concepto de Constitución:⁹⁷

- *Modelo axiológico de la Constitución como orden.* Entiende a la Constitución como el conjunto de fenómenos sociales, dentro del ámbito jurídico-político, que debido a su intrínseco valor son fuente generadora de normas.
- *Modelo descriptivo de la Constitución como orden.* Entiende a la Constitución como el conjunto de fenómenos sociales que describe las relaciones de poderes dentro un Estado en un periodo determinado de tiempo, sin ningún juicio respecto al valor intrínseco de estos.
- *Modelo descriptivo de la Constitución como norma.* Entiende a la Constitución, como el conjunto de normas –escritas o consuetudinarias–

⁹⁵ Véase nota *supra* no. 40.

⁹⁶ Respecto de la concepción de los antiguos sobre a la idea de Constitución, Fioravanti identifica aquellos elementos característicos de dicha concepción: “Los antiguos, entonces dejan en herencia a los tiempos sucesivos esta gran idea: que una comunidad política tiene una forma ordenada y duradera, en concreto una Constitución, si no está dominada unilateralmente por un principio político absolutamente preferente; si las partes que la componen tienen la capacidad de disciplinarse; si en definitiva, su vida concreta no es un mero desarrollo de las aspiraciones de los vencedores”. FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, España, Trotta, 2001, p. 31.

⁹⁷ Véase COMANDUCCI, Paolo, *Constitución y Teoría del Derecho*, 1a. ed., México, Fontamara, 2007, pp. 40-57.

que tienen un carácter fundamental o de mayor jerarquía respecto de las demás leyes.

- *Modelo axiológico de la Constitución como norma.* Entiende a la Constitución, como el conjunto de normas –escritas o consuetudinarias– que además de gozar de una jerarquía superior respecto a la demás, contienen un valor intrínseco.

Asimismo, Ricardo Guastini nos ofrece otra clasificación, la cual identifica cuatro sentidos principales en las concepciones de Constitución:⁹⁸

- La acepción de “Constitución” como cualquier ordenamiento político de tipo liberal.
- La acepción de “Constitución” como conjunto de normas jurídicas, a *grosso modo*, el conjunto de normas que caracterizan e identifican todo ordenamiento.
- La acepción de “Constitución” como simplemente el documento normativo que detengan tal nombre (o equivalente).
- La acepción de “Constitución” como texto normativo dotado de ciertas características formales, es decir, de un peculiar régimen jurídico.

Como se puede observar estos modelos buscan abarcar la totalidad de fenómenos que puedan adoptar el adjetivo de Constitución. Cada concepción busca describir un modelo de Constitución, ya sea como el conjunto de normas que da validez al ordenamiento jurídico, o bien, el documento que simplemente detenta tal nombre. Sin embargo, es necesario subrayar que independientemente del sentido que se le quiera dar al término Constitución, el concepto “moderno” de Constitución está estrechamente relacionado con el

⁹⁸ GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, 1a. Ed., México, Fontamara, 2001, pp. 29-30.

pensamiento liberal del siglo XVII y finales del XVIII, y es esta misma esencia liberal la que todavía determina el uso del concepto Constitución.⁹⁹

La esencia del pensamiento liberal –la que considera al individuo como razón primigenia y esencial del Estado– es la que, para autores como Karl de Löwenstein, determina a su vez la finalidad de la Constitución.¹⁰⁰ La finalidad de la Constitución, independientemente del sentido que quiera dársele, no es otra que controlar el poder y evitar que el mismo sea abusado en contra de los individuos que conforman la sociedad. La Constitución debe fungir no sólo como mecanismo de ordenación estatal, sino además como un límite al poder político del Estado; de tal manera que la Constitución siempre represente una salvaguarda del individuo frente al poder político. La existencia de límites por parte de la Constitución radica en la necesidad de proteger las libertades de los individuos frente a cualquier abuso de poder. Es por ello, que la Constitución emplea distintos mecanismos para evitar el abuso del poder, entre estos mecanismos encontramos la división de poderes, la cual busca evitar la concentración del poder político en un solo órgano o individuo. Por lo que son estos mecanismos de limitación del poder contenidos en un documento jurídico

⁹⁹ Es esta esencia la cual Eduardo García de Enterría considera que explica de una mejor manera la idea de Constitución. En palabras de García Enterría: “La idea de Constitución debe ser referida, para no utilizarla en abstracciones descarnadas e inoperantes, a una corriente que viene de los siglos medievales, que se concreta a fines del siglo XVIII y en el siglo XIX en el movimiento justamente llamado constitucional y que, tras la segunda guerra mundial y el trágico fracaso de los totalitarismos que en ella perecieron, ha vuelto a reanudar su mismo sentido específico, tanto para los países que entonces recuperaron sus Constituciones, como para aquellos, como es nuestro caso (España), que se han reintegrado después a la misma corriente y para los demás que aún aspiran, legítimamente, a alcanzar ésta en el futuro”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, 4a. ed., España, Thomson-Civitas, 2006, p. 50

¹⁰⁰ Löwenstein considera que la finalidad de la Constitución no es otra que la de limitar el poder político, en palabras de Löwenstein: “En un sentido ontológico, se deberá considerar como el *telos* de toda Constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada Constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en el proceso de poder”. LÖWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, España, Ariel, 1964, p. 151.

son los que determinan el sentido moderno de la Constitución, en palabras de Michelangelo Bovero:

En la época contemporánea se entiende comúnmente por constitución un documento que contienen estas dos “partes”: un *bill of rights* y una *frame of government*, una declaración de los derechos y una cierta arquitectura de órganos y funciones del poder político inspirada en algún principio de división de poderes. Estos dos elementos representan los componentes esenciales del concepto de constitución que forjó el constitucionalismo.¹⁰¹

En conclusión, el objetivo de la Constitución es establecer límites al poder político, con la finalidad de que estas limitaciones puedan salvaguardar las libertades de los individuos. Las libertades de los individuos sólo pueden ser garantizadas a través de los límites y controles contenidos en la Constitución.

1.2.2. LA APARICIÓN DEL ESTADO MODERNO COMO PRESUPUESTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

La relación existente entre Estado y Constitución es muy estrecha, a tal grado que no se podría entender la Constitución y el Derecho Constitucional sin hacer referencia al Estado. La Constitución necesita del Estado para proyectarse, incluso en los llamados súper Estados (como el caso de la Unión Europea), la Constitución requiere de un espacio geográfico y poder organizado para ordenar. Pero del mismo modo, los Estados actuales necesitan de la existencia de una Constitución, ya que a partir de ella el Estado establecerá los principios normativos del mismo. Georg Jellinek consciente de esta relación, considera que la relación entre Constitución y Estado es indisoluble, puesto que el Estado requiere establecer los principios de ordenación que determinarán las

¹⁰¹ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia...*, op. cit., p. 24.

relaciones entre los individuos que conforman el Estado, de tal índole, que el conjunto de estos principios es lo que constituye la Constitución.

Dicho en palabras de Jellinek:

Toda asociación permanente necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituya y desenvuelva su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella. Una ordenación o estatuto de esta naturaleza, es lo que se llama Constitución. *Todo Estado, pues, necesariamente ha menester de una Constitución.*¹⁰²

Si bien es cierto que para la existencia y desarrollo de la Constitución es necesaria la existencia del Estado, no hay que caer en el equívoco de pensar que de cualquier tipo de Estado, pues el origen de la corriente llamada constitucionalismo sólo pudo darse en un tipo específico de Estado: el llamado *Estado moderno*. Y es debido a las características particulares de este tipo de Estado –en la relación de otros tipos históricos fundamentales de Estado como el Estado griego, romano y medieval–¹⁰³ que el constitucionalismo pudo encontrar cabida en este sustrato esencial.

El Estado moderno, a diferencia de otros tipos de Estado,¹⁰⁴ se caracteriza por una concentración del poder coactivo en un solo ente, que se vio materializado bajo el concepto de *soberanía*.¹⁰⁵ Y es a partir de este

¹⁰² JELLINEK, Georg, *op. cit.*, p. 625. Las cursivas son nuestras.

¹⁰³ Cfr. JELLINEK, Georg, *op. cit.*

¹⁰⁴ Para Jellinek el Estado moderno se distingue de otros tipos históricos de Estado por la superación del dualismo resultante de la distinción de príncipe y estados del reino. Es decir, la concentración del poder del príncipe frente a los demás poderes, de tal manera que el príncipe sea el centro de gravedad del Estado. Véase *Ibidem*, p. 420.

¹⁰⁵ Respecto del concepto de soberanía es obligada referencia la definición de Jean Bodin, para él la soberanía es: “La soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una república... Digo que es perpetuo puesto que puede ocurrir que se conceda poder absoluto a uno o varios por tiempo determinado los cuales, una vez transcurrido éste, no son más que súbditos. Por tanto, no puede llamársele príncipes

potestas que el Estado supondrá el único centro de imputación en un territorio, evitando la dispersión del poder. Gracias a esta concentración del poder, el Estado logra unidad en su organización, y es en esta unidad donde yace el triunfo del Estado moderno.¹⁰⁶ Para Bobbio esta concentración trae consigo dos consecuencias muy importantes, la primera consiste en que el Derecho queda reducido solamente al Derecho del Estado, por lo que otros ordenamientos jurídicos (como el de la Iglesia y otras corporaciones) quedan eliminados. La segunda importante consecuencia consiste en la eliminación o desconocimiento de otras fuentes de Derecho que no provengan de quien detenta el *summa potestas* dentro del Estado. Dicho en palabras de Bobbio:

Se puede hablar, en el primer caso, de monopolio del Derecho por parte del Estado; en el segundo, del monopolio del Derecho estatal por parte de la ley. A través de estos dos procesos de *reductio ad unum*, el Estado adquiere una estructura unitaria («no existe otro Derecho sino el del Estado») y un único fundamento («no existe otro Derecho estatal distinto de la ley o voluntad del soberano»).¹⁰⁷

Asimismo, Bobbio considera que Thomas Hobbes es el teórico más coherente con el desarrollo del Estado moderno, ya que Thomas Hobbes en su obra el *Leviatán*, explica que sólo es Derecho, aquel que ha sido legislado por el soberano (ya sea un hombre en la monarquía, una asamblea en la

soberanos cuando ostentan tal poder, ya que sólo son sus custodios o depositarios, hasta que place al pueblo o al príncipe revocarlos. Es éste quien permanece siempre en posesión del poder. ... La soberanía no es limitada, ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo”. BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, 4a. ed., España, Tecnos, 2006, pp. 47-49.

¹⁰⁶ Jellinek encuentra en esta aglomeración del poder político, en la unidad del Estado, el mayor triunfo del Estado. En palabras de Jellinek: “La unidad, su organización conforme a la constitución y la autolimitación del Estado frente al individuo, son los caracteres esenciales de lo que denominamos el Estado moderno, y lo que le separa de todas las formas que el Estado ha revestido en el pasado. *La idea de unidad, por consiguiente, es la conclusión de una grande evolución histórica*”. *Ibidem*, p. 422. Las cursivas son nuestras.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de..., op. cit.*, p.28.

democracia o en la aristocracia).¹⁰⁸ Lo que tiene por resultado que el Derecho positivo del Estado moderno sólo consista en aquellas leyes que han sido legisladas por el soberano,¹⁰⁹ y por tanto, se establece una unidad en el ordenamiento jurídico. Esta concentración del poder político y jurídico en la figura del soberano es de suma importancia para el constitucionalismo, la razón de esto se debe a que antes del surgimiento del Estado moderno, no era posible establecer límites a los poderes políticos y jurídicos, puesto que existía una diversidad de entes (la Iglesia y los señores feudales) que detentaban el poder dentro de un territorio. A partir de la concentración del poder en la figura del soberano, fue entonces posible establecer límites al poder político. En palabras de Bobbio: “El *constitucionalismo*, nacido de la experiencia política inglesa, contempla la soberanía en su aspecto de poder unitario y busca hacerla inofensiva, no limitándola por el exterior, sino descomponiéndola en el interior: de aquí nace la célebre teoría de la *división de poderes*”.¹¹⁰

A partir de esta concentración de poder, el papel del constitucionalismo sería el de limitar aquel poder estatal frente a los individuos que conforman el Estado. Sin embargo, aunque el constitucionalismo estaba asentado dentro del sustrato del Estado moderno, tardaría tiempo en alcanzar desarrollo. Este desarrollo sólo fue posible después de los movimientos revolucionarios de Inglaterra en el siglo XVII, y las revoluciones americana y francesa del siglo XVIII.

¹⁰⁸ Cfr. HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, México, 9a. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 218.

¹⁰⁹ En palabras de Thomas Hobbes: “[...] el Estado no es nadie, ni tiene capacidad de hacer una cosa sino por su representante (es decir, por el soberano), y, por tanto, el soberano es el único legislador. Por la misma razón, nadie puede abrogar una ley establecida sino el soberano, ya que una ley no es abrogada sino por otra ley que prohíbe ponerla en ejecución”. *Idem*.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 29.

1.2.3. DIVISIÓN DE PODERES Y *CHECKS AND BALANCES*¹¹¹

Uno de los elementos esenciales de la doctrina liberal moderna es la concepción de frenar y limitar el poder,¹¹² esta separación del poder político del Estado sólo fue posible al concentrarse el poder en la figura del soberano. Al encontrarse el poder político y jurídico concentrado en la figura del soberano, fue entonces posible establecer límites a ese poder concentrado. Es por ello, que las obras de Locke y Montesquieu –el último en mayor grado– aportan uno de los paradigmas más importantes del constitucionalismo, el cual consiste en la idea de *separación de poderes*.

Esta formulación de organizar y dividir el poder político del Estado es de suma importancia para el constitucionalismo, no por ello las revoluciones liberales del siglo XVIII consideraron como parte esencial de toda Constitución la división del poder estatal; esto lo podemos observar en el artículo 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* del 1789. De esta manera el concepto de Constitución queda vinculado a la separación de poderes, por lo que cualquier forma de Estado constitucional sólo podrá ser considerada como tal si la Constitución garantiza la separación de los poderes públicos. La finalidad de esta división es la de limitar y frenar el poder del Estado, en palabras de Carl Schmitt:

¹¹¹ Al hablar de división de poderes es menester distinguir entre división y separación de poderes. En el primero, el poder político está dividido en varios órganos –de tal manera que el poder no está concentrado en un sólo ente– los cuales para actuar requieren necesariamente de la acción de los demás; este modelo enarbola el principio de frenos y contrapesos. En cambio, el segundo se caracteriza por la existencia de distintos órganos con atribuciones especializadas e independientes, por lo que la acción de uno de estos órganos no requiere, ni puede ser impedido, por el actuar de otro; este modelo se rige bajo los principios de especialización e independencia. GUASTINI, Ricardo, *op. cit.*, p. 64-67.

¹¹² Roberto L. Blanco Valdés subraya la importancia de la división de poderes dentro del constitucionalismo, puesto que ha devenido a ser una parte esencial del Estado constitucional. En palabras de Roberto Valdés: “Es afirmación pacífica, sobre la que existe un asentimiento científico generalizado, la de que uno de los elementos centrales de toda la teoría política liberal está constituido por la reflexión sobre la insoslayable necesidad histórica de controlar, frenar y dividir el poder”. BLANCO VALDÉS, Roberto L., *El valor de la Constitución*, España, Alianza Editorial, 2006, p. 29.

La división y distinción de poderes contiene el principio básico de esta general mensurabilidad de todas las manifestaciones del poder del Estado. La exigencia de mensurabilidad se desprende del principio de libertad del individuo es ilimitada en principio, y toda facultad del Estado, por el contrario, limitada en principio y, por tanto mensurable.¹¹³

Como ya habíamos señalado los más importantes ideólogos del principio de limitar el poder estatal son John Locke y Luis de Secondat barón de la Brède y Montesquieu. Fueron sus ideas las que más adelante influenciarían los primeros textos constitucionales productos de las revoluciones liberales del siglo XVIII. A continuación revisaremos los elementos más importantes, respecto del tema de división de poderes, dentro de la teoría de estos dos autores.

La obra de John Locke en el principio de división de poderes como garantía de los derechos naturales del hombre

En su obra el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, John Locke reconoce el origen del poder político en un pacto por parte de los individuos, libres, que integran una comunidad: “Siendo todos los hombres, cual se dijo, por naturaleza libres, iguales e independientes, nadie podrá ser sustraído a ese estado y sometido al poder político de otro sin su consentimiento, el cual se declara conviniendo con otros hombres juntarse y unirse en comunidad para vivir cómoda, resguardada y pacíficamente, unos con otros, en el afianzado disfrute de sus propiedades, y con mayor seguridad contra los que fueron ajenos al acuerdo”.¹¹⁴ La visión de Locke de la sociedad era una visión individualista, puesto que son los individuos anteriores a la sociedad. Los individuos son los que deciden integrar el Estado puesto que son libres, aun formando parte de la sociedad siguen siendo autónomos porque las decisiones

¹¹³ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, 2a. reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 142.

¹¹⁴ LOCKE, John, *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*, 1a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 57.

que los obligan son producto de la convención con los otros integrantes de la misma.

Locke parte de una concepción negativa del ser humano, sin llegar al grado de Hobbes,¹¹⁵ en la cual el hombre está expuesto a sufrir afectaciones por sus iguales. Para Locke el hombre en estado de naturaleza abandona dicho estado “libre” para proteger su derecho de propiedad,¹¹⁶ el cual ya contaba en el estado de naturaleza pero de manera precaria.¹¹⁷ La protección de la propiedad de los individuos que conforman la sociedad constituye el fin primordial de toda asociación humana. En palabras de Locke: “El fin pues, mayor y principal de los hombres que se unen en comunidades políticas y se ponen bajo el gobierno de ellas, es la preservación de su propiedad; para cuyo objeto faltan en el estado de naturaleza diversos requisitos”.¹¹⁸ Para Locke el estado de naturaleza adolece de tres requisitos esenciales: a) la falta de una ley conocida; b) inexistencia de un juez conocido e imparcial y; c) la falta de un poder que sostenga o asista la sentencia de la autoridad.

Estos requisitos son las funciones que serán depositadas en el Poder Legislativo y en un Poder Ejecutivo llamado “Ejecutivo y Federativo de la República”. Estos órganos concentrarían las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, encontrándose siempre el Poder Ejecutivo subordinado al Poder Legislativo; ya que este último es el que le asiste la facultad de hacer las leyes

¹¹⁵ Para Hobbes, los hombres en el estado de naturaleza siempre están compitiendo y peleando, la razón de esto yace en su propia igualdad. Al ser los hombres iguales en capacidades, tiene como consecuencia que ellos mismos sean sus propios enemigos, en palabras de Hobbes: “De esta igualdad en cuanto a la capacidad se deriva la igualdad de esperanza respecto a la consecución de nuestros fines. Esta es la causa de que si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos, y en el camino que conduce al fin (que es, principalmente, su propia conservación y a veces su delectación tan sólo) tratan de aniquilarse o sojuzgarse uno a otro. De aquí que un agresor no teme otra cosa que el poder singular de otro hombre [...]”. *Cfr.* HOBBS, Thomas, *op. cit.*, p. 101.

¹¹⁶ Para Locke el derecho de propiedad comprende: la vida, libertades y haciendas. Véase, *Ibidem*, p. 73

¹¹⁷ *Cfr. Ídem.*

¹¹⁸ *Ídem.*

para todos los miembros de la sociedad. Y es el carácter especial que Locke otorga a la ley lo que supondrá uno de sus más grandes aportes a la teoría liberal, en palabras de Blanco: “Será la centralidad de la ley en el pensamiento lockiano, centralidad directamente vinculada a su funcionalidad en el cumplimiento de los fines del Estado y, muy especialmente, en el mantenimiento de la libertad, la que exigirá también la existencia de un poder ejecutivo, funcionalmente definido por su misión de ejecución; separado del poder legislativo”.¹¹⁹ La división de poderes para Locke es una consecuencia de la ley, pues consiste en la expresión de la mayoría de la comunidad y a su vez supone el límite a los poderes legislativo y ejecutivo.¹²⁰

A partir de la centralidad de la ley John Locke coloca al Poder Legislativo en una posición superior respecto del Poder Ejecutivo. La razón de esta superioridad, radica en su facultad de emitir leyes y en su carácter soberano. Al ser el Poder Legislativo el conjunto de individuos que toman decisiones para el gobierno de la sociedad, es por ello, que no puede haber poder o persona superior a este conjunto de individuos que deliberan, sin embargo a diferencia de Rousseau, para Locke el Poder Legislativo tiene como límite las libertades y la propiedad de cada uno de sus miembros. En palabras de John Locke: “Porque nadie puede transferir a otro más poder del que encerrase en sí mismo, y nadie sobre sí goza de poder absoluto y arbitrario, ni sobre los demás tampoco, que le permitiere destruir su vida o arrebatar la vida o propiedad ajena”.¹²¹ El Poder del Legislativo está limitado frente a las libertades y la

¹¹⁹ BLANCO VALDÉS, Roberto L. , *op. cit.*, p. 56-57.

¹²⁰ El papel de la ley en la teoría de Locke es de suma importancia, pues es aquella que garantiza a los individuos dentro de la sociedad el disfrute de sus libertades y su propiedad: “Ni el poder arbitrario absoluto ni el gobierno sin leyes fijas y permanentes pueden ser compatibles con los fines de la sociedad y gobierno, pues los hombres no abandonarían la libertad del estado de naturaleza, ni se sujetarían a la sociedad política si no fuera para preservar sus vidas, libertades y fortunas, mediante normas de derecho y propiedad que aseguraran su fácil sosiego”. *LOCKE, John, op. cit.*, p. 82

¹²¹ *Ibidem*, p. 80.

propiedad de sus integrantes, esta limitación sólo es posible a través de la ley, puesto que la ley no puede ser arbitraria y transitoria, es decir, la ley tiene que ser consensuada, fija y permanente, pues, es ella la que garantiza el buen gobierno de la sociedad.

Para Locke el papel de legislar las leyes permanentes y fijas de la sociedad corresponde al Poder Legislativo, sin embargo, Locke reconoce que el papel de su aplicación no debe corresponder al órgano que legisló la ley, hacerlo así, supondría una tarea más para un órgano regularmente ocupado, pero además, dotar al Legislativo de tal facultad podría derivar en un probable abuso del poder por parte del mismo. Es así que John Locke encomienda esta facultad a un órgano de poder ininterrumpido que es el Poder Ejecutivo.

Locke reconoce la recurrencia de dividir el papel de legislar y aplicar la ley por parte de órganos distintos, sin embargo, menciona que existe otro poder distinto a los otros dos, el cual está encargado de la “paz y guerra, ligas y alianzas y todas las transacciones con cualquier persona y comunidad ajena a tal república”.¹²² Este poder es llamado por Locke como Federativo. Si bien reconoce la existencia de otro poder, respecto de los otros dos, Locke considera que esta facultad, de llevar la política externa de la sociedad, debe encontrarse en el poder Ejecutivo. Las razones que Locke nos da son las siguientes:

Aunque como dije, los poderes Federativo y Ejecutivo de cada comunidad sean en sí realmente distintos, difícilmente cabra separarlos y ponerlos al mismo tiempo en manos de distintas personas. Porque ambos requieren la fuerza de la sociedad para su ejercicio, y es casi impracticable situar la fuerza de la comunidad política en manos distintas y no subordinadas, o que los poderes ejecutivo y federativo sean asignados a personas que pudieran obrar por separado, con lo cual la fuerza del público vendría al

¹²² *Ibidem*, p. 88.

hallarse bajo mandos diferentes, lo que bien pudiera el agón tiempo causar desorden y ruina.¹²³

La teoría de Locke distribuye las facultades del Estado en distintos órganos, no porque exista un contrapeso entre éstos, sino porque facilitan el gobierno del Estado. Para Locke el control del poder político se encuentra en la ley. A partir de la teoría de Locke se subraya el papel del *principio de legalidad*, pues, es a partir de la existencia de leyes fijas y permanentes que el poder está limitado, y es así que las libertades y la propiedad de los individuos, que se encontraban de manera precaria en el estado de naturaleza, están garantizadas por el papel de un gobierno que toma las decisiones a través de los integrantes de la comunidad.

La obra de Montesquieu en la división de poderes basada en el principio de los frenos y contrapesos

La aportación de Montesquieu en su obra “*El espíritu de las leyes*” sentó un paradigma en el constitucionalismo. Al igual que Locke reconoció la limitación del poder a través de la distribución de funciones estatales, sin embargo, la obra de Montesquieu destaca por el reconocimiento y separación de la función judicial en un solo poder y por el principio de *checks and balances*.

La doctrina de Montesquieu está contenida esencialmente en el capítulo IV del libro XI de su obra *El espíritu de la leyes*. En este capítulo explica qué debe entenderse por libertad política. En palabras de Montesquieu: “En un Estado, es decir, en una sociedad que tiene leyes, la libertad no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no debe quererse”.¹²⁴ Como puede observarse, Montesquieu –al igual que Locke– destaca el vínculo de legalidad con libertad, puesto que las

¹²³ *Ibidem*, p. 89.

¹²⁴ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, México, Porrúa, 2007, p. 145.

leyes son el producto del conglomerado de individuos que conforman la sociedad, y que está representado en el Poder Legislativo. A continuación Montesquieu señala que la única nación cuyo código constitucional tiene por objeto la libertad política es la constitución de Inglaterra. Y es a partir del estudio de la constitución inglesa que Montesquieu llega a la siguiente conclusión:

En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil

Y a continuación explica la función de cada uno:

En virtud del primero, el príncipe o jefe de Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga la diferencia entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado.¹²⁵

La separación de poderes de Montesquieu parte de las distintas funciones del Estado, y es por ello que cada poder está especializado en una función esencial del Estado. Esta distribución de funciones asegura que la libertad política no se vea afectada por el abuso del poder concentrado:

Cuando el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad;... No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del legislativo y del poder ejecutivo. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de

¹²⁵ *Ibidem*, p. 145.

dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares.¹²⁶

Lo curioso de la obra de Montesquieu es que la distribución del poder en Inglaterra, en ese período histórico, estaba concentrada fundamentalmente en dos órganos: el Parlamento y el rey. Y es que el papel que jugaría el poder judicial en Inglaterra todavía estaba en desarrollo, aunque ya existían precedentes como el caso *Bonham* por parte del juez Edward Coke.¹²⁷ Aunque el papel del Poder Judicial en Inglaterra todavía dependía en gran medida en el rey, Montesquieu identificó en él una función elemental del Estado, sin embargo, el papel del Poder Judicial en la teoría de Montesquieu era muy limitado, hasta el grado de afirmar: “De los tres poderes que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo”.¹²⁸

Para Montesquieu no basta que los poderes estén separados, en cambio plantea la necesidad de que exista coordinación entre ellos, por lo que propone una serie de acomodados en las funciones de los poderes, de tal manera que cada poder necesite de otro para actuar. Es esta serie de mecanismos institucionales la más importante aportación de Montesquieu a la teoría constitucional, el *principio de frenos y contrapesos*.¹²⁹ Y es partir de estos acomodados que el poder frena al poder y se evita el abuso del mismo hacia la libertad política.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 146.

¹²⁷ Se hablará más adelante de este caso.

¹²⁸ *Ibidem*, 149.

¹²⁹ Montesquieu reconoce que sólo a partir de los contrapesos es posible evitar que el poder se concentre, y por ende, se abuse: “He aquí pues, la constitución fundamental del gobierno del que hablamos. Compuesto de dos partes del poder legislativo, la una encadenará a la otra por mutua facultad de veto. Ambas estarán ligadas por el poder ejecutivo, como éste por el legislativo. Estos tres poderes (puesto que hay dos en el legislativo) se neutralizan produciendo la inacción. Pero impulsados por el movimiento necesario de las cosas, han de verse forzados a ir de concierto”. *Ibidem*, p. 152.

La teoría de Montesquieu nos brinda una división tripartita de poderes, pero que a diferencia de la división de poderes de Locke, introduce el concepto de pesos y contrapesos, a partir de éstos, el poder de cada una de las tres funciones esenciales del gobierno se encontrará en la necesidad de actuar con apoyo de las demás, sin embargo, al encontrarse éstas facultades en personas distintas, el poder no podrá concentrarse en un solo ente o persona. Estos pesos y contrapesos dentro del gobierno del Estado, constituyen un elemento indispensable para evitar el abuso del poder por parte del Estado en contra de los individuos que conforman la sociedad.

1.2.4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

La Constitución surge como una forma de garantizar la libertad, y esta libertad supone el conjunto de derechos que las personas poseen, los cuales aseguran su autonomía e individualidad. La idea de una serie de derechos de las personas como garantías de su libertad es la característica esencial del constitucionalismo.¹³⁰ Es por ello, que el papel de la Constitución es el de fungir como instrumento jurídico que garantice los derechos de los individuos, y por ende la libertad.

El ideario de las revoluciones del siglo XVIII, que reconocía la existencia de derechos innatos al hombre, estuvo influenciado por la teoría medieval del derecho natural. Esta teoría iusnaturalista postulaba la existencia de un derecho superior al poder del Estado. La doctrina del iusnaturalismo clásico

¹³⁰ Manuel Aragón también concuerda que es la protección de los derechos fundamentales la característica esencial del constitucionalismo moderno. Dicho con sus propias palabras: “La característica genuina, es decir, la nota definitoria del Estado constitucional como forma política histórica, no es sólo la limitación del poder mediante el derecho, sino sobre todo, el sentido de esa limitación, o dicho con otras palabras, el fin a cuyo servicio la limitación se establece: la garantía de la libertad”. ARAGÓN, Manuel, “Constitución y Derechos Fundamentales”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución*, México, 2000, p. 217.

construyó una teoría del derecho natural objetivo, es decir, la existencia de una ley natural que estaba por encima de cualquier poder humano. En la modernidad este derecho natural objetivo pasaría a ser un derecho natural subjetivo, reconociendo en los individuos una serie de derechos innatos y anteriores al Estado.¹³¹

Entre los pensadores que reconocían la existencia de libertades derivadas de la ley natural encontramos a John Locke, quien afirmaba la existencia de una serie de libertades del hombre superiores a la sociedad: “La libertad natural del hombre debe hallarse inmune de todo poder superior en la tierra, y no supeditada a la voluntad o autoridad legislativa del hombre, sino sólo tener la ley natural por su norma”.¹³² Serían estas ideas las que impregnarían el discurso ideológico de los documentos constitucionales producto de las revoluciones americana y francesa. Con estos textos constitucionales (La Declaración de Independencia de las trece colonias y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano) se daba formalidad y reconocimiento a los derechos de los individuos.

Sin embargo, en el siglo XIX el constitucionalismo europeo se apartó de aquel concepto natural de los derechos y de la idea de Constitución como norma suprema del Estado, en cambio se optó por un modelo legalista, dentro del cual la ley supondría la materialización de la soberanía estatal. Esta situación es descrita magistralmente por Manuel Aragón: “El imperio de la ley vino a sustituir al originario imperio de la Constitución; el Estado constitucional

¹³¹ Para Antonio Enrique Pérez Luño ésta transformación del derecho natural supondría el gran avance de la modernidad: “Se ha concebido en ocasiones este proceso de subjetivación del derecho natural que desembocará en la teoría de los derechos del hombre como una ruptura respecto a la tradición anterior. Esta es la tesis mantenida por Pietro Piovani, para quien la teoría de los derechos naturales no supuso la supervivencia o renovación de las doctrinas medievales del derecho natural, sino la afirmación de una doctrina del todo diferente, que oponía al subjetivismo iusnaturalista clásico el subjetivismo moderno y que preludió la positivización de constitucional de las libertades individuales”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, 7a. ed., España, Tecnos, 2001, p. 39.

¹³² LOCKE, John, *op. cit.*, p. 15.

de derecho quedó reducido al estado legal de derecho. Ni el poder del Estado resultaba obligado por la Constitución, ni la libertad de los ciudadanos, garantizada por ella. Los hombres tendrían sólo los derechos que el Estado (la ley) estableciese. Los derechos en consecuencia no serían derechos constitucionales, sino meros ‘derechos legales’”.¹³³

En el Estado de Derecho del siglo XIX y hasta la primera mitad del siglo XX, los derechos sólo representaban los límites, establecidos por la ley, al poder administrativo del Estado; y por ende este último sólo reconocería aquellos derechos positivizados¹³⁴ en la ley. La teoría del Estado de Derecho convirtió a los derechos en “derechos públicos subjetivos”.¹³⁵ Dentro de esta teoría no podían existir derechos fuera del poder jurídico del Estado, en palabras de uno de sus mayores representantes de esta visión de positivista de los derechos encontramos a Hans Kelsen, quien nos dice:

Fuera del orden jurídico estatal – y aquella esfera que la teoría ha querido rellenar con derechos de libertad, cae fuera del orden jurídico estatal- no puede haber ningún “derecho”. Afirmar lo contrario sería salir de la pura Teoría jurídica para entrar en el Derecho natural. Por eso nadie tiene un derecho subjetivo positivo de libertad frente al Estado, eso es, nadie tiene

¹³³ *Ibidem*, p. 220.

¹³⁴ Para Antonio Enrique Pérez Luño, la esencia del positivismo es el siguiente: “Desde su punto de vista (de los positivistas) la juridicidad se identifica con la noción del derecho positivo, con las normas jurídicas positivamente establecidas. Cualquier creencia en normas objetivamente válidas anteriores a tal derecho aparece como producto de una posición metafísica e inaceptable. De ahí que el proceso de positivación sea entendido por los positivistas como un aspecto más de las reglas generales que presiden la creación del derecho en el ordenamiento estatal”. *Ibidem*, p. 56

¹³⁵ La definición del concepto de “derechos públicos subjetivos” nos la ofrece Eduardo García Maynez: “En primer término, por derecho subjetivo entiéndase la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de la persona o personas que se hallan frente al titular. Tal facultad aparece cuando el orden jurídico prescribe que en determinadas circunstancias se haga u omita alguna cosa, y pone a disposición de otro sujeto el imperativo que contiene dicha orden”. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1984, p. 187.

una pretensión jurídicamente cualificada a una no intervención del Estado.¹³⁶

La identidad de los derechos con la ley vació de contenido axiológico a la corriente constitucional emanada de las revoluciones liberales, como subraya Gustavo Zagrebelsky, “*los derechos públicos subjetivos no eran una sustancia, sino simplemente una forma jurídica (la de ley)*”.¹³⁷ Esta concepción legalista de los derechos vio su limitación conceptual con los regímenes fascistas¹³⁸ del siglo xx, por ello fue necesario replantear la idea de los derechos, en palabras de Zagrebelsky: “La ocasión para dar a los derechos fundamentales, más sólido que el proporcionado por la ley estatal surgió con la reacción que se produjo, al término de la segunda guerra, en aquellos Estados que se vieron en la necesidad de refundar las instituciones constitucionales después del totalitarismo fascista y nacionalsocialista”.¹³⁹

Pero, este nuevo replanteamiento de los derechos no podía volver al iusnaturalismo clásico, pero a su vez tenía que distinguirse del derecho positivo, por lo que la solución supuso la constitucionalización de los derechos.¹⁴⁰ Y es a partir de esta positivización (a nivel constitucional) que existe la diferencia conceptual entre *derechos humanos* y *derechos fundamentales*. Los derechos fundamentales son mandatos vinculantes, ya que no dependen de la voluntad

¹³⁶ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 165

¹³⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3a. ed., España, Trotta, 1999, p. 48.

¹³⁸ Para Gustavo Zagrebelsky, entiende por regímenes fascistas: “Todos aquellos regímenes, de acuerdo con su naturaleza, tenían en común este punto de partida: denunciar, por engañosa, cualquier pretensión de que una vida individual tenga sentido separada de la totalidad del Estado y, por tanto, cualquier postulación de una esfera de derechos en sentido subjetivo capaz de concurrir con, y eventualmente limitar, la voluntad del Estado”. *Ibidem*, p. 65.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 65.

¹⁴⁰ Para Zagrebelsky ésta fue la única solución para superar el problema planteado por el positivismo: “En la reacción contra el positivismo no se hubiera podido totalmente a la otra parte (iusnaturalismo). Lo habría impedido otro gran irrenunciable componente del constitucionalismo actual: la democracia, que impide la afirmación total y absoluta de cualquier concepción “natural” de derecho”. *Ídem*.

del Estado y de sus integrantes, este carácter vinculante es posible a través de su incorporación dentro el texto constitucional. Mientras que los derechos humanos, suponen una visión prescriptiva del papel del ser humano en el mundo.¹⁴¹ Los derechos fundamentales constituyen el reconocimiento jurídico de las libertades, y éstos están contenidos en la Constitución, la cual actúa como mecanismo de garantía jurisdiccional de éstos. Por ello, para Chinchilla Herrera cuando hablamos actualmente de derechos fundamentales nos referimos a lo siguiente:

Decir que existen derechos fundamentales significa que a ciertas situaciones subjetivas ventajosas, reconocidas por el orden jurídico como valiosas, la Constitución les asigna un nivel reforzado de protección o garantía muy superior al que se le otorga a otras situaciones de legítima prerrogativa individual; garantía reforzada que puede operar frente a las actuaciones de los órganos judiciales y administrativos, frente al poder legislativo y aun frente al poder constituyente secundario.¹⁴²

Es así que los derechos fundamentales suponen valores de gran interés para el Estado constitucional, pues, son éstos los que garantizan las libertades de los individuos. Esta garantía es posible a través de su positivización, ya que se convierten en mandatos vinculantes para el Estado (e incluso para los particulares). Asimismo, su constitucionalización los hace inmunes ante ciertas decisiones políticos, de modo que constituyen verdaderos límites frente a

¹⁴¹ López Guerra nos explica de manera concisa esta distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos: “El concepto de derechos humanos o derechos del hombre es una noción filosófica e ideológica: la de que ciertos derechos son necesarios para que se pueda hablar de ser humano, y de dignidad humana. Pero el reconocimiento jurídico de esos derechos los convierte en mandatos vinculantes, que no dependen de las convicciones de cada uno. Los “derechos humanos” se convierten en “derechos fundamentales”, en otra terminología en “libertades públicas”. Se pasa así de un concepto iusnaturalista a un concepto positivista”. LÓPEZ GUERRA, Luis, *Introducción al Derecho Constitucional*, España, Tirant lo blanch, 1994, pp. 102-103.

¹⁴² HERRERA, Chinchilla, *¿ Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Colombia, Temis, 1993, p. 3.

cualquier tipo de poder, por lo que constituyen, como vimos anteriormente con Ferrajoli, la *esfera de lo no decidible o la esfera de lo no decible que*.

1.2.5. LAS REVOLUCIONES INGLESA, AMERICANA Y FRANCESA COMO ANTECEDENTES PRIMIGENIOS DEL CONSTITUCIONALISMO

A) Inglaterra

La evolución histórica de las instituciones del gobierno inglés es de suma importancia para el eventual nacimiento de la corriente llamada constitucionalismo. Y es que no cabe duda que la experiencia inglesa puede considerarse como el punto inicial del movimiento llamado constitucionalismo.¹⁴³ La Constitución inglesa (o británica) se caracteriza por la falta de un documento escrito que detente tal nombre: en cambio, ésta consiste en el conjunto de experiencias y convenios entre los distintos órganos del poder que a través del tiempo han adquirido el carácter de leyes fundamentales. Esta característica, de Constitución no escrita, es la razón por la que algunos autores como Eduardo de Enterría consideran que hablar del sistema constitucional inglés es hablar de un sistema de *Constitución acumulativa*.¹⁴⁴ Aun con la falta de un documento escrito el constitucionalismo inglés se ha caracterizado por la idea –enraizada en el pensamiento inglés– de Constitución como organización y limitación del poder.

¹⁴³ En este mismo sentido concuerda Jiménez Asensio, pues para él es en Inglaterra donde surgen los elementos fundantes del constitucionalismo. En palabras de Asensio: “No puede perderse de vista en ningún momento que el constitucionalismo como proceso, la misma idea de Constitución y, en fin, el Derecho constitucional arrancan de las propias islas británicas [...] La riqueza de este experimento constitucional radica en que Inglaterra es, a no dudarlo, *la patria del constitucionalismo*”. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, España, Marcial Pons, 2003, p. 27.

¹⁴⁴ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución...*, op. cit.

- *El constitucionalismo medieval*

A diferencia de Europa continental la concentración del poder en Inglaterra no se dio con la aparición de los Estados absolutistas, en cambio, fue en el reinado de Enrique II en el siglo XII que la monarquía inglesa empezaría a concentrar un poder superior al de otras monarquías europeas.¹⁴⁵ Para Crossman ésta es la razón por la que el inicio del Estado-nación sucede en Inglaterra mucho antes que en otros países medievales.¹⁴⁶ Pero a diferencia de los estados absolutistas donde el rey concentraba todo el poder, en Inglaterra se dio un Estado medieval limitado; es decir una constitución mixta. En esta forma de monarquía el rey necesitaba reunirse en los llamados *colloquia*, donde los tres estamentos (iglesia, ejército y trabajadores) debían estar reunidos para la toma de decisiones.

Otro elemento medieval que va a conservar el constitucionalismo inglés es el reconocimiento del *iura y libertates*. El rey tenía que reconocer una serie de derechos y libertades a sus súbditos; dichos derechos y libertades dependían del estamento al cual se pertenecía. Este reconocimiento se formalizaba a través de los *contratos de dominación*, a través de los cuales se buscaba una forma racionalizada de ordenar la sociedad, Maurizio Fioravanti nos señala las características de éstos:

En ellos, los señores territoriales ponen por escrito, con verdaderos y propios contratos de dominación, las normas destinadas a regular, también bajo el perfil de derechos y libertades, las relaciones con los estamentos, es decir, con las fuerzas corporativamente organizadas, con los más

¹⁴⁵ R.H.S. Crossman describe la particularidad del sistema feudal, en relación con otros, que se dio en Inglaterra: “Inglaterra al revés de la mayor parte de los países en esa época, fue “feudalizada” por una pequeñísima clase de gobernante, derivándose de esto que su gobierno fuera mucho más centralizado”. CROSSMAN, R.H.S., *Biografía del Estado moderno*, 2a. Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 56-57.

¹⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 57.

fuertes en el ámbito del poder feudal, pero también con las fuerzas agentes de la nueva realidad urbana y ciudadana que comienza a destacar, en este momento, del conjunto de relaciones tradicionalmente predominantes en la edad media.¹⁴⁷

En Inglaterra el convenio de dominación por excelencia del rey con los demás estamentos –en particular el Parlamento– fue la Carta Magna de 1215, suscrita por el monarca Juan *Sin Tierra* tras las protestas de los nobles contra él. En ella se reconocían los derechos de los súbditos y a su vez se limitaba el poder del rey.¹⁴⁸ Las ideas contenidas en este primer texto protoconstitucional (la limitación del poder del monarca y el reconocimiento de derechos y libertades) tendrían una gran influencia en el movimiento revolucionario inglés del siglo XVII.

- *La Guerra Civil y la supremacía del Parlamento*

El papel que jugaría el Parlamento iría en aumento a partir del reconocimiento de la Carta Magna, y es gracias a este ascenso gradual del Parlamento respecto del rey que el sistema inglés pasaría de una monarquía mixta a una monarquía constitucional. Durante el gobierno de los Tudor las tensiones entre el rey y el Parlamento fueron acentuándose. En 1603 al comenzar el reinado de Jacobo, éste intentó implementar el sistema absolutista en Inglaterra, como los que ya existían en Europa continental. Sin embargo, para la toma de decisiones era necesario reunirse con los demás

¹⁴⁷ FIORAVANTI, Maurizio, *op. cit.*, p. 28

¹⁴⁸ Ricardo Cueva Fernández enuncia de manera sintética el contenido de la misma: “En este documento aquel(el rey) reconocía a los hombres libres (liberi homines, no siervos) del país una serie de libertades, entre las que se encontraban la de no padecer embargos de tierras o rentas para pago de deudas si se poseían bienes muebles suficientes para satisfacerlas, el de no ser castigado sino en proporción al delito cometido y por decisión de los pares, el comerciar libremente, excepto en caso de guerra, así como los derechos de las ciudades y de la Iglesia de Inglaterra, entre otras”. CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 10.

estamentos,¹⁴⁹ de tal manera que estaba limitado –en cierto grado– su poder. Por ello, Jacobo I de Estuardo utilizó de manera amplia la *prerrogativa regia*,¹⁵⁰ la cual le permitía tomar decisiones sin el consentimiento de las Cámaras. Esta potestad del rey aumentaría el descontento por parte del Parlamento, el cual fue disuelto varias veces por el monarca.

Fue durante el reinado de Jacobo I de Estuardo que el *Lord Chief Justice* Sir Edward Coke en el caso *Bonham* declaró la supremacía del *common law* respecto de las potestades del rey, e incluso ante los *statues* del Parlamento. Los argumentos de Coke en palabras de Ricardo Cueva Fernández eran los siguientes:

Su hipótesis más destacada, al respecto, fue la de entender que había una “razón” sostenedora de las leyes, de carácter “artificial” y no “natural”, alcanzada mediante el largo estudio y la experiencia en la práctica jurídica de muchos individuos durante innumerables generaciones. Esto implicaba que el rey no disponía sistemáticamente de la última palabra en la identificación de la ley aplicable, sino que los juristas del *common law*, con sus correspondientes argumentaciones, gozaban de una sapiencia particular en tal cometido. Incluso, esta perspectiva sirvió a Coke para frenar la posible capacidad reguladora irrefrenable de las leyes del Parlamento.¹⁵¹

Aunque puede considerarse el razonamiento de Coke como un *judicial review*, la verdad es que la declaratoria de nulidad de los *statues* del Parlamento, sólo devendría de su nulidad cuando el Parlamento se hubiera equivocado de manera extrema, más no suponía un verdadero conflicto entre el *statue* y el *common law*; puesto que los *statues* explicaban el *common law*. El

¹⁴⁹ Esta necesidad de reunión obedece a la máxima *quod omnes tangit ab omnibus approbetur* (lo que a todos toca debe ser aprobado por todos). Véase *Ibidem*, p. 9.

¹⁵⁰ Thomas Hobbes fue un gran partidario de la prerrogativa real en manos del monarca. Cfr. CROSSMAN, R.H.S., *Biografía...*, op. c.it, p. 72.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 37.

jurista simplemente enmendaba el error del Parlamento. Sin embargo, fue este razonamiento –respecto del control de los actos del Parlamento– el que más adelante tendría suelo fértil en las colonias americanas.

Al suceder Carlos I de Estuardo a su padre Jacobo I, las tensiones no cesaron y varias veces el primero disolvió al Parlamento. En 1628, Carlos I vuelve a reunir al Parlamento, y este último le exige que apruebe la *Petition of Rights*. Este documento contenía las siguientes peticiones: a) La necesidad de aprobar los impuestos con la presencia y participación de las dos Cámaras; b) que los hombres fueran enjuiciados por sus iguales; c) la defensa de la libertad personal frente a las detenciones arbitrarias, una reivindicación del *habeas corpus* y; d) abolir la obligación de alojar tropas.

Aun siendo aprobado el documento la tensión entre rey y Parlamento no cesó, y el Parlamento presentó en 1641 la *Grand Remonstrance* (Gran Amonestación), la cual acusaba el mal gobierno de Carlos I, porque éste repercutía en los derechos y libertades de sus súbditos. Este fue el último acto antes de comenzar la Guerra Civil, la cual tuvo como resultado la decapitación de Carlos I y la instauración de Olivero Cromwell como *lord protector*, pero el resultado más importante fue la consolidación de la supremacía parlamentaria.

- *El periodo de 1642 a 1660*

Durante el periodo de 1642-1660 antes del retorno de la monarquía en Inglaterra, existieron diversos grupos dentro del bando parlamentarista con perspectivas políticas distintas. De esta diversidad de grupos Néstor Pedro Sagüés nos indica los cuatro grupos más importantes: “En tal periodo, el escenario inglés registraba cuatro grupos principales: a) el de los santo, sector religioso fanático y fundamentalista, b) los independientes, probablemente el más numeroso, de base republicana y parlamentaria, aunque no negaban una monarquía constitucional limitada. Se les atribuye una filiación mediano burguesa, aliada con la nueva nobleza; c) los niveladores o *levellers*, situados a

la izquierda de los independientes, y de extracción pequeño burguesa y campesina, y d) los excavadores o *diggers*, en la extrema izquierda, identificados con un comunismo económico”.¹⁵² Esta diversidad de perspectivas se vio reflejada dentro de las filas del ejército llamado *New Model Army*.¹⁵³ Éste tuvo su origen antes de comenzar la Guerra Civil. Olivero Cromwell reclutó voluntarios entre personas humildes y sin entrenamiento militar para lo que constituiría el embrión del *New Model Army*.

El grupo más afín con las ideas de libertad de conciencia y participación en la política sería el grupo de los *levellers*, quien era el ala más radical de los independientes. Ellos defendían las ideas de ampliación del sufragio, el finalizar los privilegios eclesiásticos y la libertad de conciencia.¹⁵⁴ Entre sus más grandes aportaciones encontramos los *Agreement of People*. Este documento, que no fue convalidado, era una suerte de declaración de derechos. El objetivo de los *levellers* era el juridificar el poder y lograr el autogobierno de los individuos a través de la participación en las asambleas. Para Ricardo Cueva Fernández los *levellers* representaron la mejor concordancia entre autonomía personal y gobierno democrático.

Otro documento de suma importancia dentro de este periodo fue el texto llamado *Instrument of Government*.¹⁵⁵ Dicho documento erigió tres autoridades principales: a) El *lord protector*, el cual le correspondía el poder Ejecutivo; b) el Consejo, su papel era secundar al lord protector y; c) el Parlamento, el cual

¹⁵² SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Argentina, Astrea, 2001, p. 11.

¹⁵³ Éste tuvo su origen antes de comenzar la Guerra Civil, Olivero Cromwell reclutó voluntarios entre personas humildes y sin entrenamiento militar para lo que constituiría el embrión del *New Model Army*. Por ello el origen de este ejército sería el de gente común; al alcanzar más poder defendería ideas de igualdad y libertad de conciencia. Véase *Ibidem*, p. 56.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 80-120.

¹⁵⁵ Jellinek considera este documento la única Constitución escrita de Inglaterra. Véase JELLINEK, Georg, *op. cit.*

sería unicameral (la cámara de los lores había sido disuelta). El Poder Legislativo correspondía al *Lord protector* y al Parlamento, sin embargo en tiempo de receso del Parlamento correspondería al Ejecutivo y al Consejo. Bajo esta dinámica el Parlamento era quien había visto reducida su fuerza bajo la figura del Ejecutivo. Este experimento constitucional acabó en 1660 con el regreso de la monarquía con los Estuardo.¹⁵⁶

- *La Gloriosa Revolución de 1688*

Esta revolución incruenta la cual depuso a Jacobo II y permitió el acceso al trono a Guillermo de Orange y María fue la que finalmente instauró el régimen liberal en Inglaterra. A través del *Act of Recognition* (1690) el Parlamento asegura de antemano su preeminencia respecto del rey, al señalar que la legitimidad sucesoria de Guillermo y María de Orange se fundamentaba en la decisión del Parlamento. Esta revolución se caracterizó por un espíritu liberalista, que heredarían las revoluciones americana y francesa, la cual tuvo como sus ideólogos principales a Thomas Hobbes y John Locke.

La herencia de Hobbes a la revolución inglesa, fue el papel que debía tomar el Estado-nación como ente supremo y máximo custodio de la Constitución, es decir, el Estado debe actuar como un *Leviatán* al asegurar los principios constitucionales en contra de sus enemigos.¹⁵⁷ Por el otro lado, la línea de pensamiento de Locke puede observarse en lo que fue uno de los

¹⁵⁶ Existió otro documento llamado *Humble Petition and Advice*, la cual modificó el mecanismo de poder instaurado por el Instrumento of Government. Véase SAGÜES, Nestor Pedr, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁷ Respecto de la herencia del papel soberano del Estado heredado por Hobbes al constitucionalismo, Crossman nos ofrece una reflexión sobre el mismo: “Aun cuando los gobiernos más democráticos basados por completo en la voluntad del pueblo, y resguardados con multitud de garantías constitucionales, deben ser suficientemente capaces de reprimir los ataques de un grupo hostil a la constitución. En un Estado moderno no existen derechos que puedan ser resguardados satisfactoriamente por medios constitucionales, y si los protegemos acudiendo a la guerra civil, ya hemos violado la constitución y destruido la democracia”. *Ibidem*, p. 83.

documentos más importantes producto de esta revolución¹⁵⁸ y lo que a su vez representó la confirmación del poderío del Parlamento sobre el rey: el *Bill of Rights*. Este documento consta de trece artículos los cuales articulaban el nuevo entramado jurídico-político de Inglaterra. El avance más importante de este documento es la necesaria participación del Parlamento en la imposición de impuestos y la libertad de expresión parlamentaria.

Y es el conjunto de todas estas ideas y arreglos institucionales las que tendrían gran influencia en los movimientos revolucionarios del siglo XVIII.

B) La Revolución Americana

El movimiento de independencia de las colonias británicas de Norteamérica respecto de Inglaterra tuvo como consecuencia uno de los experimentos más fructíferos de la historia política, y que a su vez fincó el modelo constitucional actual en el mundo. La revolución de las trece colonias se caracterizó por la enorme influencia del pensamiento político inglés. Por lo que se puede decir que la guerra por la independencia no implicó una lucha por acabar con un régimen, en cambio significó la reafirmación de los principios esenciales de la tradición política inglesa. En palabras de Maurizio Fioravanti: “Resumiendo, la cultura revolucionaria americana de los derechos y libertades es al mismo tiempo, y de manera inseparable, de carácter historicista e individualista”.¹⁵⁹

El producto primordial de este movimiento armado fue la instauración de una Constitución escrita como fuente suprema del ordenamiento jurídico y como base legitimadora del Estado.

¹⁵⁸ En la Gloriosa Revolución existieron otros documentos de gran transcendencia como la Toleration Act, la Triennial Act y el Act of Settlement (inamovilidad de los jueces).

¹⁵⁹ FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, España, Trotta, p 1996, p. 85.

- *Las trece colonias*

Las trece colonias inglesas de Norteamérica tenían como objetivo la explotación de los recursos naturales del Nuevo mundo, aunque hay que tener en cuenta que la Corona inglesa no tenía la intención de poblar el territorio. Sin embargo, las colonias presentaron un aumento demográfico por la llegada de personas que escapaban de la persecución religiosa en Europa, dando como resultado una pluralidad de grupos religiosos en las colonias.

Fueron las *Cartas Regias*¹⁶⁰ –instrumentos oficiales otorgados por la Corona inglesa para la explotación y exploración del Nuevo mundo– los que regularon la vida de los colonos. Con estos documentos la Corona otorgaba ciertos beneficios a un grupo de colonos –al cual podían adherirse otros individuos– para la administración de las tierras de explotación. Estos documentos fungían como leyes otorgadas por el rey a sus súbditos en las colonias americanas, las cuales regulaban la forma en que las tierras serían explotadas y las prerrogativas de los colonos beneficiarios de dicha explotación.

Un elemento esencial durante este periodo colonial fue la realización de pactos y convenios entre los mismos colonos, entre los que destaca el realizado por los *founding fathers* de la embarcación Mayflower el 11 de noviembre de 1620, y que puede considerarse como uno de los primeros modelos protoconstitucionales de las colonias. Otros documentos de suma importancia para el eventual desarrollo del constitucionalismo en las colonias fueron las *Fundamental Orders* de Connecticut y de Filadelfia.

¹⁶⁰ “El método utilizado por los monarcas ingleses para explotar el continente fue la Carta Regia, documento expedido por el monarca a grupos privados y particulares dentro de su prerrogativa y que, en consecuencia, no exigía del consentimiento parlamentario. En la Carta hay, siguiendo la tradición medieval, un *grantor* (concedente) y un *grantee* (concesionario). A cambio de cumplir ciertas condiciones del primero, el segundo va a poder disfrutar de algunos derechos y privilegios, pero siempre en última instancia bajo soberanía de aquél. Y ello que pueda gozar de la tierra en *free and common socage* y no *in capite*, ya que disfrutaba de la facultad de transmitirla con libertad, al igual que ocurría con las acciones societarias”. CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, *op. cit.*, p. 187.

A través de estos documentos los colonos reconocían un pacto que daba origen a sus prerrogativas como súbditos ingleses y regulaba la forma de organización en cada una de las colonias: gracias a estos convenios o pactos se empezó a crear un sentimiento de autogobierno en las trece colonias. Este sentimiento de autonomía se debía a la lejanía existente entre las colonias y la metrópoli, por lo que las colonias gozaban de cierta libertad para autodeterminarse.¹⁶¹ Fueron estos documentos (cartas regias, pactos y convenios coloniales) lo que darían forma más adelante al primer experimento constitucional del mundo. En palabras de Néstor Pedro Sagüés:

En síntesis, sea cual fuere el origen de tales colonia (algunas quedaron establecidas por compañías con privilegio real, otras mediante concesiones otorgadas a los particulares, las restantes, por fundación real), lo cierto es que las cartas, convenios, pactos o órdenes reales daban por sentado dos ideas clave para el constitucionalismo: la existencia de una norma fundamental escrita, reguladora de la organización estatal y el reconocimiento de derechos del individuo en sociedad.¹⁶²

La existencia de un documento escrito donde se establecieran las potestades de los individuos, fue una práctica que se afianzó en el pensamiento norteamericano. A través de estos documentos legales, se establecían las reglas esenciales de la colonia, lo que más adelante daría paso a la creación de un texto constitutivo, el cual contendría las reglas y arreglos estatales.

¹⁶¹ Sin embargo, como nos recuerda Jiménez de Asensio, los arreglos institucionales realizados por los colonos estaban influenciados por la tradición política inglesa: “El sistema de gobierno de las colonias estaba inspirado en el principio de separación de poderes, pero claramente imbuido por los postulados de la “balanced Constitución”. Ciertamente, el gobernador disponía de poderes amplios, y el poder real de veto se ejercía a través de él pues por esa vía se rechazaba el derecho aprobado por las legislaturas. No obstante en las colonias fue tomando cuerpo la idea de despojar al gobernador de aquellas facultades que extralimitaron el ejercicio de un mero Poder Ejecutivo, lo que conllevó a subrayar una separación de poderes de carácter rígido y un refuerzo de la Asamblea (Parlamento)”. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *op. cit.*, p. 50.

¹⁶² SAGÜÉS, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 16.

- *El Congreso Continental y la Declaración de Independencia de 1776*

Las colonias inglesas arraigadas en la cultura política inglesa no podían aceptar la imposición de impuestos por parte de la metrópoli inglesa, consideraban injusta la toma de decisiones dirigidas a la colonias en la cuales éstas no tuvieran una representación política en el Parlamento, pues dicha acción vulneraba la máxima inglesa “*no taxation without representation*”. Impuestos como el *Stamp Act* y el *Tea Act*, crearon malestar en los colonos ingleses quienes se congregaron para desaprobador dicha imposición, entre estas reuniones sobresale *The Stamp Act Congress*.¹⁶³

En 1774 sesionaría el *Continental Congress*, este congreso en un primer momento buscaría encontrar una solución a la falta de representación política de las colonias en el Parlamento.¹⁶⁴ Al recibir la negativa por parte de la Corona inglesa, se decidió por declarar la independencia de las trece colonias. Producto de esta decisión fue la redacción de la *Declaración de Independencia* el 4 de julio de 1776. Este documento representaría el primer intento de dar legitimidad a la separación de las colonias con Inglaterra, en este documento están contenidas las doctrinas de los derechos naturales y del contrato social. Escrita por Thomas Jefferson, la Declaración comienza con el siguiente proemio:

Nosotros guardamos estas verdades como evidentes, que todos los hombres son creados iguales, que ellos son dotados por su creador con ciertos inalienables derechos, entre ellos la vida, la libertad y la búsqueda

¹⁶³ Este congreso fue el detonante de otros acontecimientos importantes, por ejemplo la decisión del Tribunal de Virginia, el cual declaró inconstitucionales dichos impuestos.

¹⁶⁴ No hay que olvidar que los colonos se consideraban súbditos de la Corona inglesa, como nos señala Fioravanti: “Ninguno de los colonos quería la independencia, y todos se proclamaban buenos y fieles súbditos de Su Majestad Británica. En la perspectiva de 1765, no se pensaba en separarse de la madre patria, sino en una estructura política confederada, con el monarca a la cabeza para preservar la unidad y con tantas asambleas representativas cuantas eran las realidades políticas confederadas, desde la madre patria hasta la más pequeña de las colonias. ... En este sentido, es indudable que los colonos luchaban en aquellos años por restaurar el gobierno legítimo, por continuar viviendo bajo los preceptos y las garantías de la *ancient constitution* británica”. FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos...*, op. cit., p. 81.

de la felicidad. Que para garantizar estos derechos, gobiernos son instituidos entre los hombres, derivando sus poderes del consenso de los gobernados. De tal manera que cuando cualquier forma de gobierno se convierte en destructiva para estos fines, es el derecho de la gente el alterar o abolirla, e instituir un nuevo gobierno, descansando su fundación en aquellos principios y organizando sus poderes en tal forma, de tal manera que sea más probable efectuar su seguridad y felicidad.¹⁶⁵

Dentro de este documento puede observarse la influencia doctrinal de autores como John Locke y Montesquieu. Esta influencia se resumirá en el “*We the people*” (posteriormente plasmado en la Constitución), con esta frase los colonos reconocen que es el pueblo americano quien representa el poder constituyente del Estado y del mismo modo decide qué forma de gobierno más le conviene. Es este carácter individual del Estado constitucional lo que supondrá la finalidad de los límites establecidos en la Constitución, puesto que ellos, como afirma Jefferson, son el objetivo esencial de la misma. Otro documento importante en ese mismo año fue el *Bill of Rights* de Virginia, pues, este documento reconocía los derechos naturales de los individuos y el poder de los mismos para determinar su forma de gobierno.¹⁶⁶

- *Los “Artículos de la Confederación y Unión Perpetua”*

El Congreso Continental creó un Comité de trece miembros para la redacción de una Constitución. Producto de este Comité fue un texto con el nombre de “Artículos de Confederación y Unión perpetua”. Este documento establecía un gobierno central con poderes limitados; no existía un Poder

¹⁶⁵ La traducción es nuestra.

¹⁶⁶ Entre los elementos de este documento podemos mencionar: “Los derechos enunciados comprendían los de vida, libertad, igualdad, propiedad, felicidad, seguridad, debido proceso penal, prensa y religión. Proclamó, como fin del Estado, el común beneficio y postuló una legitimidad democrática, y que ‘todo poder resida en el pueblo por consiguiente, de él se deriva; todos los magistrados son sus mandatarios y servidores, y en todo tiempo responsables ante él’”. *Ibidem*, p. 16. Por ello se reconocía también el derecho del pueblo a reformar, cambiar o abolir el régimen instituido.

Ejecutivo ni Legislativo y la administración de las funciones del gobierno estaba distribuida en departamentos (asuntos exteriores, guerra, armada, correos, etc.)

La Confederación ejercía su poder a través de un Congreso, sin embargo, las facultades de dicho Congreso eran muy limitadas pues el objetivo primordial de este tipo de Estado era asegurar la soberanía, libertad e independencia de cada Estado confederado. Esta Constitución tuvo vigencia de 1781 a 1787. Su precaria vigencia se debió a la falta de organización entre los Estados confederados.¹⁶⁷

La falta de organización por parte de las ex colonias se debía a la limitada capacidad de ejercicio del Congreso y los demás departamentos confederados, esta debilidad en sus funciones es explicada magistralmente por Jefferson:

El defecto fundamental de la Confederación era que el Congreso no estaba autorizado para actuar inmediatamente sobre el pueblo y mediante sus propios funcionarios. Su poder era solamente requisitorial, y esas requisiciones se dirigían a los diversos legislativos, para ser llevadas a efecto sin otra coacción que el principio moral del deber. De hecho, esto permitía la negativa de cada legislativo a cualquier medida propuesta por el Congreso; negativa tan frecuentemente ejercitada en la práctica como para entorpecer la acción del gobierno federal, y hacerlo ineficaz en sus objetivos generales, y más especialmente en cuestiones pecuniarias y de relaciones exteriores.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Pedro Sagüés describe a continuación la situación de inestabilidad, como consecuencia de la confederación de las trece colonias: “Alrededor de 1785, Washington escribía que a los Estados de la Confederación “no los unía más que una cuerda”(los mencionados Artículos). Los tribunales estatales dictaban sentencias contradictorias; de hecho, una verdadera guerra aduanera dificultaba el comercio entre las ex colonia; nueve Estados tenían ejército propio, y algunos, también marina. Varios intentaron iniciar relaciones diplomáticas con naciones extranjeras. Circulaba moneda metálica de doce países, y una abultada variedad de papel moneda de los diferentes Estados, sometida a una fuerte depreciación. Para concluir, el prestigio del Congreso “estaba por los suelos”. *Ibidem*, pp. 18-19

¹⁶⁸ Véase JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *op. cit.*, p. 56.

Debido a los problemas que ocasionó esta organización centralista fue necesario convocar una convención en Filadelfia para revisar los *Artículos*.

- *La Convención de Filadelfia y la Constitución Federal de los Estados Unidos de América de 1786*

La Convención que originalmente tenía como objetivo modificar los *Artículos de la Confederación* se convirtió en el desarrollo de una nueva Constitución. La Convención de Filadelfia de 1787 programó la redacción de una Constitución para sustituir los *Artículos de la Confederación*. Esta vez los constitucionalistas habían aprendido de experiencias pasadas y decidieron enmendar los errores de los anteriores experimentos constitucionales. Los filósofos políticos en el desarrollo abstracto de este documento por excelencia fueron Locke y Montesquieu. Las ideas de una autoridad originaria en el pacto realizado por el pueblo y la división de poderes para evitar la concentración y abuso del poder, fueron los elementos esenciales en este documento. Estas ideas podemos observarlas en el *Federalista*¹⁶⁹ número 49:

Como el pueblo constituye la única fuente legítima del poder y de él procede la carta constitucional de que derivan las facultades de las distintas ramas del gobierno, parece estrictamente conforme a la teoría republicana volver a la misma autoridad originaria, no sólo cuando sea necesario ampliar, disminuir o reformar los poderes del gobierno, sino también cada vez que cualquiera de los departamentos invada los derechos constitucionales de los otros.¹⁷⁰

En las discusiones dentro de la Convención se manejaron tres propuestas: *el plan Hamilton*, que proponía un Estado centralizado; *el plan Virginia*, postulaba un congreso, conformado por representantes elegidos de

¹⁶⁹ *El Federalista* consiste en una serie de periodicosos escritos por Hamilton, Madison y Jay que proponían la creación de una nueva Constitución que sustituyera los *Artículos de la Confederación*.

¹⁷⁰ HAMILTON, A. *et. al*, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 214.

acuerdo al número de habitantes por Estado y un gobierno con fuertes atribuciones federales y el plan *New Jersey*, que estaba a favor de la representación igualitaria de los Estados, pero sin conceder muchas atribuciones a la federación. De estas tres propuestas fue la segunda la que finalmente formó parte de la Constitución. La nueva Constitución fue ratificada el 26 de julio de 1786 y constaba de siete artículos.¹⁷¹

Se critica que la Constitución norteamericana no constaba de un catálogo de derechos –fue hasta 1789 que se incorporó un *Bill of Rights*–. Sin embargo, el esfuerzo norteamericano implicó el primer texto escrito con carácter fundacional de un Estado en el mundo. La obra de los norteamericanos había sentado los cimientos del constitucionalismo y el concepto de Constitución como ente supremo sobre el resto del ordenamiento jurídico, y es esta concepción de Constitución la que ha perdurado hasta el día de hoy.

C) La Revolución Francesa

A diferencia de las colonias americanas, los franceses no partieron de una tradición del control del poder, en cambio venían de una tradición medieval de estamentos. Por lo que el movimiento francés representó un quiebre del antiguo régimen, el cual no permitía el acceso de los integrantes de la sociedad

¹⁷¹ Nuevamente nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés para destacar los elementos esenciales de esta Constitución: “1) La instrumentación por escrito del texto constitucional, en un documento sintético, unificado y orgánico, contraviniendo la tradición británica (excepto el Instrument of Government); 2) La adopción de un sistema federal bicameral, con una sala (la de representantes) en función de la población, y otra (el Senado) con participación igualitaria de los Estados miembros. Este esquema mereció de De Tocqueville el calificativo de “gran descubrimiento de la ciencia política moderna”; 3) La implementación de dos principios constitucionales fundamentales para afianzar a la nueva federación: la cláusula de la supremacía (del ordenamiento nacional sobre el local) y las cláusulas comercial e impositiva, que terminaron con la anarquía económica y la insuficiencia de fondos para el poder federal; 4) La limitación de los poderes del Congreso, sometido formalmente por la Constitución (al revés del modelo inglés); 5) El condicionamiento, también de los poderes del pueblo (“la Constitución –dirá la Corte Suprema de Iowa, en “Huntar v. Colfax”- es la protectora del pueblo contra el pueblo); 6) La erección de un poder judicial, también federal, independiente de los poderes ejecutivo y legislativo, que asumirá posteriormente la tarea de ser intérprete final de la Constitución y órgano de control de constitucionalidad”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 20.

en la toma de decisiones políticas, las cuales sólo poseían un ente absoluto, y que era el rey.

- *Los antecedentes de la revolución*

La Francia del siglo XVIII se caracterizaba por ser un Estado absolutista, el poder del Estado se concentraba en manos del monarca, el cual tomaba las decisiones esenciales del Estado. Esta concentración del poder en el monarca fue consolidándose en el siglo XVII, del cual una de las figuras más emblemáticas de este periodo fue Luis XIV o mejor conocido como *El Rey Sol*. La sociedad francesa estaba dividida en tres estamentos (la nobleza, el clero y el Estado llano), cada estamento gozaba de ciertos privilegios respecto de los otros; el “tercer estado” era el menos favorecido. La representación política se encargaba a los *Estados generales*, los cuales comprendían la reunión de los tres estados y el monarca; la primera reunión data de 1302.

Un elemento esencial para el gradual debilitamiento del poder del rey y la consecuente revuelta revolucionaria de 1789, fue el movimiento llamado la *Ilustración*, movimiento que dio luz al compendio de libros llamado *Le Enciclope*. Otro texto de suma importancia para el movimiento revolucionario, que es incluso concebido como el evangelio político¹⁷² del mismo movimiento, es la obra de Emmanuel Sieyes llamada “*¿Qué es el tercer estado?*”. Las ideas de Sieyes tendrían gran eco en el movimiento revolucionario de 1879 y la Constitución de 1891.

- *La influencia del pensamiento de Sieyes*

Emmanuel Sieyes se convirtió en el ideólogo fundamental del movimiento revolucionario y participó activamente en la redacción de la Constitución 1891. En *¿Qué es el tercer estado?* Sieyes identifica la soberanía

¹⁷² Véase JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *op. cit.*, p. 73.

nacional en el Estado llano,¹⁷³ y es éste el único que tiene la facultad para decidir, actuando como Asamblea Nacional:

Así el cuerpo de representantes, al que es confiado el poder legislativo o el ejercicio de la voluntad común, sólo existe bajo la forma que la nación ha querido darle; éste no es nada sin sus formas constitutivas, sólo actúa, dirige, gobierna a través de ellas.

El Estado llano para Sieyes representa la “Nación”.¹⁷⁴ La nación del tercer estado era una de entre otros tipos de nación pero que debido al mayoría individuos que lo integraban –respecto de la nobleza y el clero– eran el verdadero depositario de la soberanía. Sieyes reconocía la necesidad de implementar una Constitución, pero sólo era potestad de la nación la realización de ésta, pues el Estado llano es “el origen de todo”.

Es partir de esta potestad de la nación de instaurar una Constitución que Sieyes introduce los conceptos de *poder constituyente* y *poder constituido*.¹⁷⁵ Para Sieyes, al igual que Rousseau, la voluntad de la mayoría estaba plasmada en la ley, ya que la ley materializaba la soberanía de la nación, dicho en otras

¹⁷³ Por *Estado llano* Sieyes entiende el conjunto de individuos que entran en las cuatro de categorías de trabajadores particulares, a ellos corresponde la acepción del *Estado llano*; en contraposición de los privilegiados (los otros dos estamentos). Véase SIEYES, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, España, Alianza Editorial, 2008, p. 87-89.

¹⁷⁴ Para Sieyes la nación es: “¿Qué es una nación? Un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por una misma legislación”. *Ibidem*, p. 92.

¹⁷⁵ En palabras de Néstor Pedro Sagüés: En uno de los más significativos aportes para el constitucionalismo, Sieyes diferencia los poderes constituidos, que están regulados, dice, por leyes fundamentales o constitucionales (como son el cuerpo legislativo y los otros cuerpos activos), del poder constituyente, que reside en la nación. El poder constituyente de Sieyes es en verdad terrible: la nación, sostiene “se forma sólo por el derecho natural”. Su voluntad no se encuentra sujeta a una constitución alguna: “de cualquier manera que una nación quiera, basta que quiera; todas las formas son buenas, y su voluntad es siempre la ley suprema”. Por ende, “no debe ni puede restringirse a formas constitucionales”; ella “es el origen de toda legalidad”. SAGÜÉS, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 24 -25

palabras: “La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley”.¹⁷⁶

Sin embargo, la concepción francesa de la ley como voluntad de la nación acarrearía problemas futuros al gobierno revolucionario,¹⁷⁷ puesto que facilitaba la reforma de la Constitución, la cual debido a su carácter flexible en manos del legislativo no podía fungir como verdadero límite al poder de los órganos constituidos.

- *La Revolución Francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*

En el año de 1789, el 24 de enero el rey Luis XVI convocó a los *Estados Generales*. Durante las sesiones surgieron conflictos respecto de la forma en la que debía deliberar cada estamento y el valor del voto de cada uno. A raíz de estas discusiones el *estado llano* decidió convocarse por separado el 13 de junio de ese año y transformarse en una *Asamblea Nacional*. Luis XVI anuló las decisiones de la *Asamblea Nacional* y no permitió el acceso del *tercer estado* en las reuniones posteriores, por lo que los integrantes del tercer estado se reunieron en otra sede y realizaron el *juramento del juego de Pelota*. En este juramento el *tercer estado* decidió no separarse hasta la creación de una nueva Constitución. El 14 de julio de ese mismo se tomó la Bastilla, y el 26 de agosto se dictó la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*.

Aunque algunos autores, como Jellinek, consideran que la declaración estuvo influenciada por la *Declaración de Virginia* de los Estados Unidos más que por el pensamiento de Rousseau, la verdad es que el documento francés fue un gran aporte a la historia de constitucionalismo, sobre todo en Europa

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 143.

¹⁷⁷ Estos problemas se debieron al valor supremo que se le otorgó a la ley como materialización de la voluntad popular, la cual al emanar del legislativo, representante de la soberanía, no tenía límites.

continental y en Latinoamérica. La Declaración consta de diecisiete artículos, que consagran los elementos del Estado y los derechos de los individuos, de entre éstos son el artículo primero y el dieciséis los artículos que contienen la esencia del constitucionalismo moderno.¹⁷⁸

Artículo primero.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.

Artículo 16.- Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

La Declaración postulaba el principio de separación de poderes y la protección de los derechos como elementos fundamentales de toda Constitución. Sin embargo, como señala acertadamente Fioravanti, esta división de poderes era más bien un formalismo político pues quien tenía la batuta del Estado francés era el legislador.¹⁷⁹ La inclusión de la división de poderes era más bien una formalidad ideológica para diferenciar el nuevo Estado del antiguo régimen, sin embargo en la realidad era el Legislativo quien detentaba el poder en el Estado, y por lo tanto, se encontraba en una posición de superioridad respecto de los demás poderes. Y esta superioridad por parte del legislativo es la que imbuiría de forma determinante la Constitución de 1791.

¹⁷⁸ Bobbio por su parte, considera que los artículos más importantes de la declaración de los derechos del Hombre y Ciudadano son los primeros tres, en palabras de Bobbio: “El núcleo doctrinal de la Declaración está contenido en los primeros tres artículos: el primero contempla la condición natural de los individuos que precede a la formación de la sociedad civil; el segundo, el fin de la sociedad política que viene, si no cronológicamente, axiológicamente después del estado de naturaleza, y el tercero, el principio de legitimidad del poder que corresponde a la nación”. Véase, nota *supra* no. 26, p. 139.

¹⁷⁹ Cfr. FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución...*, *op. cit.*, p. 115.

- *La Constitución de 1791 y textos posteriores*

La Asamblea Nacional decretó el 27 de junio de 1791 la “Constitución civil clero”, la cual al ser jurada por el rey se convirtió en la primera Constitución del pueblo francés. La Constitución de 1789 estaba totalmente construida en torno al poder legislativo, ocasionando la inexistencia de pesos y contrapesos en el Estado. Aunque se reconocía la figura del rey como detentador del poder Ejecutivo, este último estaba totalmente subordinado a la *Asamblea Nacional*. La ley se convirtió en la expresión de la voluntad general, de tal manera que el Poder Legislativo era el representante de la soberanía, en palabras de Roberto Blanco Valdés:

La posición suprema de la ley, en tanto que expresión de la voluntad general, exigía en todo caso –dada la identificación entre la misma y la voluntad parlamentaria– colocar constitucionalmente al cuerpo legislativo como el órgano estatal de representación de aquella voluntad. Exigencia ésta que no iba a plantear contenciosos de mayor envergadura en los momentos constituyentes de 1793 y 1795 pero que, sin embargo, generaría algún problema en el de 1791, dada la necesidad de insertar al monarca en la estructura de los poderes del Estado.¹⁸⁰

Después del texto de 1791 se dictaron otras dos Constituciones (la de 1793 y 1795). La Constitución de 1795 buscó enmendar el modelo monista de las anteriores al establecer un Poder Legislativo bicameral (Consejo de los Ancianos y Consejo de los Quinientos). Sin embargo, Roberto Blanco hace hincapié en la falta de un verdadero poder jurídico, encaminado a la protección de los derechos, en los tres textos constitucionales: “Las Constituciones del período revolucionario se limitaron a confiar al pueblo, con declaraciones henchidas en mayor o menor grado de grandilocuencia, la defensa final del ordenamiento constitucional. Así las cosas, las pretensiones jurídicas que

¹⁸⁰ BLANCO VALDÉS, Roberto L., *op. cit.*, p. 255.

podrían derivarse de los principios contenidos en los textos declarativos de derechos pronto se estrellarían contra el auténtico muro de la supremacía de la ley”.¹⁸¹

Y es este mismo defecto ocasionado por el voluntarismo y la soberanía nacional, lo que Maurizio Fioravanti considera el mayor punto débil del movimiento revolucionario francés.¹⁸² La experiencia revolucionaria francesa terminó con la restauración de los Borbones en 1814, en la cual Luis XVIII concedió la *Carta Constitucional* que reimpuso al Ejecutivo en la figura del rey, un Poder Legislativo bicameral y un Poder Judicial designado por el rey. Sin embargo, el ideario de la revolución francesa tuvo un gran impacto en otros países, lo cuales emplearon el modelo francés de cartas de derechos en sus normas fundamentales. Para Norberto Bobbio, aun con los defectos intrínsecos al modelo constitucional francés, la esencia del movimiento revolucionario fue la chispa que despertó otros movimientos revolucionarios en Europa. En palabras de Bobbio: “No obstante la influencia incluso inmediata que la revolución de las trece colonias tuvo en Europa y la rápida formación en el viejo continente del mito americano, fue la Revolución Francesa la que constituyó durante casi dos siglos el modelo ideal para todos aquellos que combatieron por la emancipación y la liberación del pueblo”.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 261.

¹⁸² En palabras de Fioravanti: “Por eso es totalmente legítimo afirmar —como ya hemos hecho antes— que el punto débil de la revolución está en la garantía de los derechos. Garantía que lógica, cultural e históricamente está ligada al concepto de rigidez constitucional, es decir, a la presencia de una constitución que sea como tal capaz de imponerse, para fines de garantía, sobre las voluntades normativas del poder político, incluida la ley, tan exaltada en el curso de la revolución”. FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos...*, op. cit, p.74.

1.2.6. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Supremacía constitucional

El papel del concepto de supremacía constitucional es de suma importancia para el movimiento constitucionalista. A través del principio de supremacía se preservan la libertad y la dignidad de los individuos, objetivos del Estado moderno.¹⁸³ El principio de supremacía constitucional configura a la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico. La Constitución al ordenar y facultar los poderes del Estado, tiene como consecuencia que éstos se encuentren sometidos en su actuar y validez respecto de ésta.

En el caso de que un poder público llegase a contradecir a la Constitución, esta acción sería inconstitucional, y por lo tanto, ilegítima. Lo anterior se debe al papel que la Constitución tiene como acto fundacional del Estado. La Constitución forma parte del Derecho interno del Estado, pero debido a su carácter fundacional, deviene a ser superior a cualquier otra norma. La razón de esta supremacía yace en que la Constitución determina los métodos de creación de leyes secundarias, de esta manera actúa como un control formal de las normas (supremacía formal), pero también material, porque éstas no pueden contradecir el contenido de la Constitución (supremacía material).¹⁸⁴

¹⁸³ Cfr. BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2a. ed., Argentina, La Ley, 2006, t. I, p. 242.

¹⁸⁴ Gregorio Badeni sintetiza la técnica de supremacía en los siguientes principios: “1) La Constitución es una ley superior y fundamental, determinante de la validez sustancial y formal de las restantes normas jurídicas; 2) Un acto legislativo recibe el nombre constitucional de ley si está de acuerdo con la norma fundamental; 3) Si un acto legislativo está en conflicto con la Constitución, no es ley por carecer de validez jurídica; 4) Los jueces solamente están habilitados para aplicar aquellos actos que son leyes por estar de acuerdo con la Constitución; 5) Los jueces deben abstenerse de aplicar aquellos actos legislativos que no reúnen las condiciones, sustanciales o formales que permitan calificarlos como leyes”. BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2a. ed., Argentina, La Ley, 2006, t. I, p. 244.

El origen y desarrollo del principio de supremacía constitucional lo encontramos en el constitucionalismo americano. En palabras de García de Enterría: “La técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, valor superior judicialmente tutelado, es la más importante creación, con el sistema federal del constitucionalismo norteamericano y gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió”.¹⁸⁵

La idea un derecho fundamental o *higher law* sería una de las más importantes tradiciones políticas heredadas por los ingleses a las colonias americanas. Esta concepción de la existencia de una ley superior al poder político podemos observarlo en el caso *Bonham*. Sin embargo, fueron los norteamericanos quienes plasmaron este orden normativo superior en una Constitución escrita, que más adelante dio cabida al caso *Madison vs Marbury*,¹⁸⁶ que sentó las bases de la supremacía constitucional en su sentencia con la frase: “*The Constitution is superior to any ordinary act of legislature*”.¹⁸⁷ La supremacía Constitucional, como nos dice Badeni,¹⁸⁸ es una

¹⁸⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución...*, op. cit., p 57

¹⁸⁶ Jorge Silvero Salagueiro realiza un resumen del caso *Marbury vs. Madison* y su importancia como antecedente del *judicial review*: “En *Marbury vs. Madison* la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos sostuvo que el Congreso norteamericano actuó de manera inconstitucional al otorgar a dicha Corte autoridad para expedir mandamientos (*writ of mandamus*) en casos adicionales de jurisdicción originaria no contemplados en la Constitución. Fue la primera vez que la Corte Suprema afirmó que un tribunal federal –como lo es la Corte- tienen el poder de negar la validez de una ley si la misma es inconsistente con la interpretación de la Constitución efectuada por la propia Corte Suprema. La Constitución norteamericana no otorga expresamente tal poder a los tribunales federales. De ahí, que adquirió inusitada relevancia que el *judicial review* o control de constitucionalidad a cargo de los jueces se estableciera jurisprudencialmente. Desde *Marbury vs. Madison* el *judicial review* se constituyó en una de las principales doctrinas que sientan las bases del sistema constitucional norteamericano”. SILVERO SALGUEIRO, Jorge, “La jurisdicción originaria de la Corte Suprema”, en Manili, Pablo Luis (coord.), *Marbury vs. Madison Reflexiones sobre una sentencia bicentennial*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2011, p. 112.

¹⁸⁷ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit., p. 61. Sobre el caso en particular hablaremos más adelante.

¹⁸⁸ Cfr. *Ídem*.

técnica muy eficaz para limitar el poder de los gobernantes dentro de un Estado. Al momento de emitir actos o normas jurídicas, éstos deben ser congruentes con la Constitución, de manera que la Constitución actúa como un parámetro de adecuación dentro de un Estado.

En caso de que los actos o normas emitidos por una autoridad sean contrarios a la Constitución, por esta misma contradicción, devendrían a ser inválidos y jurídicamente no obligatorios. Para las democracias constitucionales el principio de supremacía constitucional sirve como garantía para las reglas del juego democrático, porque evita que sean modificados de manera arbitraria los principios procedimentales de la democracia. La Constitución al obligar a los entes del Estado a adecuar sus actos a la misma, evita los abusos del poder en contra de los individuos que conforman el Estado.

Control de constitucionalidad

El control de la constitucionalidad supone la consecuencia lógica de la supremacía constitucional. La Constitución al representar la unidad de todos los valores políticos de la sociedad, y además el fundamento de validez de los órganos del Estado, necesita garantizar su eficacia. Sin la existencia de controles de constitucionalidad, la Constitución carecería de toda relevancia práctica dentro del Estado. La supremacía constitucional sólo es posible a través de procedimientos que aseguren su instrumentalización.

A través de los controles de constitucionalidad se puede determinar –a través de su contrastación con el contenido normativo de la Constitución– si una norma o acto es inconstitucional. Sin embargo, como nos recuerda Lorenzo Córdova, debido al *principio de legalidad*¹⁸⁹ dentro del Estado de Derecho,

¹⁸⁹ Del mismo modo, Lorenzo Córdova nos recuerda que existen dos sentidos del concepto de legalidad, uno *latu sensu* y otro *strictu sensu*, y realiza un análisis de los mismos: “El primero, que corresponde con el principio de legalidad que inspira el así llamado “Estado de Derecho”, significa, en términos generales, la congruencia de los actos de las autoridades con los contenidos de las disposiciones legales que regulan su actuación (tanto a la Constitución como al resto de las normas –leyes y demás disposiciones inferiores

cuando ocurre violación a una ley, implica también una violación indirecta a la Constitución.¹⁹⁰ La razón subyace en el papel de la Constitución como pilar normativo del sistema jurídico, al ser todas las normas condicionadas por la Constitución, ésta para ser válidas requieren ser congruentes con el sistema establecido por la Constitución (controles formales y materiales). De tal manera que cuando una ley es transgredida, a su vez, se transgrede el orden constitucional.

En este sentido Lorenzo Córdova considera que las violaciones o contradicciones a la Constitución pueden darse por dos maneras. La primera sería por actos “directamente derivados de la Constitución”, lo que supone una *inconstitucionalidad inmediata*. Mientras tanto, la segunda sería por actos que violen normas secundarias de la Constitución, en este caso se verificaría una *inconstitucionalidad mediata*.¹⁹¹

Los procedimientos de control persiguen garantizar la supremacía constitucional, de tal manera que el orden constitucional sea restablecido en caso de violaciones a los principios y normas constitucionales.¹⁹² Los medios

– del ordenamiento jurídico). Por su parte, el concepto de legalidad *strictu sensu* hace referencia explícita al deber de cualquier autoridad estatal de apegar sus actos a lo establecido por cualquier norma inferior a la Constitución (que, por su parte, vendría a determinar el vínculo específico de constitucionalidad). CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, nota *supra* no. 38, p. 275-276.

¹⁹⁰ Cfr. *Ídem*.

¹⁹¹ Cfr. *Ídem*.

¹⁹² Para la existencia de un sistema de control de constitucionalidad Nestor Pedro Sagüés enuncia una lista de requisitos: a) Una Constitución rígida. Puesto que si ella es totalmente flexible, y puede ser reformada por leyes ordinarias, no hay protección de la Constitución ante la ley inconstitucional. Toda ley es aquí constitucional; b) Un órgano de control independiente del órgano controlado. Pues difícilmente un autocontrol (p.ej. del parlamento respecto de la constitucionalidad de las leyes que él mismo dicta) sea en definitivo útil; c) Facultades decisorias del órgano de control. La razón está en que si sus pronunciamientos sólo concluyen en recomendaciones o consejos, carece de vigor y efectividad; d) Derecho de los perjudicados a reclamar e impulsar el control. Ello es así, por cuanto de poco serviría un sistema de revisión de constitucionalidad si el agraviado no pudiera exigir el pronunciamiento del órgano de control; e) Sometimiento de todo el mundo jurídico al control. Si ciertas áreas del quehacer estatal o de los particulares están exentas del examen de constitucionalidad, esto quiere decir que la supremacía

de control de la constitucionalidad son los mecanismos de corrección dentro del ordenamiento jurídico del Estado. Así, con el correcto desempeño de los medios de control, se garantiza que la Constitución pueda servir como un parámetro de corrección de todas las decisiones o normas que lleva a cabo el Estado a través de la democracia. Es decir, la Constitución a través de la supremacía constitucional –garantizada por los medios de control de la constitucionalidad– constituye un verdadero límite al poder político del Estado. El determinar a quién corresponde esta facultad de control será estudiado más adelante.

1.2.7. LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL COMO LÍMITE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL

En la Constitución, al igual que en las normas jurídicas, existe una pretensión de permanencia y durabilidad, sin embargo la sociedad está en constante movimiento, por lo que es necesario realizar cambios al documento constitucional para adecuarla a los fenómenos sociales. Para Luis López Guerra, estos cambios representan una necesidad del texto constitucional en sí mismo: “La introducción de estas previsiones y procedimientos responde, por un lado, a un objetivo evidente: hacer posible el cambio y, al mismo tiempo, la continuidad de la legitimidad jurídica del ordenamiento”.¹⁹³ Las Constituciones necesitan ser actualizadas o modificados de acuerdo con las necesidades de la sociedad, y es partir de la posibilidad de reformar el texto constitucional que las Constituciones son clasificadas en *Constituciones flexibles* y *Constituciones rígidas*.

constitucional no impera realmente en ellas. Cfr. SAGÜES, Pedro Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, 3a. ed., Argentina, Astrea, 2001, t. I, p. 170

¹⁹³ LÓPEZ GUERRA, Luis, *Introducción...*, op. cit., pp. 54-55

Al hablar respecto de estos dos tipos de Constituciones, es necesario hacer mención de la clasificación establecida por James Bryce. Bryce a partir de una crítica a la clasificación de las Constituciones en *escritas* y *no escritas*,¹⁹⁴ realiza una nueva clasificación que pretende distinguir la concepción “antigua” de Constitución de la “moderna”.¹⁹⁵ Para Bryce, las Constituciones de tipo antiguo son aquellas que pueden ser alteradas fácilmente sin perder sus elementos esenciales para adaptarse a los cambios sociales, y son llamadas Constituciones flexibles. El segundo tipo, y que corresponde al tipo moderno, tienen una estructura dura y no pueden alterarse de manera ordinaria, y reciben el nombre de Constituciones rígidas. En palabras de Bryce:

Las constituciones del tipo más antiguo pueden llamarse flexibles, porque poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perderse sus características principales. Las constituciones del tipo más moderno no poseen esta propiedad, porque su estructura es dura y fija. Por lo tanto, no hay inconvenientes en darles el nombre de constituciones rígidas.¹⁹⁶

Para Bryce el nacimiento de este tipo de Constituciones se debe al anhelo por parte de los individuos de asegurar sus derechos ante el poder político de Estado, y además, a la necesidad de establecer bajo qué términos sus derechos serán salvaguardados y la manera en la que participarán en el gobierno del Estado.¹⁹⁷ Para Bryce entre las ventajas que ofrecen las Constituciones rígidas están su precisión y su estabilidad, esta última de gran importancia porque permite a los ciudadanos saber la forma en la que estará

¹⁹⁴ Bryce critica la clasificación de la Constitución en *escrita* y *no escrita*, porque las segundas por lo general consisten en el compendio o recopilaciones de costumbres o precedentes considerados como obligatorios, lo que ocasiona que éstas puedan ser consideradas como una ley formalmente dictada, además que en algunos casos contienen estatutos como las escritas. Cfr. BRYCE, James, *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Madrid, Civitas, 1952, pp. 16-17.

¹⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, p 19-20.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 26.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 101.

estructurado el Estado, y por ende, tendrán seguridad de que no existan alteraciones radicales del mismo.

Ricardo Guastini al describir las diferencias entre las *constituciones flexibles y constituciones rígidas*¹⁹⁸ señala que las primeras, se caracterizan por ser modificadas por el órgano legislativo mediante el procedimiento legislativo ordinario. Mientras las segundas, se caracterizan por tener un procedimiento de reforma agravado por parte del órgano legislativo.¹⁹⁹ En las Constituciones flexibles el nivel de jerarquía de las normas constitucionales es igual al de la ley. En cambio, las Constituciones rígidas permiten que la Constitución adquiera un carácter supremo en el orden jurídico.²⁰⁰ Guastini señala además que la rigidez de la Constitución es una cualidad de grado, puesto que puede ser *más o menos rígida, más o menos flexible*.

Como se puede observar del estudio de Guastini, las Constituciones rígidas son las que permiten que el texto constitucional pueda fungir como norma suprema del Estado, ya que si prescinden de esta cualidad su nivel jerárquico es similar a la ley y por ende son fácilmente modificables. Por ello, la Constitución entendida como límite al poder es congruente con la idea de rigidez constitucional, en palabras de Guastini: “La rigidez tiene por objeto

¹⁹⁸ Para Guastini estos dos tipos de Constitución engloban los cuatro tipos de Constituciones posibles: “1) En primer lugar, Constituciones que expresamente excluyen su modificación o reforma; 2) En segundo lugar, Constituciones que no disponen nada en torno a su modificación o reforma; 3) En tercer lugar, Constituciones que prevén procedimientos de reforma constitucional más complejos que el procedimiento legislativo ordinario (un procedimiento “agravado”, como suele decir) y; 4) En cuarto lugar, Constituciones que expresamente consienten la reforma constitucional a través del procedimiento legislativo ordinario. Véase GUASTINI, Ricardo, *Estudios...*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁹⁹ Gregorio Badeni considera que existe una tercera categoría: “las Constituciones pétreas. Éstas se caracterizan por la existencia de disposiciones dentro de la Constitución que no pueden ser modificadas. Esta petrificación puede ser absoluta, relativa y temporal”. Véase *Ibidem*, p. 69.

²⁰⁰ Para Guastini esta supremacía es de doble sentido: “Por un lado, las normas constitucionales no pueden ser modificadas por la ley (conformidad formal). Por otro, la conformidad con las normas constitucionales es una condición de validez de la ley misma. De tal forma que una ley que pretenda modificar la Constitución o (lo que es lo mismo) que esté en contraste con ella, es una ley ilegítima, es decir, inválida (conformidad material)”. *Ibidem*, p. 188.

impedir que el Poder Legislativo pueda corregirla a su antojo. La Constitución como superley, trata así de imponerse a los poderes constituidos y procura funcionar como un tope a las facultades de éstos”.²⁰¹ A través de la rigidez de reforma la Constitución se impone a los poderes del Estado y garantiza a su vez los derechos fundamentales. Por ello la rigidez constitucional es un requisito necesario del control constitucional.²⁰²

Ferrajoli por su parte, nos señala que el concepto de rigidez en las democracias constitucionales modernas obedece a otro tipo de criterio distinto de aquel que sólo está referido a la posibilidad de reformar la Constitución.²⁰³ Para Ferrajoli la rigidez de la Constitución se encuentra en los derechos fundamentales. Como vimos anteriormente, los derechos fundamentales constituyen la parte sustancial de la democracia. Los derechos fundamentales comprenden *la esfera de lo no decidible*. Por lo tanto la natural rigidez de los derechos fundamentales constituye su carácter como el conjunto de normas “téticas” que no son objeto de la regla de la mayoría.²⁰⁴ En este sentido la rigidez constitucional, para Ferrajoli, se refiere a la serie principios y valores positivizados dentro de la Constitución, y que son sustraídos de la esfera de la decisión de la mayoría política. Es este el concepto de rigidez constitucional en las democracias constitucionales.

²⁰¹ SAGÜÉS, Pedro Néstor, *Elementos...*, *op. cit.*, p. 94.

²⁰² El papel de la rigidez constitucional es de suma importancia para el control constitucional, en palabras de Pedro Sagüés: “El componente liminar para que pueda configurarse un engranaje de control de constitucionalidad es la existencia (esto es, la vigencia real) de uno o más tramos rígidos en la Constitución”. SAGÜÉS, Pedro Néstor, *Teoría...*, *op. cit.*, p. 434.

²⁰³ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, nota *supra* no. 81, p. 84.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 83.

1.2.8. CONCLUSIONES DEL TEMA

La esencia del constitucionalismo es la protección de las libertades de los individuos, esta protección sólo es posible a través de mecanismos que aseguren la salvaguarda de estas libertades –entre estos mecanismo podemos señalar la división de poderes y los derechos fundamentales contenidos en la Constitución– . La corriente llamada constitucionalismo busca, a través de un pacto fundacional jurídico (la Constitución), otorgar de validez y juridicidad al gobierno, y delinear la forma en que serán tomadas las decisiones políticas dentro de un Estado. Sin embargo, como vimos a través de este capítulo, sólo fue posible cumplir con estos objetivos hasta el nacimiento del Estado moderno, por lo que el concepto moderno de Constitución sólo se refiere a aquellos fenómenos de carácter constitucional a partir del nacimiento del Estado moderno. El Estado moderno supuso la concentración del poder soberano en la figura del Estado, lo que permitió un monopolio en el poder político y asimismo estableció un Derecho positivo único dentro del Estado.

Fueron los movimientos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII los que limitaron el poder político concentrado en el monarca, y establecieron los elementos indispensables en todo documento o conjunto de textos jurídicos que detentan el nombre Constituciones (división de poderes y derechos de los individuos). Gracias a esta esencia liberal, la Constitución pasó a ser el eje de todo el poder político y jurídico dentro del Estado. Además se establecieron los principios de supremacía y rigidez constitucional.

Sólo a partir de esta supremacía de la Constitución respecto de todos los demás entes políticos y jurídicos dentro de un Estado, es que es posible salvaguardar los derechos fundamentales. Es por ello, que necesariamente el objetivo primordial del constitucionalismo es y ha sido las libertades personales de los individuos.

1.3. TENSIONES ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

1.3.1. LA Tensión INHERENTE DE LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES

Entre los más claros exponentes del término de “democracia constitucional” encontramos a Luigi Ferrajoli,²⁰⁵ quien distingue esta forma de democracia en contraposición a la “democracia plebiscitaria”.²⁰⁶ Ferrajoli –como vimos en el capítulo de democracia– considera que la democracia constitucional constituye la unión entre el Estado constitucional y la forma de gobierno democrática. Para él, el auge de las democracias constitucionales se debió al movimiento jurídico-político producto de la Segunda Guerra Mundial, este movimiento se caracterizó por el reconocimiento y adición de catálogos de derechos en las cartas constitucionales. Lo anterior, como respuesta a los movimientos fascistas que fundaron sus acciones en la decisión de la mayoría,²⁰⁷ por lo que se redescubrió el papel de la Constitución como límite al poder político (incluso al de la mayoría democrática) y se reconoció la existencia de una serie de libertades que no podían ser objeto de decisión política. Esta *esfera de lo*

²⁰⁵ Con seguridad no se sabe quién fue el primero en emplear el término de “democracia constitucional”, sin embargo, Michelangelo Bovero considera que fue Luigi Ferrajoli. *Cfr.* SALAZAR UGARTE, Pedro, *op. cit.*, p. 13.

²⁰⁶ Para Ferrajoli la democracia plebiscitaria es: “La democracia (plebiscitaria) consistiría esencialmente en la omnipotencia de la mayoría, o bien de la soberanía popular. De esta premisa se siguen una serie de corolarios: la descalificación de las reglas y de los límites al poder ejecutivo que es expresión de la mayoría, y en consecuencia de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del propio parlamento; la idea de que el consenso de la mayoría legítima cualquier abuso; en resumen, el rechazo del sistema de mediaciones, de límites, de contrapesos y de controles que dan sustancia de aquello que constituye, por el contrario, lo que podemos denominar democracia constitucional”. FERRAJOLI, Luigi, *Democracia...*, *op. cit.*, nota *supra* no. 81. p. 25.

²⁰⁷ En palabras de Ferrajoli: “Por ésto es apropiado decir que el antifascismo es una nota genética no sólo de la democracia italiana, sino más en general de la democracia contemporánea nacida de las ruinas de la Segunda Guerra Mundial, ya que la democracia ha sido redefinida y, por así decirlo, ha tomado nueva conciencia de sí misma a través de la negación del fascismo y de todo cuanto el fascismo había negado –el valor de la paz, la división de poderes, la igualdad de todos los hombres y las mujeres del planeta, la tutela de sus derechos fundamentales”. *Ibidem*, p. 28.

indecidible dentro de la forma de gobierno democrática, es lo que caracteriza a las democracias constitucionales, y es a su vez, lo que representa su esencia.

Dicho en palabras de Luigi Ferrajoli:²⁰⁸

La esencia del constitucionalismo y del garantismo, es decir, de aquello que he llamado “democracia constitucional”, reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las Constituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contras sus violaciones.

La Constitución nuevamente retomó su sentido original –como límite al poder– en contraposición al sentido legalista que la caracterizó en el siglo XIX y mediados del siglo XX, sin embargo, no sólo se constitucionalizaron los límites de los órganos estatales, si no además, se positivizaron los derechos humanos –otorgándoles el carácter de derechos fundamentales–, y se dificultó ó imposibilitó la reforma de éstos. Por lo que la Constitución actúa como el conjunto de reglas formales y materiales que dan legitimidad al Estado, y a su vez establece los alcances y límites de su actividad. En palabras de Ferrajoli: “la Constitución: se trata de la convención democrática acerca de que es indecible para cualquier mayoría, o bien por qué ciertas cosas no pueden ser decididas, y por qué otras no pueden no ser decididas”.²⁰⁹ Para Ferrajoli esta concepción de Constitución supone el triunfo del Estado de Derecho, pues, es partir del Derecho que el poder político está objetivamente controlado.

El papel de la Constitución como garantía de los derechos fundamentales y la respectiva rigidez o imposibilidad de reforma de éstos, es lo

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 27.

²⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5a. ed., España, Editorial Trotta, 2006, p. 24.

que Ferrajoli denomina *la esfera de lo no decidible ; la esfera de lo no decidible que no*. Ferrajoli considera que los derechos fundamentales son el estrato sustancial de la Constitución, por ello, el mantenimiento y salvaguarda de este sustrato es donde realmente reside el verdadero sentido de la democracia. Los derechos fundamentales toman el papel de garantías para la consecución de las reglas formales del procedimiento democrático.²¹⁰

Los derechos fundamentales constituyen la dimensión sustancial y material de la democracia,²¹¹ su positivización y rigidez en la Constitución constituye una garantía para el buen desarrollo de la democracia. El vínculo entre Constitución-democracia supone la adecuación de la idea de autogobierno –materializada a través de la democracia– con la idea de limitar el poder –con la finalidad de proteger las libertades del individuo (sus derechos fundamentales)–. En palabras de Pedro Salazar: “La democracia constitucional es un modelo de organización político-jurídica en el que confluyen diversas tradiciones del pensamiento político moderno y que persigue en un solo momento dos objetivos analíticamente distintos: limitar el poder político y distribuirlo entre los ciudadanos”.²¹²

Esta confluencia, sin embargo, no está exenta de tensiones, ya que en el vínculo constitucionalismo-democracia yace un problema, no del todo menor, y que representa hoy uno de los retos más importantes de las democracias

²¹⁰ Para Ferrajoli los derechos fundamentales son requisitos indispensables para las reglas del juego democrático. En palabras de Ferrajoli: “Si es el conjunto de reglas del juego el que mantiene la corrección del juego, estos pactos no pueden dejar de establecer garantías para todos los jugadores –comenzando por los más débiles. Si tienen por destinatarios a los poderes constituidos, no pueden ser modificados, o derogados, o debilitados por ellos mismos, sino sólo ampliados o reforzados. En fin si las normas constitucionales sustanciales no son otra cosa que los derechos fundamentales, ellas pertenecen a todos nosotros, que somos los titulares de los derechos fundamentales. Es en esta titularidad común, según creo reside el sentido de la democracia y de la soberanía popular”. FERRAJOLI, Luigi, *Democracia...*, *op. cit.*, p.33.

²¹¹ *Ibidem*, p. 82.

²¹² SALAZAR UGARTE, Pedro, *op. cit.*, véase nota no. 44, p. 45

constitucionales. Roberto Gargarella nos explica de manera concisa el *quid* de este problema:

En realidad, puede parecer extraño que exista un conflicto entre ambas ideas cuando es tan usual que hablemos de “democracias constitucionales”, o cuando es tan común que uno se proclame, al mismo tiempo, y por ejemplo, demócrata y defensor de los derechos humanos. Pero lo cierto es que tales ideas se llevan mal, y dicho desacuerdo repercute finalmente en nuestras discusiones públicas.

El conflicto entre ambas ideas surge, ante todo, del hecho de que ellas apelan a principios opuestos. Nuestros compromisos democráticos apelan a un principio que a primera vista no reconoce límites, y según el cual no hay ninguna autoridad superior a la nuestra, actuando colectivamente. Mientras tanto, y por otro lado, ideas tales como las de Constitución o derechos humanos nos llevan a pensar, justamente, en límites infranqueables, capaces de resistir la presión de cualquier grupo y aun, y especialmente, las presiones.²¹³

La existencia de una Constitución supone un freno al poder político del Estado, y como vimos con Ferrajoli, las democracias constitucionales se caracterizan por imponer límites a cualquier forma de poder, incluso el de las mayorías democráticas. La idea de autogobierno de la democracia se ve limitada por la existencia de normas que son inmunes a cualquier decisión política y que en muchos casos apelan a principios de amplia interpretación. Pedro Salazar Ugarte al estudiar las tensiones más recurrentes entre democracia y constitucionalismo señala que existen cuatro tipos tensiones fundamentales: “a) la tensión entre el conjunto de los derechos fundamentales y el ideal de la autonomía política; b) la tensión entre el contenido de las decisiones y la forma en la que son adoptadas; c) la tensión entre los principios

²¹³ GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo versus Democracia”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 1a, ed., Argentina, AbeledoPerrot, 2006, p. 22.

de supremacía y al rigidez constitucionales, por un lado, y los poderes legislativo y de reforma de constitucionales por el otro; d) la tensión entre los jueces (cortes o tribunales) constitucionales y los órganos democráticos”.²¹⁴ Estas tensiones constituyen en sí el choque de los principios de igualdad y autonomía, que enarbola la democracia, con los límites establecidos por el constitucionalismo (derechos fundamentales, supremacía constitucional, rigidez constitucional, control formal y material de la Constitución, etc.). Por lo que en síntesis, el conflicto yace entre la garantía de la libertad que promueve el constitucionalismo –a través de los límites– y la libertad política (autonomía) que ofrece la democracia –a través de la participación política–.

En las democracias constitucionales la voluntad de los individuos se ve coartada por la imposibilidad de decidir respecto a ciertas esferas específicas, es decir, los derechos fundamentales. La razón de estos límites radica en la esencia del constitucionalismo, el cual supone la existencia de límites al poder político del Estado –con el objetivo de salvaguardar las libertades de los individuos–. Esta tensión inherente de las democracias constitucionales es más notoria respecto a quién corresponde el papel de fungir como garante de la Constitución, es decir, a quién le corresponde el papel de determinar qué normas y qué actos están en congruencia con la Constitución. Y puesto que la Constitución constituye la base legitimadora de todo poder estatal y garantía de los derechos fundamentales, determinar quién detente la facultad de decidir qué entra o no dentro del orden constitucional supone un poder muy grande. A grandes rasgos, la pregunta es simple ¿A quién debe corresponder el papel de *defensa la Constitución*?²¹⁵

²¹⁴ *Ibidem*, p. 230.

²¹⁵ Para Fix Zamudio hablar de *defensa de la Constitución* es referirse a dos categorías fundamentales, la protección de la Constitución y las garantías constitucionales. La primera se refiere a todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a la Constitución para limitar el poder. Los segundos en cambio, son los medios jurídicos de naturaleza procesal que están encaminados a reestablecer el orden

1.3.2. EL CONTROL DEL PODER POLÍTICO COMO ELEMENTO CLAVE DE LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES

La supremacía de la Constitución en las democracias constitucionales supone la existencia de controles al poder, pero al hablar de “control al poder” antes es necesario hacer referencia al concepto de poder.²¹⁶ En las democracias constitucionales el poder es indispensable, ya que consiste en la fuerza necesaria para ejecutar las decisiones de la autoridad. En palabras de Max Weber entendemos por poder: “la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad”.²¹⁷, ²¹⁸

El “poder” hace referencia a una relación o situación de hecho, en la cual existe un sujeto que detenta el poder y otro al que éste está dirigido. El poder en consecuencia puede tomar distintas variantes dependiendo de la autoridad que lo ejercite, por ejemplo:

- El poder económico: es aquel ejercido por las personas que detentan los medios de producción y disponen además de la riqueza.
- El poder ideológico: es aquel con el que cuentan los detentadores de los medios de comunicación y propaganda política.

constitucional. Véase, FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, pp. 11-12.

²¹⁶ El concepto de poder, como bien nos recuerda Norberto Bobbio, ha sido el concepto principal de los estudios jurídicos y políticos: “El principal concepto de los estudios jurídicos y los políticos tienen en común es, en primer lugar, el concepto de poder. [...] El nexo es estrechísimo tanto si por “derecho” se entiende el derecho en sentido objetivo, es decir, un conjunto de normas vinculantes que se hacen recurriendo en última instancia a la coacción, como se entiende el derecho en sentido subjetivo, al menos en una de sus innumerables acepciones”. NORBERTO, Bobbio, *Teoría General...*, *op. cit.*, p. 260.

²¹⁷ WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 43.

²¹⁸ Para Weber el concepto de poder es sociológicamente amorfo, ya que pueden existir una diversidad de situaciones en las que una persona imponga su voluntad sobre otra, por ello considera que el concepto de dominación es más preciso. Por dominación entiende: “Por dominación debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas”. *Ídem*.

- El poder militar: es el poder ejercido a través de la represión militar a la ciudadanía.
- El poder político: es el uso de la coacción, que en el caso de las democracias constitucionales, supone el uso de la fuerza legal, es decir la aplicación de la ley.

Si bien el concepto de poder supone una situación neutral fuera de todo examen ético, lo cierto es que existe una desconfianza muy grande respecto al mismo. El temor al poder se encuentra en su abuso por parte de quien lo detenta. La idea de un peligro intrínseco al “poder” es descrita a continuación por Karl Löwenstein:

El poder lleva en sí mismo un estigma, y sólo los santos entre los detentadores del poder –¿dónde se pueden encontrar?– serían capaces de resistir a la tentación de abusar del poder. [...] El poder encierra en sí mismo la semilla de su propia degeneración. Esto quiere decir que cuando no está limitado, el poder se transforma en tiranía y en arbitrio despotismo.²¹⁹

Para reforzar esta idea patológica del poder, podemos citar el famoso epigrama de Lord Acton: “*Power tends to corrupt and absolute power tends to corrupt absolutely*”.²²⁰ La desconfianza hacia el poder radica en su abuso, por lo que la concentración de poder en un ente hace más susceptible que éste sea ejercido en perjuicio de los demás. Es a partir del temor al abuso del poder que son necesarios límites, es decir, para limitar el poder son necesarios controles. El significado del concepto de control al igual que otros conceptos tiene una multiplicidad de acepciones, sin embargo, elegimos en este caso la definición

²¹⁹ LÖWENSTEIN, Karl, *op. cit.*, véase *nota supra* no. 99, p. 46

²²⁰ Citado en *Ibidem*, p. 47.

de Carla Huerta Ochoa, debido a su estrecha relación con los principios del constitucionalismo, la cual a continuación proporcionaremos:

Por ello considero que el control es el conjunto de medios que garantizan las limitaciones establecidas al ejercicio del poder, la forma en que se asegura la vigencia de la libertad y los derechos fundamentales del ser humano. El control es, pues, un sistema de vigilancia que asegura la observancia del sistema jurídico.²²¹

Cuando hablamos de límites necesariamente tenemos que hacer referencia a controles, puesto que en los conceptos de límite y control existe una relación lógica.²²² Para Manuel de Aragón existen dos limitaciones inmediatas al poder, las *limitaciones no institucionalizadas* y las *limitaciones institucionalizadas*.²²³ Las limitaciones no institucionalizadas o controles sociales tienen por características un carácter difuso y una condición genérica: por lo que pueden darse el caso de que un sujeto que limita sea el que controla; en otros casos, puede darse que el que sujeto que controla garantice los límites respecto de terceros; o finalmente que existan limitaciones en abstracto. Dentro de las limitaciones institucionalizadas Manuel Aragón agrupa a los controles políticos y controles jurídicos: en los primeros el sujeto que limita es a su vez quien controla (control subjetivo), mientras en los segundos, el sujeto que controla es un órgano actualizador de un límite contenido en una norma jurídica (control objetivo). Es en estos dos últimos (control político y jurídico) donde la

²²¹ HUERTA OCHOA, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 1ª. ed., México, Universidad Autónoma de México, 1998, p. 36-37.

²²² Manuel Aragón señala que existe una relación lógica entre los conceptos de límite y control: “Poder limitado es, en consecuencia, poder controlado, pues limitación sin control significa, sencillamente, un contrasentido, es decir una limitación infectiva o irrealizable”. ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1999, .p. 64.

²²³ Cfr. *Ibidem*, pp. 68-69.

tensión es más interesante, y en nuestro caso, donde yace el problema de las democracias constitucionales.²²⁴

Pero antes de analizar cada uno será útil realizar una distinción entre estos dos tipos de controles institucionalizados, de tal manera que acudimos nuevamente a Manuel Aragón, quien encuentra en éstos cuatro diferencias esenciales.²²⁵

1. La primera diferencia se encuentra en el carácter objetivado del “control jurídico” y el carácter subjetivo del “control político”. En el control jurídico existe un canon o parámetro de control que es un conjunto de normas que el órgano controlador actualiza. En cambio en el segundo no existe un parámetro objetivo de control, puesto que quien detenta el control es quien decide de manera subjetiva el parámetro a emplearse. En el Estado constitucional el control jurídico tiene como margen sólo aquello que dispone la norma jurídica (sobretudo la norma constitucional), en otras palabras, los límites del poder político del Estado son establecidos previamente por la norma jurídica, de tal manera que el órgano actualizador sólo puede actuar conforme a lo que establezca la norma parámetro. En el control político por su parte, el controlador dispone una amplia libertad de decisión, al no existir parámetros de control, lo que deriva en la aplicación discrecional de su propia voluntad.
2. La segunda diferencia es consecuencia de la primera, y radica en las razones del control. En el primero, el control está fundamentado en razones jurídicas, mientras en el segundo lo está en razones políticas (de oportunidad). En el primer caso, las razones del control están contenidas en el ordenamiento jurídico, es decir, la misma norma establece su obligatoriedad, gracias al principio de legalidad. Respecto al poder

²²⁴ Cfr. *Ídem*.

²²⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 70-71.

político, las razones de ejercer el control radican en las necesidades supervinientes que necesite el controlador resolver, es decir, no hay una obediencia respecto a un patrón objetivo, por lo que hay una libertad en los medios que puede escoger el controlador.

3. La tercera diferencia yace en el carácter “necesario” del control jurídico y el carácter “voluntario” del poder político. En el control jurídico, el fundamento jurídico último del Estado es la Constitución, por lo que toda norma secundaria debe estar en congruencia con la primera. Es a partir de la supremacía de la Constitución que todo acto o norma debe ser apegada a la misma. En caso de que exista una incompatibilidad, son necesarios mecanismos de control que garanticen el papel supremo de la Constitución. La necesidad del control deviene de mantener el orden constitucional.

En el control político por su parte, el control es ejercido de manera discrecional, por lo que puede ser empleado o no.

4. La cuarta y última diferencia descansa en el órgano que realiza el control. En el control jurídico el control es realizado por órganos imparciales, independientes y con conocimientos técnicos de las cuestiones de Derecho (órganos jurisdiccionales). En el control político, en cambio, el control está a cargo de sujetos u órganos políticos. En el primer caso, el control jurídico es generalmente realizado por órganos técnicos especializados en Derecho. Por su parte, el segundo es llevado a cabo por órganos o sujetos con facultades políticas.

Dentro de las democracias constitucionales existen controles jurídicos y políticos, sin embargo, las democracias constitucionales suponen la primacía de lo jurídico, ya que la Constitución sustrae ciertas decisiones del poder político. De entre todas las diferencias, entre control jurídico y control político, es en la última distinción que regresamos a la pregunta de a quién corresponde el papel

de ser el garante de la Constitución, puesto que –como ya vimos– la legitimidad y validez del Estado derivan del pacto social establecido por los individuos y materializado en la Constitución. Por lo que la Constitución debe ser oponible a todos aquellos actos o normas que la contradigan, sin embargo, determinar a qué tipo de órgano o persona encargamos tal función, puede del mismo modo, pretender establecer si el fundamento final del Estado radica en el poder político o bien, en el poder jurídico.

A) El control político o Machtstaat

Al hablar del control político de la Constitución es indispensable mencionar la discusión conceptual entre dos grandes juristas del siglo xx, Hans Kelsen y Carl Schmitt. El primero defendía un control jurídico del poder a través de un órgano jurisdiccional colegiado. Mientras el segundo por su parte, postulaba que la defensa de la Constitución debía recaer en un órgano político. En este apartado expondremos a grandes rasgos aquellos elementos esenciales del control político bajo la perspectiva de uno de sus más grandes defensores Carl Schmitt.

Como habíamos señalado anteriormente, el control político es un tipo de control institucionalizado que se caracteriza por su carácter subjetivo y de oportunidad. El control político es ejercido por sujetos u órganos de carácter eminentemente político. En las democracias constitucionales este tipo de control podemos fácilmente identificarlo en el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo (debido a su elección mediante mecanismos democráticos y su papel como entes políticos esenciales en el funcionamiento del Estado).

Para Carl Schmitt la forma de gobierno democrática constituye el elemento político esencial de las Constituciones modernas. Pero, el sentido que Schmitt otorga a la democracia es muy distinto al convencional (sentido moderno de democracia). Para Schmitt, por democracia entiende lo siguiente: “Democracia (tanto en cuanto forma política como en cuanto forma del Gobierno o de la legislación) es identidad de dominadores y dominados, de

gobernantes y gobernados, de los que mandan y los que obedecen”.²²⁶ Para Schmitt la forma de gobierno democrática, era la forma de gobierno que aseguraba una igualdad *sustancial* entre los individuos del Estado. Sin embargo, esta igualdad no correspondía al sentido moderno (de igualdad de todos los individuos y sus posiciones políticas dentro de un Estado, garantizada por el sufragio universal). En cambio, para Schmitt la igualdad dentro de un Estado se refería a la homogeneidad de los individuos dentro del Estado, en palabras de Schmitt: “La igualdad democrática es, en esencia, homogeneidad, y, por cierto, homogeneidad del pueblo. El concepto central de la Democracia es Pueblo, y no Humanidad. Si la democracia ha de ser una forma política, hay sólo democracia del Pueblo y no Democracia de la Humanidad”.²²⁷

Para Schmitt los individuos dentro de un Estado eran iguales, no por su carácter como individuos autónomos y racionales, sino porque pertenecían a un pueblo determinado.²²⁸ En este sentido, a cada Estado correspondía la existencia de un pueblo único, el cual era homogéneo, y por lo tanto, igualitario. El sufragio universal por lo tanto era lógico, porque garantizaba la participación de un colectivo sin distinciones, porque eran uno solo, un “pueblo”. La concepción de igualdad para Schmitt era de carácter interno y no externo, lo que implicaba la existencia de un tercero externo, el cual ajeno dentro de la teoría de Schmitt, dicho en sus palabras:

[...] la Democracia política no puede basarse en la indistinción de todos los hombres, sino sólo en la pertenencia a un pueblo determinado, [...] La igualdad que corresponde a la esencia de la Democracia se dirige por eso siempre interior, y no hacia fuera. De aquí se deduce, a los efectos de la

²²⁶ Schmitt, Carl, *op. cit.*, véase nota *supra* 112, p. 230.

²²⁷ *Ídem.*

²²⁸ *Ibidem*, p. 225.

consideración política y jurídico-política: quien no es súbdito del Estado, no entra en el juego para esta igualdad democrática.²²⁹

Como se puede observar, la democracia de Schmitt no era inclusiva, sino por el contrario, era exclusiva de los integrantes de un pueblo. El pueblo, para Schmitt, consistía en un ente unitario de individuos con ciertos rasgos que los identificaban y diferenciaban de los demás, estos conformaban un Estado y depositaban esa voluntad en la Constitución. Para Schmitt el pueblo era unitario por que sólo había una voz única: la del pueblo, y por ello no existía la pluralidad política. El pueblo, como dice Schmitt “antes y por encima de la Constitución” supone el poder constituyente originario de la Constitución. Schmitt considera a la Constitución simplemente como la materialización de la voluntad popular (*Volkgeist*). Para Schmitt la Constitución constituye no un conjunto de normas, en cambio, es el conjunto de decisiones políticas que ha determinado “democráticamente” el pueblo. Para una mejor comprensión del “decisionismo” en la teoría de Schmitt, acudimos a Lorenzo Córdova Vianello, quien nos dice lo siguiente:

El decisionismo funda el derecho en el elemento de la decisión. Ya no es la norma, lex impersonal y abstracta la que constituye la fuente de juridicidad, como ocurre en el caso del normativismo, sino que es, más bien, la voluntad que determina la norma, la voluntad del rex. En este sentido, tanto las normas como el ordenamiento en su conjunto pueden ser considerados como derecho en la medida en la que son producidos o emanados de la voluntad determinada.²³⁰

En el decisionismo son las decisiones políticas del ente llamado pueblo, las que constituyen la fuente y fundamento de validez de las normas jurídicas

²²⁹ *Ibidem*, p. 224.

²³⁰ CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y poder*, 1a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2009, p. 196.

dentro de un Estado. La norma jurídica es la materialización del *Volkgeist*, y el valor de la misma radica en su carácter democrático (en el sentido de Schmitt), por ende, la defensa de la Constitución para Schmitt debe recaer en un órgano político y no jurisdiccional, puesto que el primero es más congruente con el carácter democrático de la Constitución.²³¹

Para Schmitt el carácter de inamovilidad e independencia de los jueces los transforma a estos en una aristocracia con toga, de tal manera que el Tribunal constitucional se convertiría en una Cámara más del Parlamento, pero, con atribuciones para formular preceptos constitucionales. Schmitt considera que el papel de defensa de la Constitución debe recaer en un órgano político que, en congruencia con el principio democrático, aglutine la voluntad del pueblo. Es por ello que se decanta por la figura del Ejecutivo:

Que el Presidente del Reich sea el protector de la Constitución corresponde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El Presidente del Reich es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el Reichstag y la de promover un plebiscito) son por naturaleza, una “apelación al “pueblo”.²³²

A partir de la facultad del Presidente de disolver el Parlamento, Schmitt reconoce la supremacía del poder político del Presidente respecto del Poder Legislativo. Para Schmitt, que la Constitución de Weimar de 1819 haya

²³¹ Schmitt desconfiaba del control jurisdiccional de la Constitución, pues, este tipo de control suponía una incongruencia con el fundamento político del Estado, en palabras de Schmitt: “Se pretende implantar una judicialidad y un Tribunal constituido por juristas oficiales de profesión. Tanto la justicia como la burocracia profesional resultan recargadas de modo insoportable cuando sobre ellas se amontonan obligaciones y resoluciones políticas, para las cuales se solicita una independencia y una neutralidad con rescato a la política de partidos. *Pero, además la institución de semejante protector de la Constitución sería diametralmente opuesta a la consecuencia política del principio de democracia*”. SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2a. ed., España, Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, 1998, p. 244-245. Las cursivas son nuestras.

²³² *Ibidem*, p. 250.

otorgado tal facultad al Presidente, nos demuestra el papel del Presidente como ente que representa la voluntad del pueblo alemán. En palabras de Schmitt: “En el centro se encuentra la facultad de disolución del Presidente del Reich como institución normativa que soporta todo el sistema y modifica todas las demás prescripciones constitucionales, institución cuya finalidad es, hace que decida la voluntad del Pueblo, incluso frente a una mayoría parlamentaria”.²³³ La teoría de Schmitt ha sido criticada por su relación con el surgimiento de gobiernos fascistas en la primera mitad del siglo xx: en este caso el Nazismo. El Nazismo utilizó como bandera ideológica el concepto de *Volkgeist* de Schmitt, de tal manera que legitimó la censura de posiciones disidentes dentro del Estado. La razón de esta censura (en especial, la de los partidos políticos), se encontraba en el carácter unitario del Estado (el *Volkgeist*) encarnado en la figura del *Führer*, el cual disponía del poder político de restablecer el orden constitucional, porque a él correspondía el papel de garantizar el orden constitucional.

En conclusión, la teoría de Schmitt consiste en una teoría del Estado en la cual hay una preeminencia del poder político (no el jurídico). Este poder político del pueblo era originario, y por lo tanto, ilimitado. El papel de la Constitución simplemente era el de servir como mecanismo de formalización de las decisiones políticas del pueblo, el cual en cualquier momento podía modificar. El control por ello de la Constitución correspondía a un órgano político –en congruencia con el carácter político originario del Estado– y que era el *Führer*.

B) El control jurídico o Rechtstaat

El control jurídico se caracteriza por su carácter objetivo, es decir, el órgano controlador utiliza como parámetro el contenido de una norma (hipótesis jurídica), por lo que el control constituye un mecanismo de actualización de la

²³³ Schmitt, Carl, *Teoría...*, op. c.it., p. 340.

norma –contenida en la Constitución o en una norma secundaria– con el acto objeto de control. Para Manuel Aragón el control jurídico recae en los actos y no en las autoridades, por actos entendemos aquellos que son “jurídicamente relevantes”, es decir, aquellos actos que son producto de una norma jurídica; *por lo que no existe ámbito jurídico exento de control constitucional*.

La Constitución es entendida como un conjunto normativo que no sólo contiene leyes, sino además principios jurídicos que están normativizados. La Constitución en las democracias constitucionales constituye el parámetro de control jurídico, de tal manera, que los órganos de control más que limitadores son verificadores de los límites preestablecidos en la Constitución. Debido al carácter técnico de este tipo de control, el papel de fungir como vigilante de la Constitución ha sido encargado a un órgano de carácter jurisdiccional.

Uno de los mayores defensores de la existencia de un órgano de carácter jurisdiccional, como vigilante de la Constitución, ha sido Hans Kelsen. Para Kelsen el papel de garantizar el buen funcionamiento de la Constitución debe recaer en un órgano distinto al órgano o sujeto capaz de emitir normas jurídicas:

No es pues al Parlamento mismo con quien puede contarse para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente a él, y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la anulación de los actos inconstitucionales –esto es, a un jurisdicción o tribunal constitucional–.²³⁴

La garantía de la Constitución en Kelsen radica en la declaración de inconstitucionalidad de aquellas leyes emitidas por el órgano legislativo que sean contrarias a la Constitución –de manera formal o material–, el órgano controlador tendría el papel de un *legislador negativo* al sacar del sistema

²³⁴ KELSEN, Hans, *La garantía de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Tamayo Salmerón, Rolando, México, Universidad Autónoma de México, 2001, p. 52.

jurídico las normas jurídicas contrarias a la Constitución. El papel de fungir como garante de la Constitución es por ello depositado en un ente distinto al emisor de normas, por lo que Kelsen decide encomendar esta facultad de control a un órgano jurisdiccional: un Tribunal constitucional.

Kelsen señala que depositar esta facultad a un órgano jurisdiccional no atenta contra la soberanía del Parlamento, ya que el órgano legislador está subordinado a la Constitución²³⁵– y por ende, limitado por la misma– por lo que el papel del Tribunal constitucional solamente consistiría en corregir cualquier acto contrario a la Constitución. Kelsen considera su carácter de independencia –frente a los demás poderes– como una razón a favor de depositar el control de la constitucionalidad en un órgano jurisdiccional: “La cuestión de saber si el órgano llamado a anular las leyes inconstitucionales puede ser un tribunal se encuentra, por tanto fuera de discusión. Su independencia frente al Parlamento como frente al gobierno es un postulado evidente; puesto que son, precisamente, el Parlamento y el gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional”.²³⁶

El tribunal constitucional al ser independiente de los demás poderes, no supone una transgresión al principio de división de poderes, en cambio, es una reafirmación del mismo. Kelsen deposita en un órgano jurisdiccional la garantía de la Constitución, no si bien antes enumerar una lista de consideraciones respecto al funcionamiento e integración del mismo, Kelsen considera que todo tribunal debe contar con los siguientes requisitos.²³⁷

- El número de sus integrantes no debe ser muy elevado.

²³⁵ Para Kelsen todo órgano y poder estatal está limitado por la Constitución, puesto que ella regula y da legitimidad al Estado.

²³⁶ *Ibidem*, pp. 55-56.

²³⁷ *Cfr. Ibidem*, pp. 57-58

- En la designación de sus integrantes debe intervenir el Parlamento y el jefe de Estado, pero de manera combinada.
- Que se dé un lugar adecuado a los juristas de profesión en el mismo, estos pueden ser postuladas por las facultades de derecho o el propio tribunal.
- De ninguna manera pueden formar parte del tribunal los integrantes del Parlamento o el gobierno.

El control encomendado al Tribunal constitucional constituye la confirmación del Estado de Derecho y del principio de legalidad. El encomendar el control a un órgano ajeno al ámbito político y con un margen de maniobra establecido por la norma jurídica contenida en la Constitución, tiene como consecuencia la judicialización de la política, en otras palabras, la reivindicación del Derecho sobre el poder. Lorenzo Córdova Vianello nos explica de manera concisa en qué consiste este giro de la moneda (Derecho-poder) hacia el anverso del Derecho:

Mientras la teoría política que acompaña la formación del Estado moderno (desde Bodino hasta Hegel) pone en el vértice de su construcción al poder soberano, la teoría de Estado de Derecho y el constitucionalismo moderno subordinan el poder político al derecho, o, más bien, a la Constitución, y le asignan a ésta el papel de fundamento de legitimidad del poder mismo: fundan, por lo tanto, el poder en el Derecho. Kelsen, quien aparece como un autor emblemático de estas últimas teorías, radicaliza el principio del constitucionalismo. Su “reduccionismo jurídico” lo lleva al extremo de afirmar que el Estado mismo debe ser concebido y definido como un ordenamiento jurídico.²³⁸

²³⁸ CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *op. cit.*, p. 63

El control jurídico del poder político supone la preeminencia del Derecho sobre el poder, la existencia de límites establecidos por la Constitución tiene como finalidad controlar el poder político del Estado. El encargar a un órgano jurisdiccional el papel de ser garante de la Constitución tiene por objetivo que la verificación de la misma sea realizada por un órgano neutral e independiente al ámbito político. Que el control recaiga en un órgano ajeno al oportunismo político y con un margen de maniobra objetivo, constituye la mejor salvaguarda para los derechos fundamentales, e incluso de la democracia.

1.3.3. OBJECIONES A LA DEMOCRACIA Y AL CONSTITUCIONALISMO

A) La tiranía de la democracia

La forma de gobierno democrática²³⁹ es considerada como el mecanismo de toma de decisiones más afín con los principios de igualdad y autonomía, a través de la “regla de la mayoría” la democracia garantiza que las decisiones políticas tomadas sean producto del mayor consenso colectivo de la sociedad. Sin embargo, es en la decisión de la mayoría donde reside un problema, puesto que cualquier decisión tomada por la mayoría supone una obligación para los disidentes, es otras palabras, la minoría.

En su obra *La democracia en América* Alexis de Tocqueville realiza un estudio del gobierno democrático de los Estados Unidos –producto de la guerra de independencia de las trece colonias inglesas–, en este estudio Tocqueville señala que una de las desventajas del gobierno democrático consiste en el poder absoluto de los cuerpos legislativos; los cuales deliberan a través de la regla de la mayoría. En palabras de Tocqueville: “La mayoría tiene, pues, en los Estados Unidos un inmenso poder de hecho y un poder de opinión casi tan

²³⁹ En el sentido moderno, y no schmittiano

grande y, cuando ha decidido sobre una cuestión. No hay poder por decirlo así obstáculos que puedan, no diré detener, sino aun retardar su marcha, dejándole tiempo de escuchar las quejas de aquellos que aplasta al pasar. Las consecuencias de este estado de cosas son funestas y peligrosas para el porvenir”.²⁴⁰ El poder omnipotente de las mayorías democráticas es denominado por Tocqueville como “*la tiranía de la democracia*”.

El temor de Tocqueville respecto a la voluntad de la mayoría radica en su facultad de emitir leyes sin límites. La imposibilidad de frenar o limitar las decisiones tomadas por la mayoría es el mayor problema para Tocqueville. Este despotismo legal supone el mayor peligro para la libertad de los individuos, pues, al no conocer límites, las decisiones tomadas por el legislador se vuelven arbitrarias.²⁴¹ El poder de las mayorías en el órgano legislativo es un poder que sin la existencia de frenos hace susceptible su abuso en contra de la minoría. Está omnipotencia del legislador yace en su capacidad de crear leyes. La ley es la materialización de la voluntad general, la cual –dentro de una concepción rousseauiana– deviene a ser obligatoria para la minoría. La omnipotencia de la ley radica en que es producto de un ente soberano, es decir, el pueblo representado en la mayoría.

La idea de soberanía es una herencia conceptual de las monarquías absolutistas las cuales concentraban ésta en la figura del *príncipe*, no fue sino hasta las revoluciones del siglo XVIII que la soberanía quedó en manos del pueblo. La democracia –como habíamos mencionado anteriormente– es el mecanismo de toma de decisiones en la cual los destinatarios de la norma forman parte de su creación, el producto de este proceso democrático es la ley, la cual constituye el consenso de la mayoría de los ciudadanos que conforman

²⁴⁰ TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 255-256.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 258.

el pueblo soberano. La ley es, por ende, la voluntad del ente colectivo soberano llamado “pueblo”, y por lo tanto, no puede estar limitada. En palabras de Zagrebelsky:

Desde el punto de vista jurídico, la soberanía se expresaba, y casi se visualizaba, mediante la reconducción de cualquier manifestación de fuerza política a la “persona” soberana del Estado: una grandiosa metáfora que permitiría a los juristas hablar del Estado como de un sujeto unitario abstracto y capaz, sin embargo, de manifestar su voluntad y realizar acciones concretas a través de sus órganos. La vida de esta “persona” venía regulada por el Derecho, cuya función era análoga a la que desempeñan las leyes de la fisiología respecto a los cuerpos vitales.²⁴²

El identificar la soberanía del Estado con la decisión de la mayoría democrática (la ley) tiene para Luigi Ferrajoli consecuencias muy importantes respecto al papel que juegan los derechos y las libertades del individuo frente a la decisión del Estado, en otras palabras la voluntad de la mayoría.

Estas consecuencias en palabras de Ferrajoli son:

La primera es la ya mencionada configuración de los derechos fundamentales no como límites externos, sino como “autolimitaciones” de la soberanía del Estado, que puede, por consiguiente, disponer sobre ellos. La segunda es la elaboración de la conocida y curiosa doctrina organicista, aún hoy manejada en la mayor parte de los manuales de Derecho público, según la cual no sólo la soberanía, sino también el pueblo y el territorio, pueden ser configurados como otros tantos “elementos” constitutivos del Estado.²⁴³

La configuración de la ley como materialización de la voluntad de la mayoría, trae como consecuencia la imposibilidad de establecer límites al poder

²⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo, op. cit., p. 10

²⁴³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos ...*, op. cit., p. 140.

del Estado. Puesto que éste último cuenta con el manejo discrecional de los derechos de los individuos. Es en esta relación mayoría-soberanía donde Tocqueville –un siglo y medio antes de Ferrajoli– veía un gran peligro, ya que las decisiones de la mayoría pueden en algún momento violentar las libertades de la minoría, sin posibilidad de contrarrestarlas. El argumento esencial del trabajo de Tocqueville lo encontramos en el peligro de una democracia ilimitada, ya que ésta devendría en cualquier momento a suponer un peligro para las libertades y derechos de los individuos, e incluso para la misma democracia (puesto que la democracia es susceptible de autoaniquilarse). La omnipotencia del poder político del Estado en la mayoría democrática supone un potencial peligro –derivado de la falta de límites de la misma–. Posición que es totalmente contraria con las democracias constitucionales actuales.

B) El gobierno de los jueces y la objeción contramayoritaria

En las democracias constitucionales la tarea de verificar la congruencia de los actos con la Constitución ha sido encomendada a un órgano jurisdiccional; que en la mayoría de los casos es un Tribunal constitucional. El papel que juegan los operadores jurídicos al emplear los medios de control constitucionales –respecto de las decisiones políticas del Poder Legislativo y Ejecutivo– es muy relevante. En este sentido, el poder que gozan los agentes judiciales al decidir qué decisión política es congruente con la Constitución les otorga un poder muy grande, pues, la decisión del órgano jurisdiccional determinará la aplicación o no de un plan político determinado; independientemente del consenso político que este último goce. Este poder en manos de los órganos jurisdiccionales es considerado por los detractores del control jurisdiccional de la Constitución como un lastre para los gobiernos democráticos.

En su obra titulada “El gobierno de los jueces” Edouard Lambert aborda un problema que comenzaba a ser objeto de debate en los Estados Unidos de América en la primera mitad del siglo xx, y es la tensión ocasionada por los

órganos jurisdiccionales al detener o modificar las decisiones políticas emitidas por el Poder Legislativo. Lambert considera que el constitucionalismo americano mostraba las deficiencias de la teoría de la “separación de poderes” de Montesquieu, ya que tarde o temprano la igualdad de los poderes se doblegaría ante la necesidad de imponer una unidad de opinión y un plan único de desarrollo de la política nacional. Por lo que Lambert señala que esta unidad ha sido depositada necesariamente en los Parlamentos ya que cuentan con legitimidad democrática. Sin embargo, para Lambert en el caso de Estados Unidos ha ocurrido algo distinto, pues, esta unidad de decisión política ha sido delegada a los jueces:

En Inglaterra y en Francia, la ruptura de equilibrio se ha producido en provecho del Poder Legislativo, que ha sometido bajo norma a los poderes coordinados y ha instaurado así el gobierno parlamentario. En los Estados Unidos, la alteración del equilibrio se se ha producido a favor del Poder Judicial, que ha sometido a los otros dos a su control y ha establecido, de esta forma, un régimen de gobierno de los jueces.²⁴⁴

Para Lambert, el delegar la unidad de la opinión nacional a una aristocracia con toga representa el paso de un gobierno parlamentario hacia un gobierno de los jueces. El llamado “gobierno de los jueces” supone el manejo del gobierno de un Estado democrático por un pequeño grupo elitista (oligarquía con toga) que no goza de legitimidad democrática. Asimismo, se refiere a la sustitución del papel encomendado al Poder Legislativo por un órgano que esencialmente tiene el papel de verificar la aplicación del Derecho. Los argumentos esgrimidos por Lambert suponen las críticas más recurrentes, más no las únicas, al control ejercido por los órganos jurisdiccionales a través de la contrastación de los actos políticos con la Constitución.

²⁴⁴ LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces*, trad. de DE LA FUENTE, Félix, España, Tecnos, 2010, p. 21.

Un punto sobre el que Lambert hace hincapié se refiere a la libertad por parte de los jueces de interpretar los principios contenidos en la Constitución, al ser principios generalmente abstractos, tiene como consecuencia que los jueces cuenten con un amplio grado de discrecionalidad.²⁴⁵

La interpretación por parte de los jueces respecto de las normas contenidas en la Constitución es –para los detractores del control jurisdiccional– el mayor peligro para la democracia. Ya que la posibilidad de interpretar las normas constitucionales, constituye a su vez la posibilidad de alterar el sentido original o teleológico de la Constitución. La introducción de los derechos fundamentales a las cartas constitucionales y su imposibilidad de reforma, constituye uno de los problemas más grandes para la democracia, ya que en manos de los jueces, los derechos y los principios pueden suponer limitantes al desarrollo político de un país y de la misma democracia.²⁴⁶ La decisión por parte de los jueces constitucionales que deroga o modifica un proyecto político democrático, constituye la así llamada “objeción contramayoritaria”. Este no es

²⁴⁵ Para Lambert, cuando los jueces interpretan la Constitución, lo que realmente hacen es dotarla de un contenido que ellos mismos han decidido, por lo que la discrecionalidad de los jueces constitucionales es muy amplia. En palabras de Lambert: “En el reino del Derecho constitucional se complacen en afirmar que no son ellos los que hablan, sino que es la Constitución la que habla por ellos mismos regulando las disputas [...] sobre las que se admite que la Constitución calla. Cuando la Constitución no está constantemente muda, habla muchas veces con una voz débil, que únicamente la mayoría simple del Tribunal puede escuchar su eco [...] Sin embargo, las opiniones judiciales raras veces reconocen el hecho patente. Mientras los jueces se las dan de autómatas, cuando en realidad ellos son los sabios árbitros de la “acción pública” y de las exigencias prácticas, ocultarán necesariamente su sabiduría bajo el manto de un conceptualismo supuestamente vinculante que convierte en confusas muchas de las cosas que sin él serían simples y claras”. *Ibidem*, p. 67.

²⁴⁶ Víctor Ferreres nos explica de manera concisa esta tensión: “La objeción democrática es más seria, sin embargo, cuando los motivos de la inaplicación de una ley no están asociados al federalismo, sino a principios sustantivos recogidos en la Constitución, como los derechos fundamentales. ¿Por qué las opiniones jueces deben prevalecer sobre las opiniones de las mayorías legislativas en esta materia? ¿Cómo justificar los efectos “contramayoritarios” –por utilizar la expresión popularizada por el jurista Alexander Bickel– que la justicia constitucional comporta en el campo de los derechos”.²⁴⁶ FERRERES COMELLA, Víctor, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon constitucional*, España, Trotta, 2010, p. 266.

un problema menor, ya que la función de los jueces es garantizar la aplicación de la Constitución, sin embargo, al hacerlo puede implicar un menoscabo a los acuerdos políticos logrados por la democracia.²⁴⁷

Los derechos fundamentales –como habíamos señalado anteriormente– representan por sí mismos límites a la democracia, aunado a eso, en la mayoría de los casos los derechos fundamentales suponen valores abstractos que permiten un amplio rango de interpretación. Jeremy Waldron señala que una de las críticas a la mayoría democrática es la existencia de desacuerdos al discutir el contenido de los derechos, por lo que se opta mejor por encomendar tal tarea a un órgano jurisdiccional, sin embargo, como bien señala Waldron, en los órganos jurisdiccionales también existen desacuerdos al determinar el contenido de los derechos.²⁴⁸

La imposibilidad de llegar a un acuerdo en cuanto al contenido de los derechos fundamentales por parte de los jueces es una razón por la que se considera que es mejor que el contenido de los mismos sea determinado por órganos democráticos, y no por una “aristocracia con toga”. Ya que los desacuerdos siempre van encontrarse en la discusión respecto al contenido de los derechos, incluso en un órgano jurisdiccional, por lo que el argumento a

²⁴⁷ Carlos Bernal Pulido subraya la problemática que existe dentro de la democracia, cuando los jueces interpretan las normas constitucionales: “La pregunta central del debate es hasta dónde han de llegar las cortes constitucionales en que la garantía de los derechos no se conviertan en un ardid para esquilmar la democracia representativa; en qué momento la protección de los derechos y de la Constitución se transforma en usurpación de las funciones del legislador”. BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 34.

²⁴⁸ Para Waldron, los desacuerdos existentes entre las deliberaciones de los jueces constitucionales son las mismas que existen en el órgano legislativo, al momento de legislarlas. De tal manera, que estos últimos, tienen más legitimidad democrática, por lo que ellos deberían tomar estas decisiones. En palabras de Waldron: “Seguramente los magistrados de la Suprema Corte se toman en serio los derechos si nadie más lo hace, pero dichos magistrados discrepan acerca de tales derechos tanto como los demás y también resuelven sus desacuerdos por un voto de mayoría simple [...] No podemos por lo tanto, sostener que los derechos no están siendo tomados en serio en un sistema político simplemente por el hecho de que el sistema permite el voto mayoritario para zanjar los desacuerdos sobre los derechos que debemos tener”. WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, España, Marcial Pons, 2005, p. 366.

favor del control jurisdiccional de los derechos es débil, ya que no sólo los magistrados constitucionales se toman en serio los derechos, sino, que la población representada en el órgano legislativo también lo hace.²⁴⁹

Los críticos del control constitucional si bien no buscan la supresión de límites al poder político, éstos consideran que los derechos fundamentales deben formar parte de la discusión pública, y no dejarlos en manos de un órgano colegiado no elegido democráticamente. De tal manera que sea el acuerdo de la mayoría, el que resuelva y garantice los derechos fundamentales contenidos en la Constitución. Para ellos, la democracia es el mejor escenario para la discusión del contenido de los derechos fundamentales, puesto que dejarlos en manos de los jueces puede implicar que una minoría limite la decisión de la mayoría y constituya una verdadera objeción a la mayoría.

1.3.4. CONCLUSIONES DEL TEMA

El objetivo de este apartado fue describir las tensiones inherentes de las democracias constitucionales. Si bien esta forma de Estado implica la unión de la democracia moderna con el constitucionalismo, dicha unión como –vimos a través del capítulo– no está exenta de problemas. En sí, el mayor problema radica en el conflicto existente entre los principios que enarbolan la democracia y el constitucionalismo. La democracia consiste en la forma de gobierno que permite a los individuos dentro de la sociedad ser autónomos, al participar de manera igualitaria en la toma de las decisiones políticas que los van afectar. Por su parte el constitucionalismo, tiene la finalidad de establecer una serie de

²⁴⁹ “La idea de los derechos es que hay límites a lo que podemos hacer o pedir a los demás en virtud del bien común. Una cultura política en la que los ciudadanos y legisladores comparten esta idea pero discrepan sobre cuáles son los límites es bastante diferente que una cultura política no contaminada por la idea de los límites, y me parece que valoramos muy poco nuestro pensamiento constitucional si decimos que el hecho del desacuerdo equivale por completo de la idea de los derechos o de los límites”. *Idem*.

mecanismos jurídicos –contenidos en la Constitución– que buscan limitar el poder político dentro de un Estado; esto con la finalidad de proteger las libertades de los individuos. Los límites impuestos por la Constitución en las democracias constitucionales constituyen límites a las mayorías democráticas, por lo que el principio de autonomía se ve limitado por los requisitos establecidos por un parámetro de control objetivo, que es la Constitución.

El control que realiza la Constitución dentro las democracias constitucionales, es un control jurídico encargado a un órgano de naturaleza jurisdiccional, un Tribunal constitucional. Las razones para delegar dicha facultad a este tipo de órganos son descritas por Kelsen a lo largo del capítulo, entre ellas podemos mencionar: la imparcialidad del órgano controlador, independencia, especialidad, etc. Esta propuesta de control jurídico se encuentra en total oposición a la teoría decisionista del Schmitt, en la cual el control político está en manos de un órgano político (el Führer).

El empleo de controles jurídicos dentro de las democracias constitucionales se debe a su carácter objetivo de control, es decir, el control realizado por los Tribunales constitucionales está limitado y regulado por los requisitos establecidos por la misma Constitución. En este sentido, existe una regularidad y seguridad en cuanto a las consecuencias jurídicas, establecidas por el propio sistema. Si bien todavía existen debates (entre demócratas y constitucionalistas) respecto a quién debe corresponder el control e interpretación de las reglas formales (procedimentales) y sustanciales (derechos fundamentales) contenidas en la Constitución, existe un consenso en la necesidad de que existan límites –y por ende controles– para garantizar los derechos fundamentales y la democracia.

CAPÍTULO SEGUNDO.- JUSTICIA CONSTITUCIONAL

2.1. ¿QUÉ ES LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL?

Como vimos anteriormente, para garantizar la supremacía constitucional eran necesarios controles que permitiesen mantener el orden constitucional.²⁵⁰ En las democracias constitucionales el control de la constitucionalidad es un control de naturaleza jurídica, por lo que está encargado a órganos o sujetos de naturaleza jurisdiccional. Estos órganos o sujetos –verificadores de los controles constitucionales y legales– tienen el papel de garantizar la supremacía de la Constitución. La función de la magistratura constitucional de observar y aplicar los valores contenidos en la Constitución es llamada por la doctrina como “justicia constitucional”.

El papel que ha ido adquiriendo la justicia constitucional –a partir de la segunda mitad del siglo xx– en las democracias constitucionales ha ido en aumento, a tal grado, que no es posible concebir el gobierno democrático sin la existencia de controles constitucionales. En palabras de Lucio Pegoraro: “La justicia constitucional pertenece ya a la estructura genética de la democracia, hasta el punto de que más de uno duda de la configuración de esta última en ausencia de controles sobre la conformidad de las leyes a la Constitución”.²⁵¹ La necesidad de controles constitucionales en las democracias constitucionales ha dado como resultado que exista un órgano verificador del orden constitucional, por lo que en las democracias constitucionales este papel ha sido depositado en la justicia constitucional.

²⁵⁰ Véase el apartado referido a supremacía constitucional en el capítulo relativo a constitucionalismo.

²⁵¹ PEGORARO, Lucio, *Ensayos sobre Justicia constitucional*, 1a. ed., México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 90.

Para la justicia constitucional la concepción del rol que juegan los jueces constitucionales no simplemente queda en la inaplicación de las leyes, sino además, su función contribuye a la mejora y buen desarrollo de los regímenes democráticos: al garantizar y fomentar los derechos fundamentales (la dimensión sustancial de la democracia).²⁵² El papel de los jueces en la democracia consiste en garantizar la dimensión formal y sustancial de la democracia establecida por la Constitución.²⁵³

De tal manera, que entendemos por “justicia constitucional”: el conjunto de mecanismos o procedimientos en manos de órganos de naturaleza jurisdiccional²⁵⁴ que tienen por objetivo la aplicación de los valores jurídicos y reglas contenidos en la Constitución, en cualquier ámbito de relevancia jurídica por parte del Estado.

²⁵² Es por ello que César Astudillo subraya que el perfil de los jueces constitucionales es distinto al de los juristas comunes, dicho en sus palabras: “[...] el perfil del juez constitucional de nuestro tiempo difícilmente puede compatibilizarse con el de un jurista puro, abstraído, o encerrado dentro del perímetro formal de las normas jurídicas; con el de un experto en distintas ramas del Derecho pero sin calificación especial en Derecho constitucional, con el de un agente político, acostumbrado a tomar decisiones o encontrar soluciones en las antípodas de cualquier referente normativo; mucho menos con el de un legislador, estimulado a crear normas jurídicas en función de intereses y convicciones personales o políticas. Por el contrario, el juez constitucional debe representar la personificación de un equilibrado conjunto de elementos y virtudes; debe ser, ante todo y sobre todo, un jurista que rinda honor a la especificidad inmanente de una Constitución asentada en valores de estirpe democrático; demostrar una particular sensibilidad política para estar en condiciones de prever el impacto institucional de sus resoluciones; compartir una visión general de la organización política para favorecer el desarrollo y fortalecimiento del Estado y como intermediario legítimo entre éste y la sociedad; [...]”. Es por estas características especiales de los jueces constitucionales que existen requisitos de elegibilidad (nacionalidad, edad, reputación, cláusula de preferencia, etc.) para designar a los jueces constitucionales. ASTUDILLO, César, “El perfil constitucional de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (dir.), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, núm. 11, enero-junio de 2009, p. 17-18.

²⁵³ Cfr. FERRAJOLI, Luigi, “Jurisdicción y Democracia”, *op. cit.*, pp. 212-213.

²⁵⁴ En este mismo sentido, Cappelletti considera que la justicia constitucional necesariamente implica la tutela de la Constitución a través de medios jurisdiccionales: “Todas estas manifestaciones de la “justicia constitucional” se pueden reducir ciertamente a una unidad al menos bajo su aspecto funcional: la función de tutela y actuación judicial de los preceptos de la suprema ley constitucional”. CAPPELLETTI, Mauro, *Obras. La Justicia Constitucional * Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*, 1a. ed., Porrúa, 2007, p. 22.

La justicia constitucional tiene por objetivo garantizar la supremacía de la Constitución en el Estado. La supremacía de la Constitución –fortalecida a través de la rigidez constitucional–²⁵⁵ constituye el principio esencial para la existencia de la justicia constitucional, en palabras de Jorge Lozano y Albino Saccomano:

El punto de partida de la justicia constitucional es la consideración de la Constitución como norma jurídica, pero no sólo, sino también como norma superior o suprema del ordenamiento jurídico, pues, sólo desde una posición de superioridad se puede convertir en parámetro de control de normas inferiores a ella.²⁵⁶

Es a partir de la consideración de la Constitución como la norma suprema del Estado, lo que nos permite encuadrar cualquier acto de relevancia jurídica con la Constitución. De este modo se garantiza que la Constitución constituya un parámetro objetivo para la protección de los derechos fundamentales. En este sentido, el papel de la justicia constitucional consiste en verificar cualquier acto o norma con la Constitución.

En este trabajo hemos decidido adoptar el término de “justicia constitucional” en lugar del concepto de “Derecho procesal constitucional”,²⁵⁷,²⁵⁸ ya que el término de “justicia constitucional”, aunque más impreciso como

²⁵⁵ Rigidez constitucional entendida como aquella esfera de lo indecible por la mayoría política.

²⁵⁶ LOZANO MIRALLES, Jorge y SACCOMANO, Albino, *El Tribunal Constitucional. Composición y principios jurídicos organizativos (el aspecto funcional)*, España, Tirant lo blanch, 2000, p. 23.

²⁵⁷ Para Héctor Fix-Zamudio el Derecho Procesal Constitucional es: “[...] una de la más recientes ramas del Derecho Procesal, que analiza de manera sistemática los principios, conceptos, organismos y procesos y procedimientos que tienen por objeto la solución de los conflictos que surgen de la aplicación de las normas constitucionales, o de otra manera, el estudio científico de las diversas garantías de carácter constitucional en sentido contemporáneo, es decir, los instrumentos que se han establecido a fin de restaurar la normalidad fundamental infringida o desconocida por los órganos del poder público”. FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 70.

²⁵⁸ El uso del término de “justicia constitucional” es empleado por la mayoría de los juristas europeos, mientras, el concepto de derecho procesal constitucional ha tenido más auge en Latinoamérica. En cambio

señala acertadamente el maestro Fix-Zamudio, es más flexible puesto que permite la incorporación de los principios de la teoría de la Constitución en la función jurisdiccional, en palabras de Gustavo Zagrebelsky:

La “justicia constitucional” está formada de hecho por los procedimientos de aplicación de la Constitución para la resolución de los casos controvertidos, aunque no sólo eso. También, ésta comprende la teoría de la Constitución como norma sustancial. Es más, la justicia constitucional debe ser concebida no como una suma de estos dos elementos, sino como una unión, ya que cada concepción de la Constitución lleva consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción de procedimiento lleva consigo una concepción de la Constitución.²⁵⁹

El emplear el término de “justicia constitucional” permite una mayor maleabilidad en los mecanismos de control de la constitucionalidad, puesto que estos no se ven sujetos bajo los principios tradicionales y categorías del proceso judicial ordinario, otorgando un amplio rango de acción a los jueces constitucionales para la protección de los derechos fundamentales. Ciertamente el concepto de Derecho Procesal Constitucional puede también formar del

en los países de tradición anglosajona no existe realmente un término relativo al control constitucional ejercido por los órganos jurisdiccionales. Este último punto es explicado de manera magistral por Domingo García Belaunde: “En el sistema jurídico norteamericano no existe algo que pueda llamarse proceso constitucional, y en consecuencia, nadie se ha preocupado de estudiarlo. Lo que se hace estudiar, en los cursos universitarios de Derecho Constitucional, y en los manuales al uso, el problema de la supremacía de la Constitución, su valor jurídico y cómo ella se hace efectiva en un proceso cualquiera, ha pedido de parte. Por la misma razón, no existe un derecho Procesal Constitucional y no creo que vaya existir”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, 1a. ed., Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2008, p. 85.

²⁵⁹ Para Zagrebelsky son necesarios ciertos requisitos procesales dentro de la justicia constitucional, sin embargo, estos deben ser muy flexibles, a diferencia del proceso ordinario. En palabras de Zagrebelsky: “Un derecho procesal constitucional, sí, pero *sui generis* –es más: muy *generis*–, que comprenda en sí la pluralidad de perspectivas, que deben reconstruirse alrededor de bienes jurídicos múltiples. Un derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución”. ZAGREBELSKY, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional?*, y otros ensayos de justicia constitucional, 1a. ed., México, FUNDAp, 2004, pp. 17-18.

concepto de justicia constitucional, sin embargo, como señala Zagrebelsky, sólo de una manera debilitada (*sui generis*).²⁶⁰

Zagrebelsky no niega el empleo de mecanismos procesales para la protección de los derechos fundamentales, sin embargo, considera que una visión de la jurisdicción constitucional como una serie de procedimientos –más que como un mero proceso jurisdiccional– tiene mayores ventajas, porque permite englobar de mejor manera la multiplicidad de fenómenos jurídicos del Estado de Derecho.

El emplear el término de “justicia constitucional” nos permite abarcar la totalidad de mecanismos de tutela constitucional, y es así que el “Derecho Procesal Constitucional” también puede formar parte de la “justicia constitucional”. Eduardo Ferrer Mac-Gregor considera que existe una relación de compatibilidad entre ambas posturas, por lo que más que una convivencia entre ambas, lo que debería suceder sería una convergencia entre las dos, en palabras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor:

[...] debe privilegiarse el estudio interdisciplinario de la disciplina constitucional y la procesal para llegar a posturas más avanzadas en su desarrollo. [...] A partir de estas premisas podría iniciarse un encuentro reflexivo entre constitucionalistas y procesalistas para abonar en la madurez científica de sus disciplinas, que en ocasiones parecieran dos puntas de icebergs aislados aunque unidos debajo del mismo mar.²⁶¹

En este sentido la justicia constitucional es un elemento de la ciencia constitucional que abarca el estudio de la totalidad de medios de control de la constitucionalidad, mientras que por su parte el Derecho procesal constitucional

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 57.

²⁶¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 30-32.

está encargado del estudio de los mecanismos de control constitucional a través de la visión de la teoría del proceso.²⁶²

Otro concepto que también es empleado generalmente es el de “jurisdicción constitucional”, por jurisdicción constitucional entendemos, en palabras de Rubén Hernández Valle:

En efecto, la jurisdicción constitucional se debe conceputar como “la actividad estatal de índole jurisdiccional encargada de decidir en las cuestiones de materia constitucional” (Sagües). El contenido de la jurisdicción constitucional, en consecuencia, sería la magistratura constitucional, o sea lo órganos encargados de ejercerla y los procesos constitucionales, es decir los instrumentos procesales destinados a asegurar la supremacía constitucional.²⁶³

Como bien señala Rubén Hernández Valle el concepto de “jurisdicción constitucional” engloba el papel de los órganos jurisdiccionales encargados de realizar el control constitucional de las leyes, sin embargo, al igual que el concepto de Derecho procesal constitucional, adolece de la carga filosófica de la teoría de la Constitución. Ciertamente el término de “jurisdicción constitucional” permite identificar a los agentes controladores de la Constitución, pero, este concepto languidece de los principios proporcionados por la teoría de la Constitución (limitación del poder, supremacía constitucional, rigidez constitucional, etc.).²⁶⁴ De tal manera, que por “jurisdicción constitucional”

²⁶² Del mismo modo Fix-Zamudio resalta esta compatibilidad entre ambas posturas: “El propio Fix-Zamudio también distingue entre las connotaciones de “justicia constitucional” y “Derecho procesal constitucional”. Considera que no son incompatibles y más bien resultan complementarias en la medida que la “justicia constitucional” se refiere al conjunto de instrumentos tutelares que conforman el contenido del “Derecho procesal constitucional”, siendo esta última la disciplina científica que los estudia”. *Ibíd.*, p. 30.

²⁶³ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, 1a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 8.

²⁶⁴ El mismo Rubén Hernández subraya, que la incorporación de valores provenientes de la teoría de la Constitución es una de las características esenciales del concepto de justicia constitucional: “subraya (la

solamente nos referimos a los agentes, de naturaleza jurisdiccional, encargados de realizar el control de la constitucionalidad.

Para concluir, el papel de la justicia constitucional es el de garantizar la consecución de los valores constitucionales en las democracias modernas, el papel de fungir como agentes verificadores del orden constitucional corresponde a los tribunales y jueces constitucionales que la misma Constitución faculte. A partir de la limitación de los poderes públicos, e incluso privados, es posible asegurar y preservar los derechos fundamentales y las reglas del juego democrático.

2.2. SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Existen distintos criterios para clasificar los sistemas jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, sin embargo, la distinción más común es la que está basada en los órganos o sujetos que realizan la función de control de la constitucionalidad. Por lo que tradicionalmente son considerados dos tipos de sistema de control: el sistema de control concentrado y el sistema de control difuso. El primero tiene como figura principal a Hans Kelsen, quien –como habíamos visto anteriormente–²⁶⁵ delega la función del control constitucional a un órgano judicial colegiado especializado en cuestiones constitucionales: un Tribunal constitucional. El segundo por su parte, tiene su origen en el sistema americano de control de la constitucionalidad, el cual permite a cualquier juez la posibilidad de realizar el control de la constitucionalidad en un proceso judicial

justicia constitucional) que la supremacía y defensa constitucional persigue la consecución de determinados valores suprajurídicos”. *Ibidem*, p. 7.

²⁶⁵ Véase el apartado referido al control político o *Rechstaat* en el capítulo de “tensiones entre la democracia y el constitucionalismo”.

ordinario, cuando éste notase que existe una contradicción de la ley con la Constitución.

En este apartado, señalaremos las características esenciales de estos dos sistemas de control constitucional.

A) Modelo europeo o concentrado

El sistema de control de la constitucionalidad concentrado tiene su origen en el Tribunal austriaco de Kelsen. Este tipo de control de la constitucionalidad se caracteriza por ser un control *especializado*, ya que el papel de realizar el control de la constitucionalidad está en manos de un órgano de naturaleza jurisdiccional –ajeno a los tres poderes constituidos del Estado– dedicado exclusivamente para ese fin. Para acceder a la jurisdicción constitucional existen medios procesales determinados, a través de éstos el órgano controlador puede realizar un control abstracto de las normas. Las sentencias dictadas por el órgano controlador tienen efectos *erga omnes*; lo que implica la anulación total de la norma del ordenamiento jurídico.

El origen de este tipo de control yace en la desconfianza de los jueces, quienes para autores como Montesquieu simplemente tienen encomendado el papel de ser la boca que dicta Derecho. En Europa continental la desconfianza a los jueces tiene su origen en las monarquías absolutistas debido a la estrecha relación de la judicatura con el rey.²⁶⁶ Después de la Revolución Francesa, se enaltecó el papel de la ley como manifestación de la voluntad popular, de tal modo, que los jueces no estaban facultados para alterar el sentido y eficacia de las normas jurídicas, imposibilitando de esta forma cualquier forma de interpretación de la ley por parte del juez, puesto que esto significaba alterar el sentido originario que el pueblo –a través de sus representantes– había querido dar a la norma. Fue a inicios del siglo xx que Hans Kelsen diseñó y llevó a cabo

²⁶⁶ Éstos tendían a fungir como servidores leales al monarca, por lo que no contaban con apoyo popular.

la creación de un órgano centralizado de control de la constitucionalidad: un Tribunal constitucional.²⁶⁷ Para Néstor Pedro Sagüés la propuesta de Kelsen radica en tres importantes argumentos:²⁶⁸

- No puede haber control efectivo de la constitucionalidad si el órgano controlador no está facultado para emitir sentencias con efectos generales (*erga omnes*), y además poder derogar la norma del ordenamiento jurídico.
- El control constitucional no puede confiarse al Poder Judicial clásico, en cambio, debe delegarse a un cuerpo intermedio entre el Parlamento y el Poder Judicial. En la integración de dicho órgano debe participar el Parlamento y el tiempo de sus integrantes debe ser limitado, con la finalidad de que exista correspondencia ideológica de los cambios políticos por parte del órgano controlador.
- El órgano controlador de la constitucionalidad debe ser especializado, así se garantiza una mayor capacitación de sus miembros y la existencia de una *mentalidad constitucional*. Por esta razón, no puede delegarse tal papel a los jueces de la judicatura.

En el modelo europeo el control de la constitucionalidad está encargado a un órgano ajeno al Poder Judicial, sin embargo, como bien nos señala Allan R. Brewer-Carias, puede considerarse también como un sistema concentrado aquel que faculte a una Suprema Corte del Poder Judicial, puesto que es un solo órgano el que concentra el control de la constitucionalidad.²⁶⁹

²⁶⁷ Este Tribunal constitucional se materializó por primera vez en la Constitución austriaca de 1920.

²⁶⁸ Cfr. SAGÜES, Pedro, Néstor, *Teoría...*, *op. cit.*

²⁶⁹ Dicho en palabras de Allan R. Brewer-Carias: “El sistema sólo implica la atribución, a un órgano particular del Estado que ejerce una actividad jurisdiccional, del poder y del deber de actuar como juez constitucional con poderes anulatorios. Esta es la esencia propia del sistema concentrado con relación del difuso, sea que el órgano dotado de poder para actuar como juez constitucional sea el Tribunal más alto

El control de la constitucionalidad otorgado al Tribunal constitucional es una consecuencia de la supremacía constitucional, sin embargo, a diferencia del sistema difuso donde todos los jueces disponen de la facultad de controlar las normas jurídicas, en el sistema concentrado la facultad de control debe estar expresamente señalada en la Constitución. Asimismo, la Constitución debe regular la naturaleza del órgano controlador y señalar los casos en los cuáles puede conocer de la constitucionalidad de las normas.²⁷⁰

De tal manera que las características esenciales del control concentrado son:

1. *El carácter supremo de la Constitución y el reconocimiento expreso de la misma del control constitucional especializado*; como norma suprema del ordenamiento jurídico la Constitución faculta expresamente a un órgano jurisdiccional especializado del control de la constitucionalidad de las normas.
2. *La anulabilidad de las normas jurídicas en manos del órgano controlador*; el Tribunal constitucional o Corte Suprema, a diferencia de los tribunales ordinarios, es el único que puede juzgar la inconstitucionalidad de las normas, y en consecuencia, está facultado para derogarlas del ordenamiento jurídico.
3. *El carácter principal del control constitucional*; en el sistema concentrado el método de acceso a la justicia constitucional es de carácter principal, es decir, existen vías de acción directa que tienen como objetivo pedir la inconstitucionalidad de una norma. También el sistema concentrado puede tener un carácter incidental, por ejemplo, en las cuestiones

del Poder Judicial o una Sala especializada del mismo o un Tribunal especializado en materia constitucional”. BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Justicia Constitucional (Procesos y Procedimientos Constitucionales)*, 1a. ed., México, Porrúa, 2007, pp. 259-260.

²⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 260.-261.

constitucionales las cuales consisten cuando un tribunal inferior a instancia de parte o de oficio plantea una cuestión de constitucionalidad al Tribunal constitucional.

4. *Los efectos erga omnes de las sentencias del órgano controlador*; independientemente de la vía principal o incidental, el órgano controlador conocerá de la constitucionalidad de la norma. La decisión que tome respecto a la misma deberá aplicarse a todo el ordenamiento jurídico. Este tipo de control también es llamado “control abstracto”.

B) Sistema americano o difuso

Este sistema de control tiene su origen en el sistema norteamericano de control de la constitucional, en dicho sistema se delega el papel de control de la constitucionalidad a los jueces del Poder Judicial, por lo que es un sistema de control *no especializado*, ya que los jueces pueden desempeñar cualquier área de orden jurídico (no solamente la magistratura constitucional) y aun así estar facultados para evaluar la constitucionalidad de una norma. Si el juez considera que la norma dentro de un proceso judicial ordinario es contraria a la Constitución anulara la norma, sin embargo, los efectos de tal anulación sólo se ceñirán al caso concreto.

Aunque el origen de este sistema difuso de control de constitucionalidad es tradicionalmente localizado en la famosa sentencia del *Chief Justice* John Marshall en el caso “*Marbury vs. Madison*”, debemos tener en cuenta que la existencia de controles a normas emitidas por el Poder Legislativo ya formaba parte de la tradición inglesa del *common law*. Un ejemplo paradigmático de este control es el caso *Bonham* en el cual el *Chief Justice* Robert Coke anula un *statute* del Parlamento por considerarlo contrario a los principios del *common*

law.²⁷¹ Sin embargo, no fue sino hasta el caso norteamericano que dicho control se materializaría en un verdadero control material de la constitucionalidad, en la forma de un *judicial review*.²⁷² En la sentencia de “*Marbury vs. Madison*”²⁷³ John Marshall describe que los Estados Unidos se han otorgado un gobierno limitado por la Constitución, de tal manera, que si llegará a existir una contradicción entre una norma ordinaria y la Constitución, es ésta última, de acuerdo a su papel como limitante del poder del gobierno, la que debe prevalecer. Si no fuera así, entonces la Constitución no constituirá un verdadero límite del poder del Estado. Cuando una norma es contraria al sentido de la Constitución debe ser inaplicada. En este sentido, la facultad de desaplicar las normas constitucionales corresponde a los jueces de la judicatura.

Dicho en palabras de Marshall:

Sin lugar a dudas, la competencia y la obligación del Poder Judicial es decidir qué es ley. Los que aplican las normas a casos particulares deben por necesidad exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto entre sí el tribunal debe decidir acerca de la validez y aplicabilidad de cada una. Del mismo modo cuando una ley está en conflicto con la

²⁷¹ Algunos autores como Fernando Rey Martínez consideran que el caso Bonham no necesariamente sirvió como precedente al caso *Madison vs. Madison*, ya que si bien se anula una norma contraria al *common law*, al igual que en caso de Marbury, el razonamiento no constituye un control material de la norma, en cambio consistió más una corrección a la norma emitida por el Parlamento. Para Fernando Rey tal vez el error radica en examinar el caso Bonham a partir de una visión moderna del control constitucional, pues para él la intención del juez Coke no fue realizar una contrastación de la norma con una *fundamental law*. Cfr. REY MARTÍNEZ, Fernando, “El “Dr. Bonham’s case” y su aporte a la creación de la judicial review”, en Manili, Pablo Luis (coord.), *Marbury vs. Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, México, Porrúa y IMDPC, 2011, pp. 1-21.

²⁷² Por *judicial review* entendemos: “Es el poder de la judicatura, o de las cortes, de determinar si las leyes de las demás ramas del gobierno están en concordancia con la Constitución. Todas las cortes, federales y estatales, pueden ejercitar la revisión judicial, pero la Suprema Corte de los Estados Unidos tiene la decisión final sobre si las leyes o actos locales, estatales o federales del gobierno violan o están de acuerdo con la Constitución, la más alta norma del país. Los jueces sólo utilizan sus facultades de revisión judicial sólo ante los casos traídos a la corte”. PATRICK, John J. et. al., *United State Government*, USA, Oxford, 2001, p. 384. La traducción es nuestra.

²⁷³ Para una mejor comprensión del caso “Marbury vs. Madison” véase CARBONELL, Miguel, ¿ *El tercero ausente? Escritos sobre el Poder Judicial*, 1a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 191-205.

Constitución y ambas son aplicables a un caso, de modo que la Corte debe decidirlo conforme a la ley desechando la Constitución, o conforme a la Constitución desechando la ley, la Corte debe determinar cuál de las normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución, y no la ley la que debe regir el caso al cual ambas normas se refieren.²⁷⁴

El elemento esencial de este control parte de la existencia de una norma suprema en todo el ordenamiento estatal, en este caso la Constitución. La supremacía de la Constitución respecto a todas las demás leyes ordinarias se debe a su carácter fundacional dentro el Estado. Es decir, al ser la Constitución la que determina el *frame* del Estado y las libertades de los individuos, por lo que todo poder del Estado emana de ella, es por ello que ninguna norma ordinaria debe contradecirla,. La supremacía constitucional y la rigidez constituyen la base legitimadora de todo control constitucional ejercido por los jueces.²⁷⁵

Para los norteamericanos estaba claro que la existencia de una Constitución que limitara el poder político dentro de Estado, requería que está se encontrase en un nivel jerárquico superior a toda norma y órgano estatal, por lo que el control de la constitucionalidad de las normas era un producto lógico de la supremacía constitucional. Sin embargo, lo interesante del modelo norteamericano fue el delegar tal control a la rama judicial, pues, se

²⁷⁴ Disponible en: http://www.cacheirofrias.com.ar/marbury_vs_madison.htm

²⁷⁵ Es partir de la supremacía de la constitución que los jueces están encargados de controlar las normas y leyes contrarios a ésta, esto es explicado a continuación por Allan R. Brewer-Carías: “Supremacía y rigidez, por tanto, son las condiciones esenciales para que pueda darse el control judicial de la constitucionalidad, el cual por tanto, en principio, sólo es posible en relación con las Constituciones rígidas, respecto de las cuales adquiere plena significación. Cuando un la ley fundamental es adoptada de manera estable, de forma que sus enmiendas y reformas sólo pueden realizarse mediante procedimientos especiales y no a través de procedimientos legislativos ordinarios, es que puede hablarse de posibilidad efectiva del control de constitucionalidad”. *Ibidem*, p. 21.

consideraba que la rama judicial era la menos proclive a violentar las libertades y el orden constitucional. Por supuesto, eran necesarios los requisitos de independencia e inamovilidad de los jueces; concepción, heredada de Inglaterra. La idea de un control de la constitucionalidad ejercido por los jueces encontraba ya cabida en los artículos periodísticos del *El Federalista*:

No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces.²⁷⁶

Bajo estos antecedentes fue posible que el *Chief Justice* John Marshall declarara la inconstitucionalidad de una norma emitida por el Congreso de los Estados Unidos por ser contraria a la Constitución en el caso de *Marbury vs Madison*. A partir de esta sentencia se sentaron las bases para el *judicial review* como medio para controlar la constitucionalidad de las leyes en manos de los jueces.

Un elemento interesante en la tradición anglosajona reside en los efectos de la sentencia, producto del control de la constitucionalidad, puesto que si bien los efectos de la anulación son *inter partes*, existe la posibilidad de aplicar un criterio de sentencia a otros casos similares gracias al principio de *stare decicis* (estarse a lo decidido). Gracias a este principio las decisiones tomadas por los

²⁷⁶ HAMILTON, A. et. al., *El Federalista*, 7ma. Reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 332.

tribunales serán obligatorias para los demás órganos jurisdiccionales de jerarquía inferior, logrando de este modo un efecto *erga omnes*.

Para concluir este apartado señaláremos las características esenciales de este sistema de control constitucional:

1. *El carácter normativo supremo de la Constitución*; sólo a partir del reconocimiento de la Constitución como norma superior de ordenamiento es posible que los jueces realicen el control de la inconstitucionalidad de las leyes.
2. *Es una facultad atribuida a todos los jueces*; además de la Suprema Corte todos los jueces de un país determinado disponen de la facultad de declarar inconstitucionales las leyes contrarias a la Constitución.
3. *El carácter incidental del control difuso*; el control de la constitucionalidad de las leyes sólo puede ser llevado a cabo en un proceso concreto que el juez este conociendo, de tal manera, que el objeto o asunto principal del proceso no es la inconstitucionalidad de la norma.
4. *El efecto inter partes de la decisión judicial*; cuando un juez declare inconstitucional una norma ésta no desaparece del ordenamiento jurídico simplemente es inaplicada en el caso concreto, sin embargo, como habíamos visto puede adoptar un carácter *erga omnes* a través de la doctrina del *stare decisis* o regulaciones del sistema de derecho positivo (jurisprudencia).
5. *Uniformidad de las sentencias*; son necesarios mecanismos para lograr la uniformidad de los criterios de las sentencias dictadas por los jueces a cargo de tribunales superiores.

C) Sistema mixtos

Se llama sistemas mixtos a los que han compatibilizado el sistema difuso con el sistema concentrado. En estos sistemas puede darse el caso que exista un órgano especializado que realice control concentrado y abstracto, mientras que los jueces están facultados para realizar un control incidental y difuso. Los efectos de la decisión del Tribunal constitucional o Corte Suprema serán *erga omnes*, mientras que las decisiones tomadas por los jueces serán *intra partes*. Este tipo de sistemas podemos observarlos en países como Perú, Grecia, Colombia, Guatemala, etc. Actualmente, muchos países han empezado a adoptar una mezcla de control concentrado y difuso, por lo que podemos decir que estamos ante un progresivo acercamiento y homogenización de los sistemas de control jurisdiccional de la Constitución.²⁷⁷

Para Mauro Cappelletti este fenómeno se debe al abandono de la “neutralidad” ética y política del positivismo, por lo que actualmente se busca afirmar la superioridad de los valores jurídicos contenidos en la Constitución a través del papel de los jueces constitucionales, todo esto con un solo objetivo: “la tentativa de superar a un tiempo el iusnaturalismo abstracto y el concreto pero efímero iuspositivismo que se había estado contraponiendo a aquél”.²⁷⁸

²⁷⁷ Mauro Cappelletti señala que actualmente es posible observar un acercamiento respecto a los dos sistemas de control de la constitucionalidad dentro de los Estados constitucionales, en palabras de Cappelletti: “El análisis de los desarrollos más recientes de los dos grandes sistemas, originariamente contrapuestos, de *judicial review* —el “difuso”, modelo americano, prevaleciendo en los países de *common law*, y el “concentrado”, de modelos austriaco y prevaleciente en los países del civil law—, nos ha llevado pues frente a una constatación que sobrepasa ampliamente el campo del derecho procesal constitucional: la constatación, por lo demás enunciada muchas veces por juristas capaces de no dejarse abismar por la fragmentariedad de las múltiples experiencias— y básteme nombrar por todos a Tullio Ascarelli, de un gradual proceso de acercamiento de las dos grandes familias del mundo jurídico occidental”. CAPPELLETTI, Mauro, *Obras. La Justicia... op. cit.*, p. 204.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 205.

2.3. LOS MEDIOS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El Estado de Derecho moderno se caracteriza –en la mayoría de los casos– por la existencia de una Constitución escrita la cual constituye la norma suprema y legitimadora del Estado. Como consecuencia de este carácter normativo supremo, son necesarios mecanismos de adecuación de los actos emitidos por el Estado respecto de la norma suprema. Estos mecanismos constituyen las “garantías” de la supremacía constitucional, y son llamados: *medios de control de la constitucionalidad*. El objetivo de los medios de control de la constitucionalidad es asegurar la no trasgresión del orden constitucional, y de ese modo, garantizar la supremacía de la Constitución. La inconstitucionalidad de las leyes puede devenir de la existencia de irregularidades en el proceso de formación de las mismas o de la contradicción de éstas con la Constitución. Los órganos a los cuales se encomienda dicha garantía pueden ser clasificados por su naturaleza en órganos políticos u órganos jurídicos.

Actualmente, las democracias constitucionales se caracterizan por delegar el papel del control constitucional a órganos de naturaleza jurisdiccional, ya sea a un órgano especializado (Tribunal constitucional) o a funcionarios de la judicatura (jueces con facultades constitucionales). Para Rubén Hernández Valle existen tres tipos principales de procesos constitucionales de control de la constitucionalidad:

1. La jurisdicción constitucional de la libertad; se refiere a la serie de instrumentos procesales dirigidos a la tutela de los derechos fundamentales.
2. La jurisdicción orgánica; son los instrumentos de resolución de conflictos entre los poderes y órganos del Estado, en relación a sus atribuciones y competencias.

3. La jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitaria; son aquellos procesos que surgen por el conflicto de la aplicación de normas de Derecho Internacional con la Constitución de un Estado.²⁷⁹

Esta clasificación pretende abarcar la multiplicidad de medios jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, sin embargo, existen otros criterios de clasificación, lo anterior, debido a las distintas formalidades que pueden adoptar medios de control de la constitucionalidad. Por ello, utilizaremos el modelo propuesto por Néstor Pedro Sagüés, quien de acuerdo a las modalidades que pueden tomar los medios de control en sus procedimientos los clasifica de la siguiente manera:

- A) Por el momento del control.
- B) Por el modo de articular la pretensión de declaración de inconstitucionalidad.
- C) Por la habilitación del trámite de control.
- D) Por los sujetos autorizados a impulsar el trámite.²⁸⁰

A) Por el momento de control

Este criterio toma en consideración el momento en que la norma objeto de control es impugnada. Respecto al momento del control pueden darse tres variantes:

1. Control preventivo: este tipo de control tiende a derogar las normas antes de que éstas sean promulgadas, entre los países se ubican en este supuesto encontramos Irán (Consejo de Custodios) y Francia (Consejo Constitucional)

²⁷⁹ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Introducción al... op. cit.*, pp. 11-12.

²⁸⁰ SAGÜES, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, 4a. ed., Astrea, 2002, pp. 69-79.

2. Control reparador: este control neutraliza los efectos de las normas después de que éstas hayan sido promulgadas. Entre los países que cuenta con este tipo de control encontramos a Estados Unidos, Alemania, España, México, Turquía, etc.

3. Control mixto: se presenta cuando existe la posibilidad de impugnar una norma antes o después de su promulgación.

B) Por el modo de articular la pretensión de declaración de inconstitucionalidad

A través del medio en que puede impugnarse la constitucionalidad de una norma, puede realizarse de dos maneras:

1. Control por vía de acción o control abstracto: a través de una pretensión principal, por un medio procesal determinado, se plantea la inconstitucionalidad de una norma, en caso de serlo se da lugar a una “acción declarativa” de inconstitucionalidad. La persona interesada en plantear la inconstitucionalidad de la norma no necesita ser demandada, es decir, quien promueve la pretensión de constitucionalidad no tiene ninguna relación jurídica específica con la norma objeto de control.

2. Control por vía de excepción o concreto: es de carácter incidental, a través de un juicio ordinario, donde la pretensión principal no es la inconstitucionalidad de la norma, se plantea la inaplicación de la norma al caso concreto por inconstitucionalidad. Puede instrumentarse de dos maneras, por vía acción directa (un amparo) o por vía de excepción (por vía de defensa).

3. Control automático; es aquel control donde la Corte toma de oficio para su conocimiento el caso de inconstitucionalidad de una norma. En Colombia existe este tipo de control.

C) Por la habilitación del trámite de control

Dependiendo de los requisitos para acceder al control constitucional, pueden existir dos tipos de control:

1. Control condicionado; antes de realizar el control de la constitucionalidad es necesario la realización de un “preexamen” realizado por un sujeto u órgano distinto al órgano controlador. El objetivo de este “preexamen” es evitar la sobrecarga de trabajo al órgano de control. Entre los países que cuenta con un control condicionado están Alemania, España Italia y en Estados Unidos (en el caso de *writ of cerciorati*).

2. Control incondicionado; es aquel que no exige un examen anterior –realizado por un órgano distinto al controlador– al control de la constitucionalidad. Aunque como bien señala Sagües, la mayoría de los países establece requisitos formales para conocer sobre la constitucionalidad de las normas, sin embargo, estos requisitos no implican un “preexamen” de la pretensión.²⁸¹

D) Por los sujetos autorizados a impulsar el trámite

Este criterio toma en consideración los sujetos habilitados para plantear la inconstitucionalidad de una norma. Cada país habilita a distintos órganos o personas la posibilidad de impugnar una norma para su posterior examen de inconstitucionalidad, sin embargo en cada caso son distintos, por lo que Pedro Néstor Sagües los clasifica en:

1. Control restringido; cuando el número de entes autorizados para plantear una pretensión de inconstitucionalidad es limitado, y no comprende a los particulares afectados por la norma. Es muy común este sistema en los países con control preventivo.

²⁸¹ Cfr. *Ibidem*, p. 478.

2. Control amplio; los particulares agraviados pueden recurrir por sí mismos ante los órganos controladores.

3. Control amplísimo; cuando cualquier persona, aun no siendo afectada por la norma, puede impugnar una norma por ser inconstitucional.

2.4. SENTENCIAS CONSTITUCIONALES²⁸²

A diferencia de las sentencias emitidas en un juicio ordinario, las sentencias constitucionales tienen un carácter especial, pues ellas pueden suponer la derogación de una norma jurídica o incluso su modificación. El poder con el que cuenta los órganos de control de la constitucionalidad es muy grande, puesto que la decisión judicial de anular un acto o una ley puede implicar la modificación de un plan político (acordado por la mayoría democrática) y en consecuencia, limitar la autonomía de los órganos políticos del Estado. Es por ello que la jurisdicción constitucional (jueces y magistrados constitucionales) deben fundar y motivar sus decisiones en la Constitución.²⁸³ En este sentido, son las sentencias constitucionales un objeto de estudio de suma importancia, pues ellas suponen el producto de la contrastación, por parte de la jurisdicción constitucional, de las leyes o actos con la Constitución.

De tal manera que hemos decidido dividir en dos apartados lo relacionado con las sentencias constitucionales. En el primero señalaremos una

²⁸² Para la elaboración de este inciso utilizamos las siguientes obras: HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Introducción al... op. cit.*, pp. 87-101; SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Elementos de Derecho Procesal Constitucional*, 1a. ed., México, SCJN, 2006, p. 69-73; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, 1a. ed., México, Porrúa, 2011, t. I, 148- 165 y; ZAMUDIO-FIX, Héctor y MAC-GREGOR, Ferrer, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, 1a. ed., México, 2009, 31-41.

²⁸³ Respecto a los criterios objetivos que debe seguir la jurisdicción constitucional, nos referiremos en el siguiente apartado.

tipología de las sentencias constitucionales, mientras que en el segundo enunciaremos los efectos que pueden tener las mismas.

A) Tipos

A.1. Sentencias estimatorias de inconstitucionalidad simple

En estas sentencias el objeto del control son las normas jurídicas y los actos contrarios a la Constitución, el papel del órgano controlador es decidir sobre la constitucionalidad de la misma. Si la decisión es estimatoria la norma será sacada del ordenamiento jurídico, de tal modo que el órgano controlador actúa como un “legislador negativo”. Esta clase de sentencias son comunes en los países que cuenta con un Tribunal constitucional. Este tipo de sentencias se subdivide en:

a) *Sentencias que contienen una declaratoria de inconstitucionalidad parcial*; cuando se declara inconstitucional una parte del acto o conjunto de disposiciones, considerando las restantes como constitucionales. En este caso, puede declararse que ciertos artículos de una ley son inconstitucionales, pero de esta declaratoria no deviene la inconstitucionalidad de los demás artículos.

b) *Sentencias que contienen una declaratoria de inconstitucionalidad total*; éstas afectan a todo el texto normativo o el acto que fue impugnado.

A.2. Sentencias exhortativas o bilaterales

En estas sentencias el juez constitucional al considerar una ley inconstitucional no la declara nula, en cambio, exhorta al legislador su posterior modificación para resarcir su carácter inconstitucional en un tiempo determinado. Pueden darse tres variantes:

- a) Declaración de que una ley que todavía no ha llegado a ser inconstitucional, sin embargo, el legislador debe cambiarla para evitar su posterior inconstitucionalidad.
- b) Declaratoria de inconstitucionalidad de la ley sin su nulidad, pero los efectos motivados de su inconstitucionalidad no tendrán efectos.
- c) Sentencias con recomendaciones y observaciones al legislador para evitar la inconstitucionalidad de la ley.

A.3. Sentencias Interpretativas

Son aquellas que establecen una interpretación concreta y distinta al contenido literal de la norma objeto de control. Existen dos variantes de éstas:

- a) *Inconstitucionalidad por interpretación errónea o aplicación indebida de una norma en un caso concreto*; en este caso no se declara inconstitucional la norma *per se*, en cambio, se declara de inconstitucional una interpretación determinada de la misma.
- b) *Inconstitucionalidad por los efectos del texto o de la norma impugnada*; su nulidad no deviene de su aplicación directa, sino, porque su aplicación modifica de manera indirecta otras que normas que pueden resultar en una violación a la Constitución.

A.4. Sentencias Aditivas o que integran el vacío constitucional

Son aquellas que son dictadas en los casos de inconstitucionalidad por omisión legislativa, en este caso la inconstitucionalidad no deviene por el contenido de la norma si no por los efectos de su ausencia. Este tipo de sentencias se dan cuando hay una afectación a un grupo de personas ocasionada por lo que la norma “prevé” o “no prevé” en una situación jurídica.

Para Rubén Hernández Valle el objetivo primordial de estas sentencias es el principio de igualdad ante la ley:²⁸⁴

Estas sentencias, en consecuencia, anula la norma impugnada “en cuanto...” su regulación beneficia o perjudica exclusivamente a determinadas categorías de sujetos por motivos no justificados ni razonables, ya que tal exclusión o discriminación implica una clara violación al principio de igualdad ante la ley.

A.5. Sentencias Sustitutivas

Son aquellas sentencias que introducen nuevas disposiciones al ordenamiento jurídico con efecto *erga omnes*. Pueden ser de dos clases:

- a) *Las que introducen una nueva norma al ordenamiento jurídico*; en estas sentencias el juez al modificar la norma actúa como un legislador al introducir una norma distinta a la que fue objeto del control.
- b) *Las que ponen en vigencia una norma derogada*; para evitar el vacío legal ocasionado por la anulación de una norma declarada inconstitucional, el juez constitucional pone nuevamente en vigencia una norma derogada.

A.6. Sentencias estimatorias de desaplicación

Son aquellas que aun declarando la inconstitucionalidad de la norma o acto impugnado no anulan, sólo la desaplican al caso concreto. En este caso es realizado un control concreto de la constitucionalidad.

A.7. Sentencias denegatorias

Son aquellas que niegan la impugnación de inconstitucionalidad de la norma, esta negación puede darse a través de argumentos o por la existencia de precedentes que limiten la interpretación de la normas.

²⁸⁴ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Introducción al... op. cit.*, p. 94.

B) Efectos

B.1. Efectos en cuanto a los destinatarios

De acuerdo a los sujetos destinatarios del control constitucional éstos se dividen en:

a) *Efectos para el caso concreto*; el fallo de la sentencia sólo circunscribe al caso sentenciado, por lo que sólo se inaplicara la norma a las partes del juicio. Este es un caso típico de control difuso, donde el juez al conocer de manera incidental la inconstitucionalidad de las normas jurídicas puede considerar que existe una violación del orden constitucional, si éste emite una sentencia estimatoria respecto a esta inconstitucionalidad, los efectos sólo serán aplicables para la parte que pidió la inconstitucionalidad. Sin embargo, esta decisión puede tener efectos en otros casos gracias al *stare decicis* o la jurisprudencia emitida por la jurisdicción constitucional.

b) *Efectos erga omnes*; la declaración de inconstitucionalidad de la norma supone la derogación total de la norma del ordenamiento jurídico. Cuando el tribunal constitucional (control concentrado) emite una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de una ley, por consiguiente, elimina la norma o acto impugnado. La sentencia estimatoria surte efectos abrogativos o *erga omnes* hacia el futuro, es decir, las normas desaparecen como si hubieran sido derogados. En el caso de una cuestión de inconstitucionalidad, la sentencia también tiene efectos para el caso que realizó la cuestión.²⁸⁵

B.2. Efectos en el tiempo

Con referencia la proyección temporal de los efectos de la sentencia, estos se dividen en:

²⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 110.

a) *Efectos no retroactivos (ex nunc)*; los efectos de la norma declarada inconstitucional no son retroactivos, es decir, sólo es efectiva a partir de su declaración de inconstitucionalidad. En este caso las relaciones o situaciones jurídicas derivadas de la vigencia de la norma declarada inconstitucional seguirán teniendo efectos jurídicos.

b) *Efectos retroactivos (ex tunc)*; los efectos de la nulidad de la norma son retroactivos, aunque con ciertos límites. Por lo general, las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad tienen efectos retroactivos respecto a la fecha de vigencia de la norma o acto declarado de inconstitucional. La razón de esta inconstitucionalidad retroactiva se encuentra en la necesidad de evitar la preservación de situaciones jurídicas que impliquen una violación al orden constitucional. En el caso de procesos penales, la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad tiene efectos retroactivos a favor del condenado en un juicio penal-administrativo (a *contrario sensu*, si no es benéfica, no se aplicara la retroactividad). Sin embargo, esta retroactividad tiene límites. Estos límites, como señala Rubén Hernández Valle,²⁸⁶ se refieren a las situaciones jurídicas extinguidas. Estas situaciones jurídicas son las siguientes:

1. Derechos adquiridos de buena fe.
2. Relaciones o situaciones jurídicas consolidadas por prescripción, caducidad, teniendo como fundamento la seguridad jurídica.
3. Sentencias pasadas con autoridad de cosa juzgada material, que no pueden ser declaradas inconstitucionales por suponer una violación al principio de seguridad jurídica.²⁸⁷

²⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 114.

²⁸⁷ Cfr. *Ídem*.

La principal razón de estos límites es el principio de seguridad jurídica, es decir, la abrogación de las normas inconstitucionales no debe suponer una afectación a situaciones jurídicas o efectos pasados que impliquen una inestabilidad del sistema normativo, en otras palabras, el ordenamiento jurídico debe garantizar ciertas consecuencias jurídicas a los individuos.

B.3. Efectos de Cosa Juzgada

Los Tribunales constitucionales al ser el último órgano de control de la constitucionalidad sus sentencias adquieren el carácter de cosa juzgada, por lo que éstas no pueden ser impugnadas por recurso alguno y son obligatorias para todas las autoridades del Estado. Sin embargo, las decisiones doctrinales adoptadas en la sentencia emitida por el órgano controlador no vinculan necesariamente al mismo, en palabras de Joaquín Brage Camazano:²⁸⁸

Se plantea también la cuestión de si la autoridad de cosa juzgada vincula la propia Suprema Corte en cuanto a la doctrina formulada y a la interpretación por ella sostenida y aquí hay que entender que la Suprema Corte no está absolutamente “atada” por sus decisiones anteriores, sino que, puesto que la Constitución no es una fórmula matemática ni puede tampoco ser un texto muerto, puede el alto tribunal rectificar criterios anteriores, lo que en cualquier caso habrá de hacerse sólo en ocasiones contadas, con prudencia y, como hemos dicho al hablar de la argumentación, con una fundamentación especialmente intensa.

La no vinculación a decisiones pasadas de los altos tribunales es llamado *overruling*, los tribunales pueden modificar un criterio de jurisprudencia anterior, sin embargo, es necesario que los jueces constitucionales señalen las razones del cambio de decisión a través de una sólida argumentación jurídica.

²⁸⁸ BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, 1a. ed., México, UNAM, 2005, p. 363.

2.5. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La tarea de los jueces no sólo consiste en la aplicación directa de la norma al caso concreto, pues lo que parece un proceso sencillo en la realidad supone un proceso deductivo complejo. En la mayoría de los casos el juez necesita desentrañar el contenido de la norma para de esta manera aplicarla al caso concreto. La interpretación judicial supone “el conjunto de procesos lógicos que atribuyen un significado a una norma o describen el sentido de sus enunciados”.²⁸⁹ La Constitución al ser una norma, también puede ser interpretada, sin embargo, debido al carácter primordial de ésta, su interpretación es distinta a la interpretación común de las normas jurídicas secundarias u ordinarias. La interpretación constitucional para Gabriel Mora Restrepo se caracteriza por cuatro puntos esenciales:²⁹⁰

1. En materia constitucional se resuelven cuestiones con base en normas de significa complejo y abierto. Resultando en un amplio margen de interpretación para los jueces “cualificados” para su interpretación.
2. La interpretación constitucional se caracteriza por la presencia de valores plurales, los cuales pueden orientar el sentido de la decisión. La gran carga axiológica del contenido constitucional puede alterar las pautas de decisión de los jueces.
3. La posición de privilegio de los tribunales constitucionales, supone que sus decisiones no sean controlables convirtiéndolos en “la última palabra” respecto a un asunto.

²⁸⁹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, „Interpretación jurídica”, Nuevo diccionario jurídico mexicano, 8a. ed., Porrúa, 1995.

²⁹⁰ MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, 1a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 18-22.

4. Debido a su posición privilegiada, pueden realizar actividades que tengan naturaleza o consecuencias políticas respecto de los demás poderes del Estado.

Si bien cada individuo puede interpretar la Constitución, solamente la interpretación realizada por los órganos “cualificados” por la misma tiene efectos en el mundo jurídico, en este caso serían el legislador y el Tribunal constitucional. El primero es considerado como un intérprete primario ya que es quien determina el sentido original de la norma al crearla, mientras que el segundo constituye un intérprete secundario de la norma legislada. Sin embargo, el Tribunal constitucional es considerado como el intérprete supremo de la Constitución, ya que sus decisiones no pueden ser sujetas de control por otro órgano.

La interpretación realizada por los jueces constitucionales ha causado muchos problemas para quienes consideran que al interpretar el sentido de las normas constitucionales, los jueces puedan suplantar el papel del legislador. La crítica radica en la falta de legitimidad democrática de los órganos jurisdiccionales del control de la constitucionalidad.²⁹¹

Para Eduardo García de Enterría la interpretación realizada por los tribunales y jueces constitucionales permite la existencia de controles a los poderes políticos, y es beneficiosa a la democracia debido a que los jueces

²⁹¹ Respecto a esta crítica Eduardo García de Enterría plantea una respuesta a dicha objeción al control jurisdiccional: “No es cierto que la justicia constitucional intente eliminar a la política para ponerse en su lugar. Por el contrario, [...], una de sus funciones básicas de la jurisdicción constitucional es la de mantener abierto el sistema, la de hacer posible su cambio permanente, el acceso al poder de las minorías más o menos ocasionales, lo cual es por de pronto también un hecho de experiencia fácilmente comprobable. Y se comprende fácilmente que esta apertura del sistema sea precisamente más posible cuando la asegura un Tribunal Constitucional como intérprete de una Constitución democrática que no cuando queda confiada a la buena voluntad del partido en el poder cada momento”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *op. cit.*, véase nota *supra* no. 98, p. 200-201.

están sometidos al principio de interpretación conforme a la Constitución.²⁹² De tal manera que los jueces están limitados por el mismo contenido de la Constitución, y de esta forma la Constitución realmente actúa como parámetro objetivo del control.

Sin embargo, actualmente los Tribunales constitucionales han establecido una serie de requisitos racionales, con la finalidad de asegurar que la decisión o interpretación que se realice no pueda parecer una mera decisión discrecional. La Constitución al contener principios de difícil interpretación, otorga una libertad interpretativa muy grande a los órganos de control. De tal índole, que los órganos de control de la constitucionalidad han establecido criterios objetivos al momento de emitir sus sentencias. A partir de estos procedimientos lógicos, las decisiones de los jueces constitucionales adquieren un carácter objetivo, gracias al uso de una metodología y de la argumentación jurídica.²⁹³ A partir de estos criterios de corrección en las sentencias de los órganos de control de la constitucionalidad, se garantiza que las decisiones tomadas por los órganos controladores no sean producto de la discrecionalidad de los controladores, sino del propio carácter corrector de la Constitución dentro del Estado constitucional. Estos criterios en cuestión, son los siguientes:

²⁹² Para Eduardo García de Enterría el principio de interpretación conforme debe entenderse por: “no es la simple afirmación formal de que cualquier Ley se tendrá por válida hasta que sea declarada inconstitucional, sino que implica materialmente algo más, lo siguiente: primero, una confianza otorgada al legislativo en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una Ley no puede ser declarada inconstitucional mas que cuando no exista “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución; tercero, que cuando una Ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación inconstitucional habrá que presumir que, siempre que sea razonablemente *posible*, el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha Ley es precisamente dentro de los límites constitucionales”. *Ibidem*, p. 102. Las cursivas son nuestras.

²⁹³ Respecto a estos criterios objetivos dentro de las sentencias emitidas por el órgano constitucional Carlos Bernal Pulido nos dice lo siguiente: “Una sentencia constitucional representa una decisión correcta sólo si está correctamente justificada [...] La corrección de la jurisprudencia aumenta con base en la posibilidad que tenga la Corte Constitucional de argumentar correctamente [...] Entre mayor sea la corrección con la cual la Corte Constitucional valora los argumentos interpretativos de la ley y las disposiciones constitucionales, mayor será la corrección con la cual la decisión se verá fundamentada”. BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho...*, *op. cit.*, véase nota *supra* no. 246, p. 61.

- Racionalidad; este criterio se refiere a la necesidad de objetividad en las sentencias jurídicas. Pero, al ser la objetividad en la interpretación constitucional un ideal difícilmente alcanzable –debido a lo abstracto de las normas constitucionales–²⁹⁴ se establecen ciertos criterios para que las sentencias constitucionales sean racionales. Los criterios de racionalidad funcionan como las reglas procesales al aplicar el principio de proporcionalidad, y también dan razonabilidad a la sentencia.²⁹⁵ Carlos Bernal Pulido realiza una lista sobre los criterios de racionalidad que deben cumplir las sentencias constitucionales:

- 1) Claridad y consistencia conceptual; por claridad se refiere a que las sentencias puedan ser entendidas por la partes que intervienen el proceso y la comunidad del Estado. Mientras que por consistencia, se refiere a que no deben existir contradicciones en los argumentos esgrimidos por los tribunales en sus sentencias, respecto de aquellos que han utilizado anteriormente.
- 2) Consistencia normativa; los argumentos en las sentencias constitucionales deberán ser aplicados con los mismos resultados a hechos idénticos o análogos. En caso de que se empleen distintos argumentos, estos deberán estar justificados.
- 3) Saturación; Todos los argumentos deben ser completos, es decir, deben tener todas sus premisas.

²⁹⁴ Respecto a este ideal en las sentencias constitucionales Bernal Pulido no señala: “En los casos complejos emergen múltiples incertidumbres –de tipo analítico, normativo y fáctico– que suscitan polémicas y conflictos de opinión que no pueden resolverse mediante la aplicación de procedimientos interpretativos de tipo algorítmico. En estos casos, la corrección de la decisión y de los argumentos adoptados en la motivación no puede ser valorada mediante criterios objetivos, sino sobre la base del cumplimiento parcial de algunos criterios de racionalidad”. *Ibidem*, p. 62.

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 70-71.

- 4) Respeto a la lógica deductiva; las sentencias deben obedecer las reglas de la lógica deductiva.
 - 5) Respeto de las cargas de la argumentación; los argumentos de las sentencias serán más racionales en medida que deriven de principios como el *indubio pro libertate*.²⁹⁶
 - 6) Consistencia argumentativa y coherencia; por consistencia argumentativa, se refiere, a la ausencia de contradicciones en la totalidad de los argumentos que esgrime el órgano controlador. En cambio, por coherencia se refiere a la exigencia de que las proposiciones del órgano controlador estén justificadas por reglas o principios del ordenamiento jurídico.
- Principio de proporcionalidad; cuando los órganos de control de la constitucionalidad intervienen en un derecho fundamental (por ejemplo, en los casos de conflictos entre derechos), el órgano controlador debe cumplir con una serie de exigencias (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto)²⁹⁷ para justificar su intervención.²⁹⁸ El principio de proporcionalidad representa una estructura argumentativa que permite al órgano controlador fundamentar la interpretación que

²⁹⁶ Respecto a este principio hablaremos en el último capítulo.

²⁹⁷ Sobre estas exigencias hablaremos más adelante.

²⁹⁸ Gloria Patricia Lopera Mesa considera que para que la intervención de la justicia constitucional sea válida debe cumplir con los siguientes requisitos: “1) persiga un fin constitucional legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesario, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con la medida legislativo”. LOPERA MESA, Gloria Patricia, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en Carbonell, Miguel y Grández Castro, Pedro P. (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010, p. 160.

realice de los derechos fundamentales, al señalar el peso que debe dárseles en un caso de conflicto entre los mismos.²⁹⁹

- Principio de razonabilidad; respecto al principio de razonabilidad Carlos Bernal Pulido nos señala que existen múltiples acepciones al concepto razonabilidad, pero de entre esta multiplicidad, dos son las más importantes.³⁰⁰ La primera entiende razonabilidad como un concepto subsidiario de racionalidad, es decir, una decisión es razonable si sigue el conjunto de reglas racionales (mencionadas en el principio de racionalidad). La otra por su parte, se refiere a razonabilidad como interdicción de arbitrariedad, una decisión no es arbitraria y discrecional sólo si está fundamentada en una razón jurídica legítima. En este caso una decisión que no este fundada y motivada en al Constitución o en la ley, no es razonable.

Como podemos observar estos criterios de corrección de las sentencias constitucionales permiten que las decisiones de los órganos de control constitucional puedan ser limitadas respecto a criterios racionales. La necesidad de estos requisitos obedece a las críticas que la justicia constitucional recibe por parte de los demócratas y procedimentalistas, quienes critican la discrecionalidad de la jurisdicción constitucional, al ser éstos los últimos verificadores del orden constitucional.

2.6. LAS CUESTIONES POLÍTICAS COMO ACTOS NO JUSTICIABLES

La función que realizan los Tribunales constitucionales al declarar inconstitucionales normas y actos no sólo tiene efectos jurídicos, sino también

²⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 181-182.

³⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 68.

políticos. Es indudable que el rol de los jueces al ejercer el control constitucional puede representar realmente una decisión política, puesto que la inaplicación de una ley puede afectar el rumbo político de un país.³⁰¹ A través de sus decisiones los Tribunales y jueces constitucionales fijan posturas políticas al anular o modificar la interpretación de normas que han sido sujetas al control constitucional. Sin embargo, aunque el control constitucional tiene por objeto todas las normas y actos emanados del Estado, existen ciertas decisiones políticas que se encuentran fuera del control constitucional y que reciben el nombre de “*Political Questions*”.

Las *Political Questions* tienen su origen en la labor jurisprudencial de la Suprema Corte de Estados Unidos, y suponen los casos que la jurisdicción constitucional no puede conocer por ser actos de trascendencia política para un país. El origen de esta inmunidad de las decisiones políticas del Estado fue otro producto de la famosa sentencia “*Marbury v. Madison*”, en ella, John Marschall no sólo instauro la *judicial review* de las leyes, sino además, señaló cuáles eran los límites respecto a esta nueva facultad autoabrogada a la judicatura:

La competencia de la Corte consiste, únicamente, en decidir acerca de los derechos de los individuos y no en controlar el cumplimiento de los poderes discrecionales del presidente o sus ministros. Los asuntos, que por su naturaleza política o por disposición constitucional o legal, están reservados a la decisión del Ejecutivo, no pueden estar sometidos a la opinión de la Corte.³⁰²

³⁰¹ Albert B. Bianchi también reconoce el papel político que juegan los tribunales constitucionales dentro del Estado constitucional: “No caben dudas de que la Corte es una permanente e inevitable creadora de políticas y esto ha sido uno de los motivos de cuestionamiento permanente a su legitimación para hacerlo”. BIANCHI, Albert B., *Control de constitucionalidad*, 1a. ed., Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Dealam, 1992, t II, pp. 158.

³⁰² Disponible en: http://www.cacheirofrias.com.ar/marbury_vs_madison.htm

John Marshall consciente del poder que se auto-otorgaba la Suprema Corte, decidió limitar el campo de acción de la misma asumiendo una posición de *self restrain* en el ejercicio del control jurisdiccional respecto de las decisiones políticas. De este modo, se creó una inmunidad a una gran cantidad de decisiones provenientes de la autoridad, ya que el mismo concepto de “cuestiones políticas” es muy ambiguo.

Existen varios precedentes en los cuales la Corte norteamericana ha decidido no entrometerse por ser actos de gobierno y políticas públicas, sin embargo, el caso más emblemático respecto a las “*Political Questions*” es el caso “*Luther v. Borden*”. En este caso Martin Luther impugnó de inconstitucional una irrupción a su casa por parte de unos milicianos que buscaban a un hombre acusado de realizar un golpe de Estado. Martin pedía a la Corte la reparación de los daños de su casa, y a través de la *Cláusula de Garantía* de la Constitución que se declarase ilegal el gobierno de Rhode Island. El *Chief Justice* Roger Taney desestimó la petición, arguyendo que se trataba de una cuestión política ajena al control jurisdiccional.

Otra sentencia que estableció los criterios rectores de las *Political Questions* fue el caso “*Baker vs Carr*”, en ella se establecieron justificantes para que la justicia constitucional no conociera de decisiones políticas. Para Eloy Espinosa, los argumentos pueden resumirse en los siguientes:³⁰³

- Por ser materias confiadas por la Constitución a los entes políticos de cada Gobierno.
- Al tratarse de asuntos donde existe una ausencia jurídica distinguible y aplicable.

³⁰³ ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “Las „cuestiones políticas”, en MANILI, Pablo Luis (coord.), *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, México, Porrúa, 2011, pp. 31-32.

- En problemas donde debe darse una decisión política en materias discrecionales del gobierno y no de la judicatura.
- Por violentar la actividad de otras ramas del Gobierno.
- Por existir una necesidad de adherirse a decisiones políticas ya tomadas.
- Por la inconveniencia de que existan múltiples decisiones respecto aun caso.

Existe una gran variedad de sentencias donde la Corte Suprema de Estados Unidos ha declarado la imposibilidad de ejercer control por tratarse de cuestiones políticas. Aunque en cada caso los argumentos han sido distintos, existen puntos sobre los cuales siempre recae esta negativa de control jurisdiccional, por lo que Albert B. Bianchi agrupa en tres grandes grupos los actos excluidos del control jurisdiccional, los cuales son:³⁰⁴

a) Política exterior; esta comprende las relaciones internacionales y los poderes de guerra especiales.

b) Política interior; ésta a su vez se divide en tres grupos importantes que son: poderes del gobierno nacional (poderes políticos de emergencia, reforma constitucional, sanción de leyes, juicio político, conflicto entre cámaras legislativas, veto presidencial, indulto y amnistía, gobiernos de facto y presupuesto de la nación); régimen federal (garantía federal e intervención federal, conflictos entre poderes de los estados y límites interprovinciales) y; cuestiones electorales y *partidos políticos*.

C) Cuestiones administrativas; se refiere a la no intervención de una determinada política administrativa o aquellas políticas económicas en manos del Poder Legislativo.

³⁰⁴ BIANCHI, Albert B., *op. cit.*, pp. 158-163.

Estados Unidos no es el único lugar donde existen limitaciones al control jurisdiccional sobre decisiones políticas, en otros países también podemos observar esta inmunidad de la justicia constitucional, por ejemplo, en Alemania con las *politischen Fragen* o en México por la imposibilidad de impugnar cuestiones electorales a través del Amparo.

Sin embargo, como Albert B. Bianchi nos señala³⁰⁵ actualmente esta doctrina se está replegando, puesto que los Tribunales constitucionales y los jueces constitucionales están conociendo sobre cuestiones políticas en manos de poderes eminentemente políticos. La razón del control constitucional respecto de estos actos yace en que la mayoría de las veces estas cuestiones políticas tienen un fundamento constitucional.

Además, hay que subrayar que la existencia de decisiones políticas con un amplio rango de discrecionalidad por parte de la autoridad y sin posibilidad de un control es por sí mismo contrario a los principios del constitucionalismo.³⁰⁶

Las llamadas decisiones políticas han ido perdiendo su inmunidad y están empezando a ser controladas por órganos jurisdiccionales. Un elemento esencial de este movimiento se debe a la legitimidad que los Tribunales constitucionales han ido adquiriendo a través de la protección de los derechos fundamentales ante la sociedad. Los derechos fundamentales al constituir las garantías de las libertades de los individuos, deben ser oponibles ante todo poder dentro del Estado. En este sentido, que las cuestiones políticas sean

³⁰⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 285.

³⁰⁶ En palabras de Eloy Espinosa-Saldaña Barrera: “Es Estado Constitucional, guste más o menos a algunos, parte de presuponer que nadie puede concentrar todo el poder, si lo que finalmente se busca es asegurar el pleno ejercicio de los Derechos Fundamentales. [...] Entonces, y para evitar el abuso de quien tiene autoridad, sin duda es conveniente y hasta necesario que se ejerza control sobre las acciones ejercidas por dichas autoridades, aun cuando las mismas tengan un carácter discrecional y se encuentren dentro del ámbito de lo que podríamos más bien considerar el campo de “lo político”, incluso en un sentido que cabría reputar como más estricto”. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “Las cuestiones... *op. cit.*, pp. 42-23.

justiciables por la justicia constitucional es congruente con el papel que detenta la Constitución dentro del Estado. En otras palabras, sólo a partir del control de aquellos poderes dentro de un Estado es posible ser congruente con el principio de supremacía constitucional.

En este sentido el control de la justicia constitucional respecto de órganos netamente políticos, por ejemplo los partidos políticos, no sólo es posible, sino necesario. El control del poder político por parte de la Constitución, a través de la justicia constitucional, obedece al papel supremo de la Constitución. La Constitución al contener, en materia política las reglas del juego democrático y la dimensión sustancial de la democracia, es superior a cualquier ente dentro del Estado y por ello la misma debe ser actualizada por los órganos de control de la constitucionalidad.

2.7. CONCLUSIONES DEL TEMA

El emplear el término de “justicia constitucional” –respecto de otros términos que hacen referencia al control constitucional realizado por órganos de naturaleza jurídica– tiene la ventaja de que nos permite abarcar la totalidad de los fenómenos procesales en materia constitucional, así como también los principios de la teoría de la Constitución. En este sentido, la justicia constitucional se refiere a todos los medios de tutela de la Constitución que tienen por objeto salvaguardar el papel supremo de ésta. Los medios de control de la constitucionalidad son los mecanismos de verificación con los que cuenta la Constitución para salvaguardar el orden constitucional. A partir de a quién corresponde dicha facultad de control, los sistemas de control de la constitucionalidad se dividen en difuso y concentrado, sin embargo, en la actualidad podemos observar un acercamiento entre estos dos sistemas.

Las sentencias emitidas por la jurisdicción constitucional son de gran importancia dentro de las democracias constitucionales, puesto que son éstas las que determinan si una norma es derogada del sistema jurídico o solamente es inaplicada al caso concreto. Las sentencias pueden ser de distinta índole, por lo que no sólo existen sentencias que declaran o no la constitucionalidad de una norma o un acto, sino también, hay sentencias que pueden integrar las omisiones del Poder Legislativo o modificar criterios de interpretación. Esta facultad de interpretar la Constitución en manos de los órganos de control de la constitucionalidad es muy criticada por el grado de discrecionalidad con el que cuentan los jueces constitucionales. Es por ello, que se han establecido criterios de corrección de las sentencias constitucionales. Es decir, a partir de ciertos requisitos objetivos se limita la discrecionalidad del juez y se asegura, en el mayor grado posible, que los argumentos que fundamenten la decisión del órgano controlador partan de la Constitución misma.

Por último mencionamos la separación que existió entre el control constitucional y la materia política. Esta imposibilidad de conocer de cuestiones políticas en manos de la justicia constitucional, se debió a la concepción de que el control constitucional no debía intervenir en el gobierno del Estado. Sin embargo, a partir del papel que actualmente ha retomado la Constitución, como norma suprema y fundante del Estado, esta limitante ha ido desapareciendo, de tal modo, que hoy en día la justicia constitucional puede conocer de asuntos netamente políticos, entre ellos, de los partidos políticos.

CAPÍTULO TERCERO.- PARTIDOS POLÍTICOS

3.1. UNA BREVE CONSIDERACIÓN RESPECTO A LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Los partidos políticos constituyen un elemento esencial en todo régimen democrático, de tal suerte que no es posible desligar a estos de cualquier régimen político que ostente el carácter de democrático. Estas asociaciones que incorporan a distintos ciudadanos en un Estado, representan para autores como Han Kelsen un requisito *sine qua non* de toda democracia, a tal grado que llega a afirmar: “La democracia moderna descansa, puede decirse, sobre los partidos políticos, cuya significación crece con el fortalecimiento progresivo del principio democráticos”.³⁰⁷ A través de los partidos políticos los ciudadanos se unen y adquieren una mayor fuerza política, si bien la autonomía individual constituye uno de los elementos esenciales de la democracia, es través de los partidos políticos que las distintas ideologías dentro de un Estado adquieren fuerza y voz al acceder a los distintos cargos de elección popular.³⁰⁸

La existencia de los partidos políticos es una consecuencia del fenómeno de la representación política –como habíamos visto anteriormente– debido al crecimiento demográfico dentro de los Estados modernos, fue necesario delegar las decisiones políticas a ciertos individuos electos a través del voto ciudadano. Si bien en un principio se consideraba que la voluntad del pueblo era homogénea dentro de un Estado, lo que realmente sucedió fue que al ampliar el sufragio a un mayor número de personas ocasionó que las distintas

³⁰⁷ Cfr. KELSEN, Hans, *op. cit.*, véase nota *supra* no. 4, p. 35.

³⁰⁸ Respecto a este punto Hans Kelsen señala: “Es patente que el individuo aislado carece por completo de existencia política positiva por no poder ejercer ninguna influencia efectiva en la formación de la voluntad del Estado, y que, por consiguiente, la democracia sólo es posible cuando los individuos, a fin de lograr una actuación sobre la voluntad colectiva, se reúnen en organizaciones definidas por diversos fines políticos, de tal manera que entre el individuo y el Estado se interpongan aquellas colectividades que agrupan en forma de partidos políticos las voluntades políticas coincidentes de los individuos”. *Ibidem.*, pp. 36-37.

ideologías e intereses privados dentro del Estado buscaran adquirir cargos dentro del órgano representativo, en palabras de Ostrogorski: “[...] a medida que el sufragio, en principio restringido, se extendió y que la necesidad de una organización de cara a las elecciones se hizo apremiante, entraron en escena organizaciones libres, creadas sobre la base de los partidos”.³⁰⁹ De igual manera, Sigmund Neumann considera que el nacimiento de los partidos políticos se debió a la ampliación del sufragio universal, en palabras de Neumann:

Siempre que se amplía la representación política del pueblo, y siempre que aparece un foro nacional de los asuntos públicos que ofrezca continuamente posibilidades de participar en él a quienes estén interesados en el debate, y siempre que estas condiciones se cumplan efectivamente, surgen los partidos políticos.³¹⁰

En un inicio los partidos políticos tuvieron su origen en las “facciones” dentro de los grupos parlamentarios,³¹¹ más adelante estas facciones adquirieron fuerza y se independizaron respecto de los grupos parlamentarios tomando criterios organizacionales que permitieron constituirlos como verdaderas corporaciones que buscaban captar el voto ciudadano y acrecentar su militancia. Sin embargo, la concepción que se tenía de estas facciones políticas no siempre era positiva, puesto que suponían un quiebre de la voluntad general materializada en la mayoría. Para algunos autores como David Hume las facciones representaban un peligro para las democracias liberales, dicho en palabras de Hume:

³⁰⁹ Ostrogorski, Moisey, *La democracia y los partidos políticos*, Madrid, Trotta, 2008, p. 28.

³¹⁰ NEUMANN, Sigmund, *Partidos políticos modernos*, Madrid, Tecnos, 1965, p. 596.

³¹¹ Para Maurice de Duverger el origen de los partidos políticos yace en el seno de los órganos de representación: “Cuanto más ven crecer sus funciones y su independencia las asambleas políticas, más sienten sus miembros la necesidad de agruparse por afinidades, a fin de actuar de acuerdo”. DUVERGER, Maurice, *Los Partidos Políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 15.

Las facciones subvierten el gobierno, hacen impotentes las leyes y suscitan la más fiera animosidad entre los hombres de una misma nación que debían prestarse asistencia y protección mutua. Y lo que debía hacer más odiosos a los fundadores de partidos es la dificultad de extirpar esta mala hierba una vez que ha echado raíces en un Estado.³¹²

El término de “facción” era empleado de manera despectiva para describir a aquellos grupos que fraccionaban la identidad nacional por medio de intereses personales. Por ello, más adelante se optó por el término de “partido” para referirse a estos grupos políticos, modificando, en cierto grado, la concepción negativa de la que gozaban estos grupos.³¹³ Para Giovanni Sartori, la transición de “facción” a “partido” fue un camino tortuoso,³¹⁴ porque aun siendo catalogados como grupos políticos con una meta ideológica, seguían siendo grupos que dividían la unidad nacional. Sin embargo, no era posible concebir una democracia plural sin la existencia de partidos políticos, puesto que tarde o temprano las distintas voces dentro un Estado formarían cuadros de unión políticos, en palabras de Sartori: “Los partidos llegaron a verse aceptados –de forma subconsciente e incluso así con una enorme renuencia– al comprenderse que la diversidad y el disenso no son necesariamente incompatibles con, ni perturbadores de, el orden político. En este sentido ideal,

³¹² HUME, David, citado de *Lenk, Kurt y Neumann, Franz* (eds.), en *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Barcelona, Anagrama, 1968, p. 79.

³¹³ Entre los primeros autores que empezaron a utilizar el término de partidos encontramos a Edmund Burke, quien a diferencia de Hume, tenía una visión más positiva respecto a los partidos políticos: “Burke llegó más allá al comprender que la existencia de divergencias en el seno de la sociedad (y de sus representantes) era una realidad ineludible, pero tales divisiones podían ser canalizadas a fin de mejorar la organización del gobierno y el control de la monarquía. El disenso, en suma, debía ser aceptado, ya que el aumento de la tolerancia política y religiosa conduciría al robustecimiento de una sociedad pluralista”. MALAMUD, Andrés, “Partidos Políticos”, en PINTO, Julio (comp.), en *Introducción a la Ciencia Política*, Buenos Aires, Eudeba, 2003, p. 323.

³¹⁴ Respecto a esta transición Sartori señala: “ El término “partido” empezó a utilizarse, sustituyendo gradualmente al término derogatorio de “facción”, al irse aceptando la idea de que un partido no forzosamente una facción, que no es forzosamente un mal y que no perturba forzosamente el *bonum commune*”. SARTORI, Giovanni, *Partidos y Sistemas de Partidos*, 2a. ed., Alianza Editorial, 2002, p. 27.

los partidos son correlativos con, y dependen de, la *Weltanschauung* (visión del mundo) del liberalismo”.³¹⁵

Como habíamos afirmado al principio, hoy en día no es posible desligar la existencia de los partidos políticos en las democracias modernas, su papel como intermediarios de la voluntad ciudadana y como estructuras que buscan escaños de poder político es un fenómeno que también ha encontrado cabida en el Derecho. Los juristas reconociendo su importancia en las democracias han buscado regularlo a través de su constitucionalización o regulación en leyes secundarias, pero antes de entrar en el aspecto jurídico de los partidos políticos es necesario abundar un poco más en la definición y función de los partidos políticos.

A) Definición

Existe una pluralidad de definiciones del concepto de “partido político”, cada una pretende determinar la esencia de los partidos políticos mencionando aquellos elementos característicos de los mismos, ya sea su papel como vehículos ideológicos o por su estructura corporativa. Los partidos políticos son un fenómeno social producto de la pluralidad de ideologías dentro los Estados de masas. Los partidos políticos en un principio fueron estudiados por la Sociología, ya que fueron un fenómeno social dentro de las democracias modernas, que con el tiempo fue adquiriendo más relevancia en el plano político. Entre los primeros autores que notaron el papel que iban adquiriendo los partidos políticos encontramos a Ostrogorski, quien los define de la siguiente manera: “Un partido es, por naturaleza, una combinación libre de ciudadanos que, como cualquier otra, escapa a toda injerencia exterior mientras no contravenga la ley común”.³¹⁶ Ostrogorski, a partir del estudio de los fenómenos políticos en Inglaterra y

³¹⁵ *Idem*, p. 43.

³¹⁶ Ostrogorski, Moisey, *op. cit.*, p. 29.

Estados Unidos, destaca el papel de los partidos políticos como un conjunto de individuos con fines políticos que detentan cierta autonomía dentro de Estado; en cuanto no infrinjan la ley.

Para autores como Ostrogorsky y Michels, la visión de los partidos políticos no era positiva,³¹⁷ puesto que los partidos políticos eran una “maquinaria” que sólo buscaba el poder dentro de la democracia, a tal grado que el mismo Michels declara: “El partido moderno es una organización de lucha en el sentido político del término, y como tal debe adaptarse a las leyes de la táctica”.³¹⁸

Fueron estos primeros estudios de los partidos políticos, los cuales tendrían una gran relevancia en los posteriores estudios sobre este tema. Un ejemplo claro de esta influencia podemos observarla en la teoría de los partidos políticos de Max Weber, quien define a los partidos políticos de la siguiente manera:

Llamamos partidos a las formas de socialización que descansando en un reclutamiento (formalmente) libre, tienen como fin proporcionar poder a sus dirigentes dentro de una asociación y otorgar por ese medio a sus miembros activos determinadas probabilidades ideales o materiales (la realización de fines objetivos o el logro de ventajas personales o ambas cosas).³¹⁹

³¹⁷ En palabras de Manuel Alcántara Sáez: “Ostrogorsky y Michels tuvieron la capacidad de presentar una situación lejos del ideal que tradicionalmente ha tenido el avance de la democracia. Ambos adoptaron posturas fuertemente críticas a las carencias democráticas en el seno de los partidos políticos e incluso de la visión idealizada de Weber. Ostrogorsky visionaba un mundo de pasiones políticas, de corrupción generalizada y de búsqueda del poder a toda costa. Por su parte, Michels, en el prefacio de su obra señalaba en qué manera los obstáculos a los que se enfrentaba la democracia a principios del siglo XX surgían de su seno”. ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel, *Partidos políticos latinoamericanos*, 2a. ed., México, Gernika, 2006, p. 33.

³¹⁸ MICHELS, Robert, *Los Partidos Políticos*, Buenos Aires-Madrid, Amorrortu editores, 2008, t I, p.88.

³¹⁹ WEBER, Max citado de *op. cit.*, p. 299. Véase nota *supra* 6.

A diferencia de Michels y Ostrogorsky, el papel de los partidos políticos en Weber es el de congregar las distintas ideologías de los individuos dentro de la sociedad. Para Weber los partidos políticos son los mecanismos que empoderan a los dirigentes del partido. A partir de este empoderamiento de sus dirigentes, los individuos miembros del partido buscan la consecución de ciertos fines políticos o personales. Este papel de los partidos políticos, como vehículos ideológicos, podemos también observarlo en la definición de Sigmund Neumann, la cual dice lo siguiente:

En resumen, podemos definir al “partido político” en general, como una organización articulada de los agentes activos de la sociedad, de aquellos que se interesan por hacerse con el poder del Gobierno y que rivalizan por obtener el apoyo popular con otro grupo o grupos que mantienen puntos de vista opuestos. Por su naturaleza es el gran intermediario que une a las fuerzas e ideologías de la sociedad con las instituciones oficiales del Gobierno, poniéndolas en relación con una acción política en el seno de la totalidad de la comunidad política.³²⁰

La ideología de los ciudadanos constituye el punto de confluencia a partir del cual los distintos individuos se unen para de este modo ser capaces de modificar o mantener una situación política determinada. Sin embargo, como Angelo Panebianco nos señala,³²¹ una visión ideológica de los partidos es muy limitada, ya que dentro de los partidos políticos existe un equilibrio de intereses que en cierto punto podrían parecer contrapuestos, pero que en realidad podemos encontrar en la mayoría de los partidos, él los clasifica en *incentivos colectivos* y los *incentivos selectivos*. Los primeros se refieren a los fines ideológicos y de identidad que los partidos políticos ofrecen a la militancia, a partir de ellos los partidos funcionan como medios de participación social basada

³²⁰ NEUMANN, Sigmund, *op. cit.*, p. 597.

³²¹ PANEBIANCO, Angelo, *Modelos de partido*, España, Alianza Editorial, 1982, p. 41.

en un plan político determinado. Por su parte los incentivos selectivos, son la búsqueda de intereses personales de los miembros del partido que buscan adquirir poder, status y mantener la existencia del partido. Encontramos en estos últimos incentivos una característica muy importante de los partidos políticos, puesto que la supervivencia del partido y el posterior crecimiento de su militancia constituyen fines en sí mismos. Aunado a su respectiva carga ideológica, los partidos políticos cuentan con una burocracia³²² que pugna por el mantenimiento de una estructura organizacional y al mismo tiempo buscan dar voz a una ideología en particular, en palabras de Panebianco:

La tesis que aquí se recoge mantiene que los partidos son a un tiempo burocracias que demandan la continuidad de la organización y la estabilidad de las propias jerarquías internas, y asociaciones voluntarias, que deben contar con, por lo menos, un cierto grado(mínimo) de participación no obligada, y que, por tanto, deben distribuir simultáneamente tanto incentivos selectivos como colectivos.³²³

Considerar que los partidos políticos sólo buscan empoderar una ideología dentro del Estado, es una visión limitativa de las funciones que cumplen los partidos políticos. Con Panebianco podemos observar que entre los fines de partido político también yace la necesidad que el partido político no desaparezca y que aumente su militancia. Como podemos observar, los partidos políticos consisten en asociaciones de individuos que unen esfuerzos para la consecución de ciertos fines políticos; entre los cuales encontramos la supervivencia del partido mismo. Es así, que los partidos comprenden la unión de estos dos objetivos.

³²² Por burocracia entendemos: 1. La burocracia como componente administrativo de la organización: es decir, el conjunto de funcionarios dedicados a tareas de mantenimiento de la organización y su proporción sobre el total de miembros de ésta. 2. La burocracia como organización, de acuerdo con las características que describe el tipo ideal weberiano. 3. La burocracia como el “predominio de los funcionarios”. PANEBIANCO, Angelo, *op. cit.*, p. 422.

³²³ *Ídem.*

Asimismo, los partidos políticos constituyen el ejercicio de una libertad individual, el derecho de asociación. En esta misma línea, Bobbio reconoce que los partidos políticos constituyen una de las cuatro grandes libertades de los modernos (personal, de expresión, de reunión y de asociación).³²⁴ El derecho de asociación supone el fundamento de la democracia moderna, pues, es a través de la unión de individuos autónomos, que se busca que la representación democrática refleje un sentido ideológico en particular, y de este modo lograr que las decisiones que deben obedecer los individuos reflejen su propia voluntad.³²⁵ El carácter asociativo de los partidos políticos es fundamental en el sistema democrático. Pues, a través de los partidos políticos los individuos pueden unir fuerzas para poder participar en el proceso de toma de decisiones, y por ende, ser autónomos.³²⁶

A partir de las consideraciones antes mencionadas, hemos decidido emplear la definición de Manuel Alcántara Sáez, quien define a los partidos como:

El grupo de individuos que, compartiendo ciertos principios programáticos y asumiendo una estructura organizativa mínima, vincula a la sociedad y

³²⁴ Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría...*, *op. cit.*, véase nota *supra* no. 13.

³²⁵ Ermanno Vitale considera que estas cuatro libertades encierran el carácter individualista del pensamiento de Bobbio, y es a partir de esta línea de pensamiento que la democracia adquiere otro carácter, en palabras de Ermanno Vitale: “[...] la concepción individualista que Bobbio pone en la base de la democracia moderna se asocia a la primacía de los derechos sobre los deberes y sobre todo a las cuatro grandes libertades de los modernos (personal, de expresión, de reunión y de asociación), premisas indispensables para que los derechos políticos y el sufragio universal puedan ser considerados como el método para expresar responsablemente, aunque de manera indirecta, preferencias sobre programas políticos alternativos y no simplemente como instrumento para la elección de un caudillo o líder al que confiar las decisiones colectivas”. VITALE, Ermanno, “Hobbes y la teoría del Estado moderno. Lectura de Bobbio”, en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, España, núm. 36, enero-junio de 2007, p. 115.

³²⁶ Respecto al carácter asociativo de los partidos políticos hablaremos más adelante.

al régimen político de acuerdo con las reglas de éste para obtener posiciones de poder o influencia mediante elecciones.³²⁷

La razón por la que nos hemos decantado por esta definición se debe a que en ella encontramos no sólo el carácter asociativo de los partidos políticos, sino además, la existencia de un principio ideológico y una estructura burocrática que se encuentran en cierto modo limitada por la regulación de un Estado, y todo con la finalidad de alcanzar escaños de representación política. Esta definición no sólo comprende aquellos elementos recurrentes en un partido político, sino que además hace hincapié en el factor jurídico de los mismos al ser reconocidos y regulados por un Estado.

B) Función

Los partidos políticos consisten en la asociación de individuos que buscan alcanzar puestos de representación popular a través de una estructura partidista, estos actúan como medios de contacto entre el gobierno del Estado y la ciudadanía. En cuanto al papel que juegan los partidos políticos dentro de la democracia, diversos autores han adjudicado distintas funciones, sin embargo, como bien nos señala Sigmund Neumann³²⁸ el común denominador de los partidos políticos es su participación en el proceso decisorio de la política. La función que realizan los partidos políticos consiste en acumular los distintos intereses de los individuos que conforman la sociedad y de esa manera competir en la contienda electoral para poder acceder a puestos de representación popular. Lorenzo Córdova Vianello considera que el papel de los partidos políticos consiste en congrega y organizar los intereses políticamente legítimos, los cuales competirán y conformarán los órganos de deliberación política, dicho en palabras de Lorenzo Córdova: “Son, en otras

³²⁷ ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel, *op. cit.*, pp. 29-30.

³²⁸ NEUMANN, Sigmund, *op. cit.*, p. 596.

palabras, centros de agregación de consensos de cara a la conformación de las instancias de decisión política”.³²⁹

La función primordial de los partidos políticos es participar en el juego democrático y de tal forma garantizar la representación de los individuos que conforman la sociedad. Pero, el papel de los partidos no sólo queda en la participación dentro de la contienda electoral, sino además, dentro de su organización interna tienen la función de determinar qué personas de su militancia pueden competir como candidatos de elección popular. De esta manera, Kirchheimer resume en tres principales actividades la función de los partidos políticos: “ 1) Una función “integrativa” o “expresiva”. Los partidos estructuran las “demandas generales”, de defensa/ transformación del orden social y político; 2) La función de seleccionar a los candidatos a los cargos públicos, así como, en diferente medida según los Estados, de numerosos funcionarios, que ocupan cargos dirigentes no selectivos; 3) La función de determinar la política estatal, de participar en la formación de las decisiones que van a obligar a todos”.³³⁰

En la democracia, a diferencia de otras formas de gobierno, los individuos que conforman la sociedad participan en la toma de las decisiones políticas, por lo que las decisiones que los regulan son aquellas que ellos mismos determinan. En la actualidad, debido a la masificación de los Estados, el proceso de toma de decisiones políticas sólo es posible a través de la representación política, por ello el papel de los partidos políticos es el de asimilar las distintas voces dentro de un Estado y permitirles participar en el proceso de toma de decisiones, es decir, los partidos políticos fungen como los medios de participación política de los individuos integrantes de un Estado. En

³²⁹ CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, “El sistema representativo”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (coord.), *Formación y Perspectivas del Estado en México*, 1a. ed., UNAM y Colegio Nacional, 2010, p. 119.

³³⁰ Cfr. PANEBIANCO, Angelo, *op. cit.*, p. 500.

otras palabras, los partidos políticos actúan como instrumentos de acceso a la representación. A través de éstos los ciudadanos institucionalizan una corriente determinada, y de ese modo compiten en el juego de la democracia. De tal manera, que los partidos políticos son entes de asociación ciudadana necesarios para la cristalización de las distintas corrientes políticas dentro del órgano deliberativo. Es decir, la función de los partidos políticos consiste en agrupar y representar esas corrientes, así de este modo, se garantiza que las decisiones, producto de la regla de la mayoría, contengan parte de estas distintas ideologías. Así, los individuos pueden observar una compatibilidad entre lo que deben hacer y lo que desean.

C) Tipos

Existen distintos criterios para clasificar a los partidos políticos, ya sea por el grado cohesión de su militancia o por el grado de estratificación dentro su jerarquía interna. De entre los distintos criterios de clasificación de los partidos políticos Angelo Panebianco agrupa en dos categorías a los partidos políticos, en *partido burocrático de masas* y *partido profesional electoral*. En el primer tipo de partido, y que es descrito por Weber, Duverger y Michels, la burocracia interna juega un rol importante, pues es la encargada de mantener los lazos de unión de la militancia con el partido político. Esta *burocracia representativa* (como la llama Panebianco) es el pilar para el funcionamiento del partido político. La importancia de los líderes partidistas podemos observarla en la clasificación de partidos elaborada por Max Weber, quien los divide en: a) Partidos carismáticos; b) Partidos tradicionalistas; c) Partidos doctrinales y; d) Partidos de mera apropiación.³³¹ Todos estos partidos giran alrededor de la imagen de los líderes de partido, es decir la burocracia representativa.

³³¹ Para Weber la organización del partido dependía de la orientación que tenía el líder sobre sus militantes, en palabras de Weber: “Según su organización los partidos pueden pertenecer a los mismos tipos que las demás asociaciones, o sea, estar orientados de un modo carismático-plebiscitario (fe en el caudillo) o tradicional (apego al prestigio social del señor o del vecino prominente) o racional (adhesión

Respecto a los partidos profesionales electorales, Panebianco se refiere a aquellos partidos donde la militancia partidista tiene un carácter técnico especializado, adquiriendo de esta forma una mayor participación dentro del partido, por lo que la importancia de estos aumenta y su relación con el electorado también. Para señalar las diferencias entre estos dos tipos de partidos políticos Panebianco realiza la siguiente tabla.³³²

Partido burocrático de masas	Partido profesional-electoral
a) Papel central de la burocracia (competencia político-administrativa).	a) Papel central de los profesionales (competencia especializada).
b) Partido de afiliación con fuertes lazos organizativos de tipo vertical que se dirige sobre todo a un electorado fiel.	b) Partido electoralista, con débiles lazos organizativos de tipo vertical y que se dirige ante todo al electorado de opinión.
c) Posición de preeminencia de la dirección del partido; dirección colegiada.	c) Posición de preeminencia de los representantes públicos; dirección personificada.
d) Financiación por medio de las cuotas de los afiliados y mediante actividades colaterales.	d) Financiación a través de los grupos de interés y por medio de fondos públicos.
e) Acentuación de la ideología. Papel central de los creyentes dentro de la organización.	e) El acento recae sobre los problemas concretos y sobre el liderazgo. El papel central lo desempeñan los arribistas y los representantes de los grupos de interés dentro de la organización.

al dirigente y a su cuadro administrativo nombrado “con arreglo a la ley”); y esto tanto por lo que se refiere a la obediencia del partidario como la del cuadro administrativo mismo”. LENK, Kurt, *op. cit.*, p. 300.

³³² Panebianco, Angelo, *op. cit.*, p. 492.

Para Panebianco la evolución del “partido de masas” al “partido profesional-electoral” se debe a la estratificación social de la militancia del partido y del electorado, de forma que son heterogéneos, y por ende, más difíciles de controlar por parte del partido político. Además la existencia de más medios de comunicación y la existencia de una sociedad informada, hace necesario que el partido disponga de agentes profesionales para lograr incorporar a más ciudadanos al proyecto político del partido político. Es a partir del grado de fragmentación de los militantes y el electorado que los partidos tienen que profesionalizarse.³³³

D) Sistema de Partidos

En la democracia los partidos políticos compiten con otros partidos dentro de la contienda electoral para alcanzar escaños de representación popular, la estructura de cooperación y competencia de los partidos dentro de un Estado es lo que llamamos *sistema de partido*. Puede decirse que existe un sistema de partido por cada país, puesto que el sistema de partido depende del contexto político de cada Estado, ya sea por su regulación jurídica, historia, número de partidos, participación ciudadana, etc. De tal orden que los criterios de clasificación de los sistemas de partido han girado regularmente bajo dos criterios taxonómicos, el primero que se refiere al número de partidos existentes en la contienda electoral, y el segundo a la intensidad ideológica y de alternancia de un régimen político. Entre los autores que utilizan un criterio numérico encontramos a Maurice de Duverger, quien clasifica los sistemas de partidos en: sistema de partido único, bipartidista y multipartidista.³³⁴ Por su parte autores como La Palombara y Weiner utilizan un criterio ideológico y de

³³³ Cfr. *Ibidem*, p. 493.

³³⁴ Cfr. Duverger, Maurice, *op. cit.*, pp. 234- 306.

alternancia, clasificando a los sistemas en: ideológico hegemónico, pragmático hegemónico, ideológico turnante y pragmático turnante.³³⁵

Sin embargo, estos criterios de clasificación son muy limitados pues cada uno sólo ve un aspecto, ya sea solamente el carácter cuantitativo o el cualitativo de un sistema. Es por ello, que emplearemos el sistema propuesto por Giovanni Sartori, quien combina estos criterios para desarrollar una clasificación de los sistemas de partidos más completa. A continuación realizamos una tabla con la clasificación realizada por Sartori:³³⁶

<i>Clases de sistemas</i>	<i>Dispersión de los sistemas de partidos</i>	<i>Competencia</i>	<i>Ejemplos</i>
Partido único	Monopolio total	No	La antigua U.R.S.S. y Cuba
Partido hegemónico	Jerarquía (monopolio relajado)	No	México (antes de su transición democrática)
Partido predominante	Concentración unimodal (sin alternación)	Sí	Japón e India
Bipartidista	Concentración equilibrada (con alternación)	Sí	Estados Unidos e Inglaterra
De pluralismo limitado	Fragmentación baja	Sí	Bélgica
De pluralismo extremo	Polarización con alta fragmentación	Sí	Finlandia

³³⁵ Cfr. SARTORI, Giovanni, *op. cit.*, p. 158.

³³⁶ Véase, *Ibidem*, pp. 165-170.

De atomización	Dispersión	Sí	Malasia
----------------	------------	----	---------

A través de un criterio cuantitativo Sartori clasifica en siete clases los sistemas de partidos, a partir de esta clasificación numérica agrega la variable de dispersión, la cual significa el grado de intensidad ideológica que existe en un sistema de partidos; entre más partidos existan mayor será el grado de dispersión ideológica (a *contrario sensu*, menor cantidad de partidos, menor fragmentación ideológica). Otro elemento que surge del modelo planteado por Sartori se refiere al grado de competitividad de los sistemas de partidos, la competencia de un sistema de partido depende del grado de polarización de las distintas ideologías, a partir de este tendencia se puede observar en la tabla que sólo en las primeras dos clases (partido único y partido hegemónico) no existe una competencia debido al control férreo con el que disponen los partidos a cargo del gobierno (imposibilitando de este forma la formación o participación de partidos de oposición) .

La ventaja del modelo de Sartori radica en la combinación de variables que nos permiten englobar de una manera más completa la diversidad de sistemas de partido que existen, de esta forma podemos darnos cuenta cuándo nos encontramos ante una verdadera democracia a través de sus variables empíricas.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que esta clasificación encierra una paradoja, puesto que para el desarrollo de la democracia –como vimos con Kelsen– son necesarios los partidos políticos, pero a partir de esta afirmación, no puede derivarse que la mera existencia de partidos políticos dentro de un Estado implique necesariamente que nos encontremos ante un gobierno democrático. Como pudimos observar en la tabla antes mostrada, los países que contaban con una mayor pluralidad de partidos políticos tenían por ello una mayor competencia, lo que significa que existe una pluralidad de corrientes

políticas con suficiente fuerza para intentar incidir en la vida política del Estado. Es por ello que volveremos a retomar el tema de la pluralidad democrática

Como habíamos visto, dentro de los Estados modernos existe una pluralidad de creencias, etnias, lenguas, costumbres, etc. Por lo que pensar que existe solamente unas pocas ideologías representadas en los partidos políticos dentro del Estado es negar el carácter individual del ser humano. Es decir, no es posible la unanimidad en los individuos dentro de un Estado. Para que una democracia sea posible, no sólo se requiere que existan los partidos políticos, sino además que éstos materialicen en mayor grado las distintas posiciones políticas de un Estado. Es en este sentido, el número de los partidos políticos dentro de un Estado debe equivaler al número de ideologías, con suficiente fuerza política, dentro del mismo. Sólo así, a partir de la inclusión de la pluralidad de fuerzas políticas dentro de la competencia electoral es que los sistemas de partidos se democratizan, en palabras de Lorenzo Córdova: “La democratización del sistema de partidos sólo puede hacerse, si es congruente con los principios democráticos, con una lógica incluyente y fortalecedora del pluralismo”.³³⁷

La sola existencia de partidos políticos no hace a un gobierno democrático, es solo a partir de la inclusión en la competencia electoral de las distintas fuerzas políticas dentro de un Estado, cristalizadas en los partidos, que es posible que exista una democracia. Es por ello, que podemos decir que un sistema de partidos es democrático, solamente si cumple con este requisito de inclusión.

³³⁷ CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *op. cit.*, véase nota *supra* no. 48, p. 121.

3.2. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

El reconocimiento de los partidos políticos por parte del Derecho se debió en gran medida a la importancia que éstos empezaron a ganar en las democracias liberales. Los partidos políticos comenzaron como un producto ineludible del sufragio universal, sin embargo, conforme en las sociedades empezaron a surgir intereses contrapuestos –producto del pluralismo político de las sociedades modernas– fue necesaria la existencia de partidos políticos para poder concentrar dichos intereses. El proceso de aceptación y posterior constitucionalización de los partidos políticos es explicado por Heinrich Triepel a través de una serie de etapas: 1) oposición (*Bekämpfung*), 2) ignorancia (*Ignorierung*), 3) legalización (*Legalisierung*) e; 4) incorporación (*Inkorporierung*).³³⁸

El ascenso de los partidos políticos es producto de lo que consistió la transición del *Estado liberal* al *Estado de partidos*. El concepto de *Estado de partidos* empezó a ser utilizado a partir del reconocimiento de los partidos políticos –por la vía del sistema electoral– en la Constitución de Weimar de 1919. La Constitución de Weimar reconocía, en cierto modo, a los partidos políticos como un factor esencial de la democracia puesto que a través de ellos era materializada la pluralidad de opiniones dentro de la misma. Respecto de este reconocimiento Manuel García Pelayo nos explica: “Es a partir de entonces, es decir, en la época de la Constitución de Weimar cuando surge la expresión y el concepto “Estado de partidos” que tiene como supuestos la democracia de partidos y como corolario la pretensión, por algunos autores, de su reconocimiento formal por el Derecho constitucional”.³³⁹ Sin embargo, la principal causa de la constitucionalización de los partidos políticos fue debido al rol que desempeñaron como elementos de reconstrucción y pluralidad –en

³³⁸ Cfr. LENK, Kurt, *op. cit.*

³³⁹ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *El Estado de Partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986, p. 29.

contraposición a los movimientos fascistas– al concluir la Segunda Guerra Mundial, en palabras de Manuel García-Pelayo:

En los países en los que la Segunda Guerra Mundial destruyó el sistema político existente quedaron como fuerzas políticas activas los partidos políticos, fuera que se tratara del resurgimiento de viejos partidos mantenidos hasta entonces en el exilio o en la clandestinidad, fuera que se tratara de nuevas formaciones, pero, en todo caso, la nueva constitución o reconstrucción del Estado tuvo lugar a partir de los partidos políticos. Por lo demás, el reconocimiento constitucional de los partidos políticos no sólo se convierte en una realidad, sino en una realidad ampliamente extendida incluso a nivel planetario.³⁴⁰

Los regímenes fascistas en la mayoría de los casos eliminaron o ilegalizaron los partidos políticos con el fin de imponer un ideología de Estado, es por ello, que después de la Segunda Guerra Mundial era necesario crear mecanismos de protección para los partidos políticos, de tal índole que a través de su constitucionalización se reconocía el valor de los partidos políticos en la democracia y al mismo tiempo se garantizaba su existencia dentro de la estructura del Estado. La regulación de los partidos políticos no sólo quedó a nivel constitucional, sino además en leyes secundarias que regularon aspectos externos e internos de los partidos políticos.³⁴¹ La constitucionalización de los partidos políticos fue un fenómeno que ocurrió en la mayoría de las democracias occidentales, estos países introdujeron en sus cartas constitucionales el régimen de partidos y el reconocimiento expreso de los mismos, entre los países que constitucionalizaron los partidos políticos encontramos a Italia (1948), Alemania (1949), Francia (1958) y Grecia (1975),

³⁴⁰ *Ibidem*, pp. 47-48.

³⁴¹ A partir del grado de regulación de los partidos políticos Manuel García-Pelayo los clasifica en: I) Simple reconocimiento constitucional sin legislación; II) Reconocimiento constitucional; III) Amplio reconocimiento constitucional y una ley estatutaria de partidos. *Ibidem*, p. 52.

entre otros.³⁴² Para concluir el proceso de constitucionalización de los partidos es resumido por Daniel Zovatto en tres aspectos:

- 1) Que los partidos políticos no siempre han sido bien aceptados.
- 2) Que la inclusión en el pensamiento y la práctica jurídica se dio lentamente y por etapas sucesivas, y
- 3) Que sólo después de la Segunda Guerra Mundial, y luego de grandes debates, se fortaleció su constitucionalización a nivel mundial, si bien con diferencias importantes entre las diversas regiones.³⁴³

La constitucionalización de los partidos políticos también obedece al papel que la Constitución retomó como norma suprema y fundante del Estado a partir de la segunda mitad del siglo xx. La Constitución al reconocer a los partidos políticos, no sólo garantizó la existencia de los mismos, sino además, permitió someterlos al control de la constitucionalidad. Este control constitucional obedece a la consecución de los principios contenidos en la Constitución. En especial, de aquellos principios que dotan a las democracias constitucionales de su dimensión formal y sustancial.

3.3 REGULACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

A partir de la regulación jurídica de los partidos políticos se establecieron criterios objetivos para la organización y desarrollo de éstos, la finalidad de las normas jurídicas consiste en delimitar los requisitos de creación y funcionamiento de los partidos políticos. Ya sea por requisitos constitucionales

³⁴² Véase Zovatto, Daniel, “Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina. Lectura regional comparada”, en *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina México*, 1a. ed., Universidad Autónoma de México, 2006, pp. 10-11.

³⁴³ *Ídem.*

o por requisitos contenidos en leyes secundarias, el Derecho busca racionalizar la función política de los partidos políticos.

Los partidos políticos son esencialmente asociaciones,³⁴⁴ consecuencia del ejercicio de los derechos políticos establecidos en la Constitución.³⁴⁵ La libertad de la que pueden gozar los partidos políticos se divide en libertad externa y libertad interna. La primera se refiere a las relaciones del partido político como ente autónomo respecto al Estado, esta libertad externa radica en la posibilidad de crear nuevos partidos políticos y dotarlos de determinados fines políticos. Por su parte, la libertad interna se refiere a la autonomía de organización y su funcionamiento interno; los partidos políticos dentro de la democracia deben gozar de autonomía, pues, esta autonomía es una consecuencia del carácter autónomo de los individuos que conforman las asociaciones.³⁴⁶

El objeto de la normativa de los partidos políticos recae en la necesidad de institucionalizar su actividad, si bien son consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental, el derecho de asociación, la existencia de los partidos políticos se encuentra en el plano institucional. A través de su regulación se establecen los elementos e instrumentos necesarios para el buen funcionamiento del sistema representativo dentro del Estado moderno.

Sin embargo, como bien subraya Manuel García Pelayo, existe una tensión entre el ejercicio del derecho de asociación y los requisitos formales establecidos en la ley, es decir, hasta qué punto el Derecho puede regular el

³⁴⁴ Sobre este punto hablaremos en el siguiente capítulo.

³⁴⁵ Véase BADENI, Gregorio, *op. cit.*, véase nota no. 182, p. 1040.

³⁴⁶ En este mismo sentido, Robert Dahl reconoce el carácter autónomo de las asociaciones como una consecuencia de la libertad individual: “Como los individuos, entonces, las organizaciones deberían poseer cierta autonomía, y al mismo tiempo deberían ser controladas”. DAHL, Robert, *Los dilemas del pluralismo democrático. Autonomía versus control*, 1a. ed., México, Alianza, 1982, p. 11.

derecho de libertad de una asociación sin coartarlo o vaciarlo, en palabras de Manuel García Pelayo:

Como quiera que sea, de lo anteriormente dicho se desprende que puede generarse una tensión entre los partidos como actualización del derecho subjetivo de asociación y los partidos como entidades objetivamente necesarias para la vigencia del orden democrático y, por tanto, subordinados a la funcionalidad de dicho orden, tensión que constituye una de las dificultades para la comprensión doctrinal y para la regulación jurídica de los partidos.³⁴⁷

El Estado puede regular la creación y funcionamiento de los partidos políticos, sin embargo, no puede exigir requisitos que limiten o hagan imposible la creación de nuevos partidos políticos, tampoco puede violentar su carácter autónomo como organización. Pero, es en este punto que observamos una tensión, puesto que la constitucionalización de los partidos políticos hace posible la intervención de los órganos jurisdiccionales a los partidos políticos, esta intervención tiene la finalidad de verificar los requisitos contenidos en la Constitución, o en algunos casos, la necesidad de proteger derechos fundamentales. Sobre esta tensión (entre Autonomía vs. Intervención) hablaremos en el siguiente capítulo.

Como mencionamos anteriormente, el Derecho puede regular a los partidos políticos en dos ámbitos, en su actividad externa y en su configuración interna. La primera se refiere sobretodo a los requisitos de creación de nuevos partidos políticos, así como también a la delineación de las características del sistema de partidos. Mientras que en su carácter interno, se refiere a la regulación de su militancia y su democracia interna. De tal manera, que a continuación haremos mención de las características de cada uno de estos aspectos.

³⁴⁷ *Ibidem*, pp. 50-51.

A) Regulación externa

Por regulación externa entendemos, aquellas normas jurídicas que regulan la creación, ideología, actuación y cooperación de los partidos políticos como entidades necesarias del juego democrático. Podemos decir que es a partir de la regulación externa de los partidos políticos que pueden modelarse los sistemas de partidos. El establecimiento de requisitos –ya sean laxos o estrictos– en un Estado puede, en cierto grado, determinar el número de partidos que pueden existir dentro de su esfera jurídica (e incluso la orientación ideológica de éstos).³⁴⁸ Los individuos dentro de la sociedad, al contar con el derecho fundamental de asociación, pueden crear organizaciones para la consecución de ciertos fines. En este caso los partidos políticos, son las asociaciones de ciudadanos encaminadas a la consecución de fines políticos.

Dentro de lo que comprende la libertad externa de los partidos políticos, encontramos la libertad de definición de fines o de ideología. Como habíamos señalado anteriormente, los partidos se fundan para la consecución de fines políticos. Los partidos políticos cuenta con una libertad de autonomía para decidir aquellos fines que van a buscar dentro de la competencia electoral. El Estado no puede delinear el contenido de los fines del partido político, ya que esta facultad de valoración respecto de los partidos políticos vaciaría de contenido la competencia de los partidos.³⁴⁹

³⁴⁸ Respecto a este punto Lilian Line Bareiro señala que la regulación externa consiste en el conjunto de reglas del juego para determinar quién y cómo se ejerce el poder dentro del partido, y para evitar “que las tendencias “naturales” a la oligarquización de los órganos de los órganos rectores de los partidos, -que, según la sociología política, van a estar siempre presentes-, consigan marginar el parecer de la mayoría para favorecer el interés de la minoría dirigente”. LINE BAREIRO, Lilian Soto, “Los partidos políticos condiciones de inscripción y reconocimiento legal”, en NOHLEN, Dieter, et al., (comps), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007, p 595.

³⁴⁹ Cfr. GRIMM, Dieter, “Los partidos políticos”, en BENDA, Ernst y *et al.*(coords), *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 407.

Sin embargo, el Estado a través de la reglamentación externa de partidos políticos puede agravar la creación de nuevos partidos políticos o incluso imposibilitar la creación de aquellos partidos con una ideología o plan político antidemocrático; por ejemplo, la Constitución de Alemania en su artículo 21.2 señala que serán inconstitucionales aquellos partidos que menoscaben o eliminen el sistema democrático (previa declaratoria del Tribunal Federal Alemán). El Estado si bien no puede prohibir a los individuos la creación de nuevos partidos políticos, ni tampoco exigirles una ideología en particular, sí puede exigir ciertos requisitos para su creación, y sobretodo imposibilitar ciertas corrientes políticas que tengan por objetivo acabar con la democracia. La necesidad de estos requisitos, yace en el papel del Estado como garante de las reglas formales y sustanciales del juego democrático.

A partir de la constitucionalización de los partidos políticos, los órganos de control de la constitucionalidad pueden declarar su ilegalidad, como en el ejemplo alemán, debido a la falta o contrariedad de los requisitos constitucionales por parte de un partido político. Como habíamos señalado anteriormente, la regulación de estas asociaciones obedece a la institucionalización del ejercicio del derecho de asociación.

Es por ello, que el Estado a través de la regulación de los requisitos y prohibiciones a los partidos políticos puede garantizar la existencia de un sistema representativo democrático. Pues, como asimismo hemos señalado, los sistemas de partidos sólo son democráticos, en cuanto puedan materializar las distintas fuerzas ideológicas dentro de un Estado. De tal índole que los criterios de creación y funcionamiento de los partidos políticos son de suma importancia, pues, son ellos los que permiten el funcionamiento del modelo democrático. La regulación externa como bien señala Manuel García Pelayo constituye la

tensión existente entre el derecho de asociación y el papel objetivo que los Estados han otorgado a los partidos políticos dentro de la democracia.³⁵⁰

B) Regulación interna y democracia interna

Por regulación interna de los partidos políticos entendemos, el conjunto de reglas que delimitan los mecanismos de funcionamiento y configuración interna de los partidos políticos. El Estado a través de su normatividad busca delinear la reglas internas de los partidos políticos. Este control –por parte del Estado– sólo es posible a través de la constitucionalización de los partidos políticos.³⁵¹ Una de las razones principales consiste en asegurar que dentro del partido político se lleven a cabo procesos de democracia interna, de tal manera que se permita la participación política de la militancia en la contienda electoral llevada a cabo por el partido político. Para explicar lo que entendemos por “democracia interna” emplearemos el concepto desarrollado por José Ignacio Navarro Méndez, quién entiende por democracia interna:

Un conjunto de reglas del juego para determinar quién y cómo se ejerce el poder dentro del partido, y para evitar que las tendencias “naturales” a la oligarquización de los órganos de los órganos rectores de los partidos, –que, según la sociología política, van a estar siempre presentes–, consigan marginar el parecer de la mayoría para favorecer el interés de la minoría dirigente.³⁵²

³⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, p 52.

³⁵¹ Para Kelsen es a partir de la constitucionalización de los partidos políticos, que es posible exigirles mecanismo de democracia interna: “La inserción constitucional de los partidos políticos crea también la posibilidad de democratizar la formación de la voluntad colectiva dentro de su esfera”. Cfr. KELSEN, Hans, *op. cit.*, pp. 45

³⁵² NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio, *Partidos políticos y “democracia interna”*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 76.

El interés por regular la vida interna de los partidos políticos se debe en gran medida a los estudios sociológicos llevados a cabo por Ostrogorsky³⁵³ y Michels, éste último a través de su *ley de hierro de la oligarquía*³⁵⁴ señala que en toda colectividad de hombres existirá una pequeña oligarquía que detentará el poder de la organización para la consecución de sus propios intereses. En este sentido, los mecanismos de democracia interna buscan evitar la concentración del poder en manos de una élite dentro del partido. Pero también parte de este desarrollo se debe al carácter individual del cual gozan los militantes dentro del partido. Es decir, los individuos al ejercer sus derechos de asociación y participación política, deben también poder participar en los procesos de selección de candidatos.

Entre las razones por las que el Estado busca que los partidos políticos tengan mecanismos de democracia interna, yace el reconocimiento de las facciones o grupos políticos dentro de los mismos partidos políticos. Los partidos políticos si bien son actores indispensables dentro del juego democrático, son a su vez también un reflejo de la democracia en su régimen interno, pues en ellos también pueden llegar a existir una pluralidad de opiniones las cuales buscarán obtener los cargos de elección dentro del partido para cumplir con estos fines políticos. Como vimos con Panebianco, parte de su

³⁵³ Ostrogorsky considera que siempre una pequeña minoría será la encargada del gobierno de un Estado: “Por mucho que se las dote de los derechos de iniciativa popular, de legislación directa, de gobierno directo, siempre será una pequeña minoría la que gobierne, tanto en una democracia como en una autocracia. La propiedad natural de todo poder es el de concentrarse; es como la ley de gravitación del orden social. Pero es preciso que la minoría dirigente sea mantenida a raya. La función de las masas en democracia no es gobernar, sino intimidar a los gobernantes”. OSTROGORSKY, Moisey, *op. cit.*, p. 41.

³⁵⁴ Esta ley de la oligarquía es explicada por Michels de la siguiente manera: “Por una ley social universal aplicable, todo órgano de la colectividad, nacido por la necesidad de la división del trabajo, crea para sí mismo, tan pronto se consolidan, intereses que le son peculiares. La existencia de estos intereses especiales supone un conflicto forzoso con los intereses de la colectividad. Pero no sólo eso; los estratos sociales que desempeñan funciones peculiares tienden a aislarse, a producir órganos aptos para la defensa de sus propios intereses. A la larga, tienden a transformarse en clases diferenciadas”. MICHELS, Robert, *Los Partidos Políticos*, Buenos Aires-Madrid, Amorrortu editores, 2008, t II, p. 178-179.

profesionalización es una consecuencia del carácter heterogéneo de su militancia; ya que no era posible aglomerar a sus militantes a través líderes, a diferencia de los partidos de masas. En este sentido, la democracia interna, es un reflejo del respeto a esta pluralidad política dentro de los partidos políticos.³⁵⁵

La “democracia interna” constituye un mecanismo de congruencia respecto del carácter objetivo de los partidos políticos, es decir, los partidos políticos son la materialización de la pluralidad política de un Estado, por ende, dentro de su estructura deben existir mecanismos democráticos para la selección de sus candidatos. A través de estos mecanismos se da voz a las distintas corrientes políticas que existen dentro de los partidos políticos. Pero no es sólo a partir de mecanismos formales que se puede garantizar la “democracia interna” de los partidos políticos, además deben considerarse requisitos materiales, en otras palabras los derechos fundamentales. Para José Ignacio Navarro Méndez una definición mínima de “democracia interna” debe constar de dos categorías principales:³⁵⁶

- Elementos relacionados con el aspecto organizativo; se refiere a los procesos que determinan la estructura interna del partido, como el proceso de toma de decisiones dentro del partido político.
- Elementos relativos al respeto de los derechos fundamentales de los afiliados al interior de los partidos; en este caso supondrían las medidas materiales que garantizan el ejercicio de derecho de asociación de los afiliados, así como también el ejercicio al derecho al voto pasivo.

³⁵⁵ En este punto es necesario subrayar que existen voces críticas respecto a este fraccionismo dentro de los partidos políticos, para autores como Sartori, las fracciones dentro de un partido político evitan la alternancia de un liderazgo, por su carácter de fragmentación. Además, señala que al existir distintas facciones con intereses propios, son estas facciones insensibles a los halagos y a los desincentivos de la democracia. *Cfr.* SARTORI, Gioavnni, *op. cit.*, pp. 147-148.

³⁵⁶ Véase, NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio, *op. cit.*, pp. 77-78.

Como nos dice Flavia Freiderberg la adopción de mecanismos de democracia interna por los partidos políticos, se debió al descrédito con el que contaban los mismos ante la ciudadanía. Ya que existía la presunción de que si las nominaciones de los candidatos sólo correspondía a las cúpulas del partido, esto ocasionaría que hubiera un desfase entre su carácter democrático interno y el externo. Por lo que al adoptar mecanismo de democracia interna, se aseguraba que sus candidatos, a través de mecanismo competitivos y abiertos, gozaran de una legitimidad democrática, y por ende, el partido también gozara de la misma. Así se pretende reducir la distancia entre ciudadanía y partidos políticos.³⁵⁷ En si, la regulación interna por parte del Estado constitucional, busca fortalecer el carácter democrático de los partidos políticos, y del mismo modo, garantizar la participación de las distintas voces dentro de la sociedad, y del partido mismo.

3.4. DEMOCRACIAS “PROTEGIDAS”

Por democracias protegidas o limitadas entendemos aquellos países que a través de requisitos constitucionales materiales y formales dan forma a la vida democrática del Estado. A través de la constitucionalización de los partidos políticos y los derechos fundamentales, la Constitución establece criterios objetivos que regulan el juego democrático. La Constitución no sólo constituye la garantía para la existencia de los partidos políticos, sino además su único elemento de validez jurídica. La Constitución determina la forma, y algunas veces la ideología, de los partidos políticos. Ciertamente el papel de los partidos políticos en la democracia es esencial, pero no hay que dejar de lado la

³⁵⁷ Cfr. FREIDERBERG, Flavia, “Democracia interna en los partidos políticos”, en NOHLEN, Dieter, et al., (comps), *Tratado...*, op. cit., p. 628.

protección de los derechos fundamentales. En este sentido Dieter Grimm nos dice:³⁵⁸

Si la democracia contemporánea sólo es posible en cuanto que democracia de partidos, se deberá concebir desde un principio conjuntamente los órganos del Estado y los partidos. Por otra parte, si se considera necesario mantener la finalidad invariable de la Constitución de limitar el poder estatal a favor de la libertad ciudadana bajo condiciones de la democracia de partidos, deberá la doctrina del Derecho Político dispensar un mayor atención a los efectos limitadores del poder del sistema mismo de partidos.

Los derechos fundamentales que representan *la esfera de lo no decidible, o la esfera de lo no decidible que no*, constituyen el límite material para el sistema de partidos. Los partidos políticos debido a su regulación se encuentran limitados respecto a ciertos aspectos en sus decisiones, ya sea de manera externa o interna. Un ejemplo paradigmático de estas limitantes por parte de la Constitución, constituye la llamada *democracia militante*. La democracia militante consiste en la defensa del sistema democrático garantizado por la Constitución respecto de ideologías que sean contrarias a los principios democráticos y de pluralismo político. La democracia militante yace en la intolerancia respecto a aquellas organizaciones o ideologías que supongan un peligro para el modelo democrático, independientemente de que éstas cumplan con los requisitos formales de participación ciudadana. Para la democracia militante la vida democrática constituye un valor en sí mismo, que el Estado a través del control constitucional debe garantizar. Para Erardo Denninger el principal objetivo de la democracia militante es proteger el modelo de pluralidad política, y solamente esto es posible a través de la incorporación

³⁵⁸ Cfr. GRIMM, Dieter, *op. cit.*, p. 442.

de vedas a ciertas voces políticas dentro de la democracia.³⁵⁹ Entre aquellos países que cuentan con estas cláusulas de democracia militante, encontramos a Alemania. La Constitución alemana en su artículo 21.2 establece que son inconstitucionales aquellos partidos que pongan en peligro los principios constitucionales contenidos en la misma.

La Constitución a través de cláusulas pétreas o procedimientos de reforma agravados, actúa como una garantía a la democracia, al señalar los elementos esenciales que debe contener la vida democrática de Estado. A través de la constitucionalización de los partidos políticos es posible controlarlos y evitar de este modo la intromisión de voces autoritarias y antidemocráticas que puedan representar un peligro para el pluralismo político y para los derechos fundamentales.

3.5. CONCLUSIONES DEL TEMA

Los partidos políticos constituyen un elemento indispensable en las democracias modernas, puesto que éstos constituyen un fenómeno social ineludible, producto de la pluralidad política existente en los Estados modernos. Pero también la necesidad de su existencia recae en que constituyen el ejercicio del derecho de asociación de los individuos, el cual tiene por objetivo que los individuos participen en la toma de decisiones políticas que los van a

³⁵⁹ En palabras de Denninger: “La democracia en libertad únicamente puede existir como programa y realidad en cuanto democracia pluralista, es decir, como orden político que concibe el bien común no como una constante previamente determinada, sino como un tarea a cometer continuamente y, como resultado de la abierta y permanente controversia política. Por tal razón, y únicamente por ello, rechaza la democracia ideologías y proyectos totalitarios, que pretenden sustituir la apertura de la búsqueda del bien común por una pretensión absoluta de verdad y dominación y aniquilar en su nombre la plural libertad de los ciudadanos. La democracia las rechaza incluso cuando los paladines de tales ideologías reconocen verbalmente los procedimientos formales de la democracia parlamentaria (elecciones, principio mayoritario, responsabilidad del Gobierno, etc.), si luego niegan el pluralismo en la programación de sus objetivos. La democracia devienen así *militante*, *armada*. La lucha por la democracia hace de este modo frente a múltiples peligros”. DENNINGER, Erardo, “Democracia militante y defensa de la Constitución”, en *op. cit.*, p. 484.

obligar. Los partidos políticos al constituir los vehículos que congregan las distintas posiciones políticas de un Estado, son necesarios para la democratización de un Estado. Si bien en un principio los partidos políticos eran considerados como fraccionadores de la política y la soberanía nacional, más adelante devendrían a ser organizaciones políticas necesarias para plasmar las distintas voces dentro de los Estado modernos (pluralidad política). Es a partir de esta relevancia que fueron adquiriendo los partidos políticos, que fue necesaria su regulación y reconocimiento en la Constitución.

Este reconocimiento legal trajo consigo la posibilidad de regular el sistema de partidos, ya sea en su libertad externa o interna. Por lo que los partidos son regulados de manera externa e interna. La primera corresponde a los requisitos de creación de los partidos políticos, así como también ciertas prohibiciones a ideologías antidemocráticas. En cuanto a su régimen interno, el Estado regula los requisitos de organización y además busca garantizar que los partidos adopten mecanismos de democracia interna. Pero, esta regulación no esta exenta de tensiones, y es que esas mismas tensiones representan un reflejo de las tensiones inherentes a todas las democracias, y que en el siguiente capítulo vamos a desarrollar.

CAPÍTULO CUARTO.- EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

4.1. DILEMAS DEL CONTROL

La constitucionalización de los partidos políticos supuso su reconocimiento e integración como un fenómeno social necesario en las democracias modernas, de igual modo posibilitó al Estado el poder regular su creación y naturaleza, ya que se establecieron requisitos jurídicos que delineaban el sistema de partidos. A través de la constitucionalización de los partidos políticos el Estado constitucional se convirtió en un *Estado de partidos (Parteistaat)*. Por lo que podemos decir que el reconocimiento constitucional de los partidos políticos no sólo constituye una garantía para su existencia, sino a su vez permite su control por parte del Estado, en palabras de Dieter Grimm: “La acogida de los partidos en la Constitución significa no sólo el reconocimiento normativo de una realidad independiente, sino también su regulación”.³⁶⁰

Como consecuencia de la supremacía constitucional todo ente público y privado dentro del Estado está sometido al control de la Constitución. En este sentido, los partidos políticos al ser reconocidos por la Constitución, pueden ser defendidos por la justicia constitucional, pero, también pueden ser controlados. Es a partir de su regulación, en las normas constitucionales y en las ordinarias, que los partidos políticos devinieron a ser objeto del Derecho, y en especial a ser objetos del control constitucional.

Aunque en un principio las cuestiones políticas se encontraban fuera del control constitucional, actualmente esto ya no es así. Gracias a los conceptos de supremacía y rigidez constitucional, los jueces constitucionales están

³⁶⁰ GRIMM, Dieter, op. cit., véase nota *supra* 349, p. 391.

facultados para verificar los actos y normas emitidas por los partidos políticos; y cualquier otro ente de carácter político.³⁶¹

Si bien es posible regular a los partidos políticos a través de leyes, es necesario subrayar el papel que juega la Constitución respecto a éstos, sobretudo cuando los órganos jurisdiccionales, a través los medios de control constitucional, resuelven conflictos relacionados con este tipo asociaciones políticas. Actualmente la intervención de la justicia constitucional en los partidos políticos se debe en gran medida a la necesidad de proteger los derechos fundamentales de sus afiliados, y en algunos casos, por la necesidad de salvaguardar el orden constitucional.

Es en este punto que nos encontramos ante un problema no menor, pues la creación y funcionamiento de los partidos políticos constituye en sí el ejercicio de un derecho fundamental, el *derecho de asociación*. Los partidos políticos no solamente constituyen un requisito indispensable para el buen funcionamiento de una democracia –puesto que a través de ellos se da voz a las distintas corrientes políticas dentro de un Estado– sino además son el ejercicio de un derecho fundamental. Como bien señala Manuel García Pelayo,³⁶² el reconocimiento y regulación jurídica de los partidos políticos puede derivar en una probable afectación de su autonomía y organización interna. En este mismo sentido, una excesiva regulación y control de los partidos políticos por parte de los órganos de control constitucional puede igualmente constituir una limitación del derecho de asociación en su funcionamiento y desarrollo.

Como se señaló anteriormente, las razones por las que los órganos jurisdiccionales pueden intervenir en la vida y organización de los partidos

³⁶¹ Por lo que podemos decir que existe actualmente una judicialización de la política.

³⁶² Véase nota *supra* 334.

políticos radican en la protección de otros derechos distintos al derecho de asociación, y el cumplimiento de ciertas limitaciones contenidas en la norma constitucional. Lo anterior se debe a la obligación que tiene el Estado de mantener y respetar el orden constitucional. El Estado constitucional está obligado a proteger y fomentar la existencia de los partidos políticos, sin embargo, a su vez está constreñido a proteger y garantizar otros derechos fundamentales. Es en esta disyuntiva donde yace el dilema del control, pues, un control jurisdiccional sin límites puede coartar la necesaria autonomía, entendida como la autodeterminación en sus asuntos internos, de los partidos políticos; y por ende, el de la democracia. Por el otro lado, la inactividad por parte de los órganos jurisdiccionales puede resultar en una violación de derechos fundamentales (o incluso, una alteración del orden constitucional) en manos de los partidos.

De tal modo, que antes de abordar la tensión existente entre partidos políticos y los órganos de control constitucional, es necesario realizar un breve estudio sobre la consideración de los partidos políticos como el ejercicio del derecho de asociación.

A) Los partidos políticos como el ejercicio del derecho de asociación

Como afirmamos anteriormente los partidos políticos son el resultado del ejercicio de un derecho fundamental, el *derecho de asociación*. Los partidos políticos fungen como acaparadores de las distintas corrientes políticas de un Estado, y es a través de su creación y funcionamiento que los individuos se asocian para alcanzar un fin determinado: acceder a los cargos de elección popular e incidir en el gobierno del Estado. Ciertamente, los partidos políticos implican el ejercicio del derecho de asociación, pero no sólo de éste, ya que confluyen otros derechos, entre ellos el derecho de opinión, el derecho de voto

(pasivo y activo), derecho de reunión,³⁶³ entre otros. Sin embargo, el derecho de asociación constituye el pilar fundamental en el que se finca este tipo de organización colectiva de carácter político. Pero antes de seguir adelante es necesario –para evitar ciertas confusiones– tener claro en qué consiste este derecho, de tal manera que acudimos a Gregorio Badeni, quien entiende por derecho de asociación, lo siguiente:

Es la facultad que tienen los individuos para agruparse, de manera permanente y voluntaria, con el objeto de alcanzar la finalidad lícita que se han propuesto, e inclusive de un fundar una entidad al efecto.³⁶⁴

El origen del reconocimiento constitucional del derecho de asociación yace en el carácter social de los seres humanos y en su necesidad de reunirse para incidir en la vida política de su comunidad. El derecho de asociación no está limitado solamente a grupos de carácter político, sino de otras índoles, por ejemplo asociaciones religiosas, sociedades mercantiles, etc. La finalidad de la asociación corresponde enteramente a sus integrantes y el Estado no puede incidir de forma arbitraria en su esfera interna ya que son autónomos. Es así, que la autonomía y autodeterminación de los partidos políticos es a su vez expresión del derecho de asociación de sus militantes. En ese sentido, el derecho de asociación es un derecho de ejercicio colectivo, aunque es de titularidad individual. Sin embargo, al igual que otros derechos fundamentales el derecho de asociación está limitado, puesto que es el Estado quien determina qué actividades son lícitas; y por lo tanto posibles.

³⁶³ El derecho de asociación no debe confundirse con el derecho de reunión, ya que este último consiste en la agrupación temporal de individuos para la realización de un fin, en palabras de Badeni: “La libertad de reunión, en un concepto amplio, consiste en la potestad que tiene cada individuo para comunicarse corporalmente con otras personas a fin de desplegar una actitud o una idea común. Su ejercicio se traduce en la agrupación momentánea, voluntaria e individual de varias personas en un lugar y tiempo comunes, con el propósito de intercambiar opiniones, adoptar una decisión y, eventualmente, de ejecutarla”. BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2a. ed., Argentina, La Ley, 2006, p. 548.

³⁶⁴ Para Badeni este tipo de asociaciones puede ser de cualquier naturaleza, siempre y cuando sea lícita. Cfr. *Ibidem*, p. 551.

Anteriormente habíamos hecho mención que el derecho de asociación comprende también el ejercicio de otros derechos fundamentales, por lo que acudimos a José Antonio Soto Paz quien nos señala que el derecho de asociación comprende cuatro dimensiones:

- a) La libertad de creación de asociaciones;
- b) La libertad de asociarse o de no asociarse
- c) La libertad de organización y funcionamiento internos
- d) Los derechos de los asociados; comprendería el haz de facultades de los asociados frente a las asociaciones que pertenecen.³⁶⁵

Asimismo, nos señala que el derecho de asociación comprende la creación y organización de los partidos políticos:

Ciertamente, la libertad de asociación puede ejercerse con fines diversos, pero no cabe la menor duda de que entre ellos tienen una relevancia especial aquellos que aspiran y persiguen fines ideológicos concretos.

Los partidos políticos expresan el pluralismo político y concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular, siendo el instrumento fundamental para la participación política, ofreciendo a los ciudadanos una pluralidad de opciones ideológicas.³⁶⁶

Los partidos políticos no son un fin en sí mismos, simplemente son los instrumentos que permiten a los individuos que los integran alcanzar un fin particular; en este caso un fin político. Por ello, es necesario tener en cuenta que a diferencia de otras libertades, el derecho de asociación es de carácter funcional, es decir, su garantía yace en su ejercicio y no en su mera

³⁶⁵ SOTO PAZ, José Antonio, *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, 2a. ed., España, Marcial Pons, 2003, p. 511.

³⁶⁶ *Ibidem*, pp. 519-520.

existencia.³⁶⁷ Es decir, la importancia de los partidos políticos radica en función de la autonomía, a través de la representación democrática, que otorguen a sus militantes, no en el simple hecho de que existan; puesto que puede haber partidos políticos autocráticos, como en el caso de los sistemas de partido hegemónico.

El derecho de asociación a diferencia de otros derechos no funda su importancia en la dignidad humana, en cambio, como nos dice Dieter Grimm,³⁶⁸ consiste en una variante de la libertad personal de los individuos. Los partidos políticos constituyen los medios para que los individuos puedan ejercer su autonomía, y de ese modo puedan incidir en la vida política de su sociedad. Cuando el Estado limita o prohíbe la creación de nuevos partidos políticos, lo que hace es limitar el ejercicio de un derecho fundamental. Ferrajoli considera que el derecho de asociación política está comprendido dentro de los *derechos de autonomía*.³⁶⁹ Por lo que el derecho de asociación es un *derecho a*, es decir un derecho-poder para alcanzar un fin, de tal forma que puede estar limitado por la regulación del Estado; a diferencia de los *derechos de libertad* que implican *libertades frente a*, y que constituyen limitantes a la intervención del Estado, el cual su vez también está obligado a garantizar su eficacia.³⁷⁰ En este

³⁶⁷ En palabras de Dieter Grimm: “A diferencia del individuo, los partidos no pretenden la libertad por sí misma. Se trata más bien una libertad funcional y, por ello, también de una libertad determinada y limitada por el fin y el alcance de su función. Esto no significa, claro está, que los partidos no tengan derechos fundamentales”. GRIMM, Dieter, *op. cit.*, p. 407.

³⁶⁸ Cfr. *Ídem*.

³⁶⁹ Ferrajoli divide los derechos fundamentales en cuatro tipos de derechos: derechos de libertad, derechos sociales, derecho civiles y derechos políticos. Los primero los agrupa como derechos primarios, finales o sustanciales, los cuales son una *libertad frente a* (inmunidad). Mientras los otros dos los agrupa como derechos secundarios, instrumentales o de autonomía, los cuales consisten en una *libertad de* (derecho-poder). Cfr., FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris*, Madrid, Trotta, 2011, t. I, pp. 706-710.

³⁷⁰ Para poder diferenciar estas dos clases de derechos Ferrajoli señala algunas distinciones: “En primer lugar, mientras los derechos de libertad son sólo inmunidades a lo sumo facultades, cuyo ejercicio carece de efectos jurídicos en otras esferas de libertad, los derechos de autonomía son poderes ejercitables mediante actos preceptivos productores de efectos también en la esfera jurídica de otros y por ello sometidos a las normas, formales y sustanciales, sobre su producción. En segundo lugar, el ejercicio de los derechos de autonomía se halla siempre vinculado, en cuanto a los efectos de grado subordinado que

mismo sentido, debemos nuevamente mencionar que el mismo Ferrajoli encasilla a los derechos políticos (junto como los civiles) dentro de la dimensión formal de la democracia.³⁷¹ De tal índole, que se encuentran dentro de la esfera de lo decidible, por lo que Estado puede regularlos (a través de la decisión de la mayoría).

La importancia de considerar a los partidos políticos como el ejercicio de un derecho fundamental radica en su carácter como obligación positiva por parte del Estado, puesto que este último está coaccionado a garantizar su ejercicio y a su vez debe promover su desarrollo. La constitucionalización del derecho de asociación permite a los individuos exigir al Estado su cumplimiento y además blinda su existencia dentro del ordenamiento jurídico (a través de la rigidez constitucional). Por lo que podemos afirmar que la importancia de los partidos políticos no sólo yace en su reconocimiento como un elemento indispensable de todo régimen que adopte una forma de gobierno democrática, sino también en su reconocimiento como el resultado del ejercicio de un derecho fundamental. El considerar a los partidos políticos como el resultado del ejercicio de un derecho fundamental permite a su vez que los órganos constitucionales estén facultados para garantizar su existencia y fomentar su desarrollo, pero también los faculta para intervenir no sólo en su desarrollo como entidades autónomas dentro de la competencia democrática (libertad externa), sino también, en su régimen interno (libertad interna).

produce dicho ejercicio, a los derechos fundamentales pertenecientes al mismo grado o nivel normativo al que pertenecen los propios derechos de autonomía. De ahí la sujeción a la ley de todos los poderes, políticos y privados, que en la democracia constitucional son los unos una expresión indirecta, a través de la representación política, y los otros expresión directa de los derechos de autonomía política y civil. *Más concretamente, son no ya estos derechos poder, generalmente del mismo rango o nivel que los demás derechos fundamentales, sino los efectos indirectos o directos de su ejercicio –las normas legales producidas por el ejercicio del poder legislativo, las situaciones producidas mediante el ejercicio de los poderes negociables- los que se encuentran en un grado subordinado al conjunto de los derechos fundamentales, por lo común de rango constitucional, y no pueden derogarlos”.* *Ibidem*, pp. 712-713. (Las cursivas son nuestras)

³⁷¹ Véase el apartado de democracia sustancial en el capítulo dedicado a democracia.

En conclusión, el considerar a los partidos políticos como el ejercicio de un derecho fundamental obliga al Estado a garantizar y desarrollar su existencia, sin embargo esta obligación trae consigo otros problemas. El Estado también está obligado a garantizar otros derechos fundamentales; y algunas veces el orden constitucional. Por lo que pueden existir conflictos entre los derechos fundamentales de los militantes, como individuos, frente al partido político (como ejercicio colectivo del derecho de asociación), o incluso, pueden existir conflictos entre los partidos políticos, como ente colectivo, con otros individuos ajenos al partido.

B) Posibles conflictos del derecho de asociación con otros derechos fundamentales

Entre los derechos fundamentales existe una interrelación ya sea en su ejercicio o en su garantía, sin embargo, estas relaciones no están exentas de problemas, puesto que en algunos casos la prevalencia de un derecho puede significar el menoscabo de otro. En este sentido, el derecho de asociación no está exento de problemas, pues, al constituir éste el ejercicio de una libertad colectiva, pueden existir tensiones entre el derecho de asociación y los derechos de los integrantes del mismo partido, o incluso, el de los individuos ajenos al mismo. Ferrajoli considera que los conflictos entre los derechos de autonomía y los derechos de libertad son un fenómeno recurrente en las democracias constitucionales, en palabras de Ferrajoli: “Queda, en fin, la cuarta clase de relaciones (de los derechos de autonomía, tanto civiles como políticos), la que sin duda es más importante porque afecta al corazón de la democracia constitucional: las relaciones entre derechos y poderes, es decir, entre los derechos sociales y de libertad y, enfrente, los derechos-poder de autonomía, sean políticos o civiles; en pocas palabras, entre Estado y mercado, por un lado, y derechos fundamentales, por el otro”.³⁷² Es esta relación entre derechos

³⁷² FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, t. II, p. 72.

de autonomía y derechos de libertad, la misma que podemos observar entre la autonomía de los partidos políticos en relación con los derechos fundamentales de sus militantes.

Los partidos políticos cuentan con una autonomía respecto a su organización y funcionamiento interno, pero no hay que olvidar que estos están compuestos por individuos –militantes- los cuales cuentan con una serie de derechos dentro del partido. El partido está obligado a respetar y garantizar los derechos fundamentales de sus afiliados; y en algunos casos, también los derechos de los individuos ajenos al partido que deseen formar parte del mismo. Para tener un mejor panorama respecto de qué derechos disponen los afiliados dentro de un partido político acudimos a Leonel Castillo González, quien realiza una lista de los derechos fundamentales de los afiliados en los partidos políticos:

- 1) Libertad de expresión, crítica y opinión, en relación con manifestaciones realizadas al interior y exterior del partido.
- 2) Libertad de creación y organización de corrientes dentro del propio partido.
- 3) Acceso de los cargos del partido y a formar parte de las listas electorales, con carácter de igualdad.
- 4) Acceso a la información respecto de las actividades del partido.
- 5) Respeto de ciertos principios procesales básicos en los procedimientos disciplinarios partidistas.
- 6) Libre acceso al partido político y salida del mismo. No cabría negarse al acceso cuando la causa de inadmisión se base en circunstancias discriminatorias, tales como sexo, religión, etcétera. La decisión sobre la

admisión o rechazo debe estar debidamente motivada, y encomendarse siempre a un órgano imparcial.³⁷³

Estos derechos pueden verse afectados por decisiones o regulaciones internas de los partidos políticos, ya sea por la imposibilidad de sus afiliados de participar en los mecanismos de democracia interna, falta de transparencia dentro del partido, negativa de admisión al partido por razones discriminatorias o por la coacción para formar parte de un partido en particular (este es un caso común en las democracias con un partido político único o hegemónico). La tensión entre los derechos de los afiliados y el derecho de asociación supone un choque de normas (normas constitucionales), pero no de cualquier tipo de normas, puesto que los derechos fundamentales son un tipo particular de normas, son *principios*.³⁷⁴ Los conflictos entre principios, a diferencia de los conflictos entre reglas, son derivados del carácter moral de los derechos fundamentales, los cuales a diferencia de otras normas no pueden seguir un procedimiento de *subsunción*³⁷⁵ legal ordinario, de tal manera que son

³⁷³ CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, *Los derechos de la militancia y la jurisdicción*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004, pp. 41-42.

³⁷⁴ Para comprender el concepto de principios es necesario mencionar la distinción entre reglas y principios, por lo que acudimos a Robert Alexy quien nos dice lo siguiente: “Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*. Que un principio valga para un caso no significa que lo que el principio exige para este caso tenga validez como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas. Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si este no es el caso, entonces lo que regla establece tiene validez definitiva”. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2a. ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 79-80. Véase también el capítulo 2 de DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 5a. reimpresión, España, Ariel, 2002, pp. 61-101.

³⁷⁵ Para Manuel Atienza la subsunción comprende la aplicación de una regla de acción, esto es, una regla que establece determinadas condiciones para su aplicación. En caso de que satisfagan estas condiciones, entonces se aplican las consecuencias dispuestas por la norma. ATIENZA, Manuel, *El Derecho como Argumentación*, 1a. ed., España, Ariel, 2006, p. 164.

necesarios mecanismos distintos para resolver los conflictos entre principios, en palabras de Carlos Bernal Pulido:

Los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico. [...]

Ahora bien la ponderación es la manera de aplicar los principios y de resolver las colisiones que puedan presentarse entre ellos y los principios o razones que jueguen en sentido contrario.³⁷⁶

El método para resolver los conflictos derivados de la contraposición de principios es llamado ponderación. La ponderación utiliza la metáfora de la “báscula”, en la cual se pesan los derechos fundamentales en conflicto, y de este modo, se determina qué derecho fundamental tiene más importancia en el caso concreto, y por ello debe prevalecer. La posibilidad de ponderar el peso de los derechos fundamentales, yace en su mismo carácter moral.³⁷⁷ Asimismo, Manuel Atienza reconoce que es necesaria la ponderación cuando los órganos jurisdiccionales deben resolver los conflictos entre principios. Para Manuel Atienza la aplicación de los principios consta de dos fases: la primera consiste en convertir el principio (o los principios) en reglas (que en este caso sería la ponderación); mientras en la segunda fase el principio se aplicara como una regla (a través de la subsunción o la regla del fin).³⁷⁸ En este sentido, es necesario realizar un juicio de ponderación para lograr aplicar el principio en el caso concreto. De tal manera que es necesario realizar la ponderación para que

³⁷⁶ BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, 1a. ed., Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 96.

³⁷⁷ Para Ronald Dworkin los principios a diferencia de las normas cuentan con una dimensión de peso o importancia. Cuando existen conflictos entre principios quien debe resolver debe tener en cuenta el peso de cada uno de los principios, la decisión que tome respecto del peso de cada uno siempre será motivo de controversia, a diferencia de las normas las cuales tienen criterios para determinar la importancia de cada una, por ejemplo: especificidad, posterioridad, autoridad superior, etc. *Cfr. Ibidem*, p. 77-78.

³⁷⁸ *Cfr. Ibidem*, p. 168.

los jueces constitucionales puedan aplicar los principios contenidos en la Constitución.³⁷⁹

A través de la ponderación los órganos jurisdiccionales resuelven los conflictos derivados de la contraposición de derechos fundamentales. En este caso, el papel de los órganos jurisdiccionales –con facultades de control constitucional– consiste en resolver los conflictos derivados de la contraposición de los derechos fundamentales de los afiliados con el derecho de asociación. Los jueces al ponderar los derechos fundamentales deben seguir ciertos requisitos al dictar su sentencia (idoneidad, necesidad y principio de proporcionalidad)³⁸⁰, y es a través de una serie requisitos (razonabilidad, principio de proporcionalidad y racionalidad) que los jueces deben fundamentar sus decisiones en un caso de colisión de principios; más adelante desarrollaremos los elementos que intervienen en la ponderación.

Sin embargo, un efecto derivado del ejercicio de la ponderación es el menoscabo, en el caso concreto, de uno de los dos derechos puesto en la balanza. De tal manera que si en el ejercicio de ponderación llegase a predominar el derecho de los afiliados respecto del derecho de asociación, éste último sufriría un menoscabo como derecho fundamental. El menoscabo del ejercicio del derecho de asociación puede implicar también un menoscabo al modelo de democracia representativa, puesto que el partido en cuestión pierde autonomía por la injerencia del Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, lo cual no es un problema menor.

³⁷⁹ Para Alexander Aleinikoff las decisiones emitidas por los órganos jurisdiccionales son sólo aquellas en las cuales el órgano jurisdiccional asigna valores a los intereses dentro del juicio, en palabras de Aleinikoff: “Cuando califico una decisión propia de *ponderación* me refiero a una decisión judicial que analiza una cuestión constitucional identificando los intereses implicados en el caso y llega a una decisión; o crea una norma de Derecho Constitucional al asignar –explícita o implícitamente– valores a los intereses identificados”. ALEINIKOFF, T. Alexander, *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*, 1ª. Ed., Perú, Palestra, 2010, P. 23.

³⁸⁰ Cfr. Bernal Pulido, *op. cit.*, pp. 99-100.

4.2. AUTONOMÍA *VERSUS* INTERVENCIÓN

En un principio la intervención de los órganos jurisdiccionales a las cuestiones políticas del Estado estuvo muy limitada, ya que se consideraba que los asuntos relacionados a la vida política de un Estado no debían encontrarse bajo el control de los jueces. Sin embargo, gracias al reconocimiento constitucional de los partidos, y sobretodo, al papel de los tribunales constitucionales, los cuales a través de su jurisprudencia han regulado varios aspectos de la vida política del Estado, hoy en día la materia político-electoral no está exenta del control constitucional.

El derecho de asociación al igual que otros derechos llamados libertades clásicas o civiles, se caracteriza por el principio de no injerencia por parte del Estado. La concepción clásica de las libertades de los individuos como derechos subjetivos consistía en considerar a estos últimos como un *no hacer* por parte del Estado, pero, actualmente gracias a la concepción que han adquirido los ahora nombrados derechos fundamentales, se ha abandonado ese esquema, y ahora estos son considerados como valores de gran interés para la sociedad, los cuales el Estado está obligado a garantizar y fomentar su ejercicio.

Si bien la posible intromisión del Estado a los partidos políticos puede ser a través de leyes secundarias llevadas a cabo por órganos administrativos, fiscales, políticos, o de otra naturaleza, en este trabajo sólo nos hemos dedicado a examinar la intervención que realiza el Estado a través de los órganos jurisdiccionales de carácter constitucional. La razón de este estudio específico radica en la consideración de que las tensiones producto de la intervención jurisdiccional son a su vez producto de las tensiones existentes entre democracia y constitucionalismo. Y es por ello que tomamos como objetivo a los partidos políticos quienes son el mejor representante de la idea de representación política contenida en la concepción moderna de democracia,

mientras, los tribunales y jueces constitucionales son los agentes encargados de mantener el orden constitucional y garantizar los derechos fundamentales.

Anteriormente habíamos hecho mención que una de las ventajas de la forma de gobierno democrática, respecto de otras formas de gobierno, consiste en salvaguardar la autonomía del individuo dentro de la sociedad. Gracias a la democracia los individuos pueden participar en la toma de decisiones políticas que los van obligar, sin embargo, debido al fenómeno de la representación política los individuos deben elegir a sus representantes para delegar la toma de decisiones. Los partidos políticos al fungir como instrumentos para acceder a curules de representación constituyen por sí mismos la materialización del carácter autónomo de los individuos, pues son ellos quienes, al conjuntar una afinidad ideológica, buscan acceder al manejo y gobierno del Estado. Es así que los partidos políticos también gozan de autonomía, fundamentada en la autonomía de sus militantes, y por ello cuentan con la potestad de actuar conforme a sus reglas autodeterminadas.

La intervención de los órganos jurisdiccionales a los partidos políticos no sólo constituye una limitación a un derecho fundamental (libertad de asociación) sino a su vez constituye una afectación al modelo de democracia representativa. A través de la intervención jurisdiccional la autonomía de los partidos puede verse coartada, ya sea de manera externa o interna. También hay que subrayar que el control jurisdiccional puede limitar o prohibir el carácter ideológico de ciertas corrientes políticas, ocasionando que a través del control jurisdiccional no se dé cabida a ciertas voces dentro del juego democrático, derivando esta limitación en una afectación al carácter plural de la democracia.

4.3. ¿CUÁL ES NUESTRA POSICIÓN?

Ante la problemática antes mencionada, es necesario tomar una postura respecto al papel que deben tomar los órganos de control constitucional en cuanto al control que deben ejercer sobre los partidos políticos. Pero antes es necesario tener en cuenta dos preguntas importantes, las cuales dependiendo de la respuesta que demos, determinará la forma que abordaremos esta tensión, las cuales en cuestión son: ¿Hasta qué grado los órganos jurisdiccionales pueden controlar la vida los partidos políticos sin alterar su autonomía, y en consecuencia la de sus afiliados? Y esta pregunta a su vez nos lleva a otra de más envergadura, ¿Hasta qué punto puede el constitucionalismo intervenir en la vida democrática de un Estado sin vaciarla de contenido?³⁸¹

En estas preguntas yace el conflicto entre *procedimentalistas* y *constitucionalistas*. Los primeros consideran que a través del respeto y seguimiento de un procedimiento ideal, las decisiones que tomen los agentes del discurso van a ser correctas, ya que su validez yace en el seguimiento de un procedimiento racional que permite dar voz a las distintas posiciones ideológicas existentes, y de este modo la solución consistirá en el acuerdo entre estos disensos (democracia deliberativa).³⁸² Mientras los segundos consideran que son necesarios patrones de corrección objetivos basados en los principios contenidos en la Constitución, a partir de los cuales se pueda llegar a soluciones correctas. El patrón de corrección sería externo puesto que no provendría del consenso de los actores, por lo que toda decisión debe estar fundamentada en aquellos principios de carácter jurídico.

³⁸¹ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia...*, op. cit.

³⁸² Habermas subraya el papel del discurso procedimental para la formación de la democracia deliberativa: “El desarrollo y consolidación de una política deliberativa, la teoría los hace depender, no de una ciudadanía colectivamente capaz de acción, sino de la institucionalización de los correspondientes procedimientos y presupuestos comunicativos, así como de la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente”. HABERMAS, Jürgen, op. cit., véase nota *supra* no. 61, p. 374.

En este caso los procedimentalistas considerarían que a través del respeto y seguimiento de las reglas del juego democrático las decisiones tomadas por los agentes del discurso serían correctas, ya que estas son derivadas del consenso de sujetos racionales. Los procedimentalistas no niegan la existencia de los controles constitucionales, sin embargo, consideran que estos sólo deben limitarse a salvaguardar la democracia como un procedimiento y no como conjunto valores. Para los procedimentalistas la Constitución sólo debe estar encaminada a garantizar las reglas del juego democrático, entre aquellos que defienden un modelo de democracia procedimental encontramos a Ely, quien considera que el papel de los tribunales sólo consiste en evitar alteraciones al orden democrático.³⁸³

En cambio para los constitucionalistas, el juego democrático no sólo debe constar de un carácter procedimental, sino además sustancial, es decir los derechos fundamentales; estos últimos deben ser protegidos y desarrollados a través de la jurisdicción. Para los constitucionalistas no son suficientes los procesos democráticos, sino además la integración de los derechos fundamentales en la vida política de un Estado. Los constitucionalistas consideran que la única manera de salvaguardar los derechos es a través de un patrón objetivo de corrección, que en este caso sería la Constitución, y el papel de los jueces con facultades de control constitucional consiste en interpretar y verificar estos principios.³⁸⁴

³⁸³ Para comprender mejor forma la línea de pensamiento de Ely acudimos a John Elster, quien nos ofrece un reseña del papel de los órganos jurisdiccionales en las democracias para Ely: “Insiste Ely en que el propósito de la revisión judicial es proteger los procedimientos democráticos contra cauces y distorsiones y en que el establecimiento de principios sustantivos de justicia es tarea de la legislatura y no de los tribunales. La tarea del Tribunal Supremo consiste en proteger los derechos políticos de los ciudadanos y no de sus derechos civiles, ya que al ejercer éstos sus derechos políticos (debidamente protegidos) podrán definir y proteger por sí mismo lo derechos civiles”. ELSTER, John y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y Democracia*, 1a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 39.

³⁸⁴ Ferrajoli delega –como habíamos mencionado anteriormente– el papel de proteger los derechos fundamentales a los órganos jurisdiccionales, en palabras de Ferrajoli: “En efecto, la sujeción del juez ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su

Tomar cualquiera de las dos posturas repercutiría en el manejo de la relación entre los partidos políticos y los órganos de control constitucional. Puesto que una postura procedimentalista supondría que los órganos jurisdiccionales deben permanecer –en la mayor medida posible– ajenos al juego democrático, y por ende, de la organización interna de los partidos. En el mejor de los casos la actuación de la justicia constitucional sólo sería para mantener las reglas del juego. Por el otro lado, el tomar una postura constitucionalista significaría que los órganos de control de la constitucionalidad estarían facultados para intervenir en cualquier aspecto de la vida política de los partidos políticos, en caso de que exista una violación al orden constitucional.

Por ello, y derivado de todo lo estudiado en este trabajo, nos inclinamos por la postura constitucionalista. El por qué de esta decisión yace en un problema fundamental existente en el discurso procedimental, el cual se encuentra en la pretensión de validez y corrección de las decisiones. Para los procedimentalistas la pretensión de corrección de una decisión democrática se encuentra en el discurso deliberativo, de tal forma que toda decisión que se encuentre bajo las reglas del juego democrático es correcta, sin embargo, por sí mismo el procedimiento no asegura que la respuesta sea correcta porque hacen falta elementos externos de corrección que permitan hacernos saber que la decisión tomada ha sido la más justa.

Estos elementos externos de corrección deben ser independientes al procedimiento deliberativo, de tal forma que funcionen como patrones que permitan saber si la decisión es correcta, en palabras de Erik Oddvar Eriksen: “Si la democracia deliberativa defiende sus pretensiones sobre sus propiedades

significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucionalista-garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez”. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. Ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 26.

morales apelando a un proceso ideal, no puede dar cuenta de su valor epistémico. Por otra parte, si la democracia deliberativa pretende tener propiedades epistémicas, ello exige que las mismas sean no sólo externas, sin independientes de todo proceso de deliberación real”.³⁸⁵ Como vimos con Ferrajoli, son necesarios ciertos elementos sustanciales dentro del procedimiento democrático que permitan que el discurso democrático sea justo, y por ende correcto. Es decir, el discurso procedimental no puede sustraerse de los principios (derechos fundamentales) para su desarrollo, hacerlo implicaría que el procedimiento fuese incorrecto, y por lo tanto inválido.

Incluso en los universales procedimentales de Bobbio son necesarios elementos sustanciales para llevar a cabo un proceso democrático, y estos elementos sustanciales son los derechos fundamentales. Esta necesidad de contar con elementos sustanciales en el discurso procedimental es más visible en las democracias constitucionales, en las cuales la existencia de una Constitución introduce no sólo las reglas del discurso democrático, sino además aquellos elementos sustanciales que representan la *esfera de lo no decidible* y que constituyen los derechos fundamentales. De tal manera, que la Constitución congrega los requisitos formales y sustanciales de la democracia, de este modo funge como un verdadero patrón de corrección, en palabras de Erik Oddvar:

Las normas fundamentales como la igualdad, la autonomía, la dignidad humana, la seguridad jurídica, la democracia, que estructuran y fundamentan los procedimientos básicos del Estado constitucional moderno, están en la cima jerárquica del ordenamiento (la Constitución). Son parte del ámbito del deber ser. Los procedimientos, en sí mismo,

³⁸⁵ ODDVAR ERIKSEN, Erik, “Derecho democrático o Gobierno de los jueces”, en MENÉNDEZ, José Agustín y ODDVAR ERIKSEN, Erik (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 131.

están cargados de contenido normativo y sus resultados están sujetos a algún tipo de control constitucional por parte de los jueces.³⁸⁶

Como habíamos visto con Andrea Greppi, la democracia por sí misma, sólo consiste en un procedimiento para la toma de decisiones políticas. Sin embargo, la democracia no garantizaba que las decisiones emitidas por la regla de la mayoría fueran correctas. Es así que los derechos fundamentales constituyen los elementos objetivos de corrección de las decisiones democráticas, es decir son su dimensión sustancial necesaria. Esta confluencia de elementos formales y materiales es lo que caracteriza a las democracias modernas.³⁸⁷ Por lo que el papel de verificar los principios establecidos por la Constitución está en manos de la justicia constitucional.

Ferrajoli defiende el papel de la jurisdicción constitucional frente a las críticas postuladas por los procedimentalistas, quienes afirman que la discrecionalidad de los jueces al interpretar y resolver los conflictos entre derechos fundamentales los convierte a estos en verdaderos legisladores, resultando en un “gobierno de los jueces”. Sin embargo, Ferrajoli señala que los derechos fundamentales constituyen los únicos patrones de corrección dentro de una democracia constitucional, por lo que la interpretación de los jueces no puede salir del contenido que el mismo derecho fundamental establece, por lo que sólo pueden interpretarlos, a diferencia de los legisladores que pueden modificarlos y crearlos (mas no limitarlos o erradicarlos del sistema).³⁸⁸

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 133. El paréntesis es nuestro.

³⁸⁷ Ferrajoli, quien también concuerda con la idea de que las democracias constitucionales suponen la confluencia de elementos procedimentales y materiales, en palabras de Ferrajoli: “El paradigma de la democracia constitucional no es otro que la sujeción del derecho al derecho generado por esa disociación entre vigencia y validez, entre mera legalidad y estricta legalidad, entre forma y sustancia, entre legitimación formal y legitimación sustancial o, si se quiere, entre la weberiana “racionalidad formal” y “racionalidad material”. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos...*, *op. cit.*, p. 22.

³⁸⁸ En palabras de Ferrajoli: “Totalmente distinta es la discrecionalidad judicial y de todas las funciones de garantía, la cual interviene en aquella específica actividad tendencialmente cognitiva que es la aplicación de la ley, tanto ordinaria como constitucional. Su espacio está circunscrito por la sujeción a la ley y se

Anteriormente habíamos hecho mención de los requisitos objetivos que debían contener las sentencias de los jueces constitucionales (racionalidad, principio de proporcionalidad y razonabilidad).³⁸⁹ Asimismo, habíamos señalado que el principio de proporcionalidad era el mecanismo objetivo que permitía a los jueces resolver los casos que estuvieran relacionados con los derechos fundamentales. Para comprender el significado del principio de proporcionalidad acudimos a Juan Cianiardo, quien nos explica en qué consiste el principio de proporcionalidad: “Consiste en establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar”.³⁹⁰

Es por ello que la justicia constitucional al intervenir en la libertad externa o interna de los partidos políticos debe emplear el *principio de proporcionalidad*. La necesidad de este procedimiento racional, yace en el menoscabo de un derecho fundamental (derecho de asociación) derivada de la intervención de los órganos jurisdiccionales. Los órganos de control constitucional a través del principio de proporcionalidad determinan si la limitación al derecho fundamental, en este caso el de asociación, es razonable con el fin que la sociedad busca. Es decir, se debe demostrar si la intervención de los órganos de control constitucional a los partidos políticos es coherente con la forma de gobierno

limita por ello a la interpretación de las normas aplicadas: las constitucionales, por los jueces constitucionales (acompañada por la interpretación de la ley ordinaria a la que afecta su juicio); las legislativas, por los jueces ordinarios (acompañada por la interpretación de la ley constitucional para valorar los perfiles de invalidez de la ley aplicable). A diferencia de la discrecionalidad política, que se manifiesta en las decisiones legislativas ya administrativas, que producen nuevo derecho si bien en el respeto a la Constitución, la discrecionalidad de la jurisdicción y de las demás funciones de garantía se manifiesta únicamente en las decisiones interpretativas, es decir, relativas al “significado” de las normas aplicables, comenzando por el de los derechos constitucionalmente establecidos. Eso debería bastar para ahuyentar el espantajo del llamado “gobierno de los jueces”, que obsesiona a una parte de la filosofía jurídica y política y, obviamente, al estamento político”. FERRAJOLI, Luigi, *op cit.*, *supra* nota 11, p. 75.

³⁸⁹ Véase el apartado dedicado a la interpretación constitucional en el capítulo de “Justicia Constitucional”.

³⁹⁰ CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009, p. 107.

democrática y con el respeto de los derechos fundamentales. Los criterios que debe seguir este juicio de proporcionalidad son los siguientes:

- *Idoneidad*; la intervención realizada por el Estado debe ser idónea para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. Es decir, la intervención del Estado a los derechos fundamentales debe ser la más adecuada, de tal manera que la intervención no vacíe de contenido al derecho fundamental, pero además, esta intervención a debe obedecer a fin constitucional.
- *Necesidad*; la intervención debe ser la más favorable de entre todas las medidas idóneas. De entre las distintas opciones posibles, el Estado debe tomar aquella decisión que no implique una gran afectación al derecho intervenido. Este subprincipio, junto al de idoneidad, expresan las posibilidades fácticas de la optimización del principio.
- *Proporcionalidad en sentido estricto*; el objetivo de la intervención debe ser adecuado en relación con el significado del derecho intervenido (ponderación).³⁹¹

Con el del juicio de proporcionalidad los órganos de control de la constitucionalidad legitiman su intervención al limitar los derechos fundamentales con criterios racionales, pero, para ello deben demostrar, a través de argumentos que fundamenten su decisión, las ventajas producto de su intervención. De tal manera que la decisión de intervenir en la libertad externa e interna de los partidos políticos debe estar fundamentada en un procedimiento racional que presente las ventajas derivadas de la intervención, la cual, por supuesto, debe estar fundamentada en la norma constitucional.

³⁹¹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, *op. cit.*, p. 67.

En conclusión, en las democracias constitucionales no puede desligarse el papel de los derechos fundamentales en el discurso democrático, puesto que los derechos fundamentales constituyen los elementos que permiten que el discurso de la democracia sea justo, y por ende válido. Ahora, volviendo a las preguntas que planteamos al principio, consideramos que la jurisdicción constitucional está facultada para intervenir en el funcionamiento y organización de los partidos políticos, siempre y cuando, exista una alteración del juego democrático o por la afectación de los derechos fundamentales. El papel de la justicia constitucional al intervenir en los partidos políticos se debe al carácter procedimental y sustancial con el que cuentan las democracias constitucionales.

Sin embargo, la intervención de los órganos de control constitucional no debe ser excesiva, pues sólo debe ser ejercitada en casos particulares. Es por ello, que consideramos que la intervención de los órganos jurisdiccional de control de la constitucionalidad a los partidos políticos puede darse solamente en dos casos:

a) Por violaciones a reglas constitucionales, o;

b) Por el conflicto entre el derecho de asociación con otros derechos fundamentales.

Los primeros consistirán en violaciones a mandatos, permisos o prohibiciones establecidos en la Constitución a los partidos políticos, mientras, los segundos se referirán al conflicto entre el derecho de asociación con los derechos de sus afiliados. A continuación profundizaremos más sobre estos dos casos.

l) Intervención de la justicia constitucional derivada de violaciones a reglas constitucionales

El papel que juega la Constitución en un Estado no está limitado solamente a declarar la estructura y facultades de los órganos del Estado, sino puede además exigir ciertas condiciones en la forma en que se llevará a cabo el juego democrático. Este control por parte de la Constitución es realizado por medio de mandatos, permisos o prohibiciones contenidas en su cuerpo normativo. En las democracias constitucionales la razón de dirigir las reglas del juego democrático por parte de la Constitución, yace en el papel que reconoce la Constitución a la forma de gobierno democrática. La democracia constituye una forma de gobierno que permite el desarrollo y fomento de las libertades de los individuos, por lo que al regular su funcionamiento la Constitución busca actuar como patrón objetivo de control y garantía para su preservación.

La intervención por parte de la justicia constitucional en estos casos se debe a las violaciones por parte de los partidos políticos de las exigencias y prohibiciones contenidas en la Constitución. La Constitución puede prever ciertos requisitos para la creación y organización de la vida política de un partido político, así como también puede señalar límites y prohibiciones a ciertos actos o ideologías determinadas. El carácter rector de la Constitución sobre las instituciones y los individuos dentro de un Estado es una consecuencia del principio de supremacía constitucional. Asimismo, a través de la rigidez constitucional y el empleo de “cláusulas pétreas” la Constitución blindará ciertos mandatos constitucionales de una susceptible reforma. Entre aquellos preceptos que han sido protegidos constitucionalmente podemos destacar, por ejemplo, la no alteración de la forma de gobierno democrática o la prohibición de partidos con pretensiones antidemocráticas en la competencia electoral.

Estas limitantes podemos observarlas en las llamadas “democracias protegidas”³⁹² las cuales para garantizar ciertos elementos del juego democrático han decidido regularlos a nivel constitucional, de esta forma se busca proteger ciertos requisitos de la democracia y también hacerlos oponibles respecto de leyes secundarias que busquen alterarlos, gracias al principio de supremacía constitucional. Entre aquellos requisitos que la Constitución puede disponer podemos mencionar: la regulación de la naturaleza jurídica de los partidos políticos; el reconocimiento del Estado de partidos; la prohibición de partidos con ideologías contrarias a la democracia; la regulación del acceso a los medios de comunicación por parte de los partidos políticos; mecanismo de fiscalización, etc. La razón de incluir estas reglas del juego democrático descansa en el objetivo de asegurar que los partidos políticos sean congruentes con el modelo de democracia representativa. A esta conclusión también han llegado Linei Bareiro y Lilian Soto al estudiar la regulación constitucional de los partidos políticos en Latinoamérica:

Un análisis de estos requisitos de rango constitucional indica que la preocupación más importante es la sujeción de los partidos políticos a los parámetros actuales de democracia; los artículos apuntan fundamentalmente a garantizar que los partidos políticos se desenvuelvan en el marco de un sistema democrático y practiquen la democracia en sus senos. Las causas de esta orientación podrían encontrarse en las experiencias que la mayoría de los países latinoamericanos han tenido con regímenes autoritarios.³⁹³

Entre aquellos ámbitos que el Estado busca regular en los partidos políticos encontramos aquellos referidos a los requisitos de democracia interna

³⁹² Un caso paradigmático es la cláusula de “democracia militante” contenida en la Constitución de Alemania en su artículo 21.2. Más adelante lo revisaremos más a fondo.

³⁹³ LINE BAREIRO, Lilian Soto, *op. cit.*, véase nota *supra* no. 346, p. 597.

(como en el caso alemán).³⁹⁴ Los mecanismos de elección de los precandidatos y los miembros directivos de un partido político deben seguir las reglas del juego democrático, de tal forma que los órganos jurisdiccionales están facultados para garantizar los procesos de democracia interna. El por qué de este requisito yace en la congruencia que debe existir entre la libertad externa del partido y su régimen interior, en palabras de Dieter Grimm: “Está limitación, a la que no están sometidos otros grupos políticos se explica por la función de los partidos en el sistema democrático. Si debe la autoridad derivarse del pueblo y referirse en su ejercicio igualmente al pueblo, habida cuenta de que la influencia del pueblo se transmite esencialmente a través de los partidos, entonces sólo en la medida en que los partidos permanezcan ligados a su base social puede desplegarse la democracia”.³⁹⁵

El papel de los órganos de control jurisdiccionales consiste en vigilar el cumplimiento de los requisitos constitucionales por parte de los partidos políticos. De este modo, los órganos jurisdiccionales coadyuvan al desarrollo democrático de la contienda electoral, y a su vez, garantizan la supremacía constitucional. A través de los medios de control de la constitucionalidad los órganos jurisdiccionales pueden coaccionar a los partidos a seguir las reglas contenidas en la Constitución, y de este modo preservar el papel de la Constitución como vértice control y validez de todo poder dentro del Estado constitucional.

³⁹⁴ El artículo 21.1 constitucional dispone que los partidos políticos deben contar con procedimientos de democracia interna: Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deberán dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio.

³⁹⁵ GRIMM, Dieter, *op. cit.*, p. 411.

II) Intervención de la justicia constitucional derivada de conflictos entre el derecho asociación y los derechos de sus afiliados

En este caso la intervención de los órganos de control constitucional es consecuencia del conflicto entre derechos fundamentales, en específico el choque entre el derecho de asociación con otros derechos fundamentales; particularmente los derechos fundamentales de los afiliados al partido político. Como vimos anteriormente, es posible que un partido político afecte el derecho de terceros ajenos al partido, ya sea negándoles el acceso al partido o coaccionándolos a formar parte del mismo, sin embargo, cuando la colisión es con los derechos de los afiliados, la decisión que tome el órgano jurisdiccional debe seguir un juicio distinto; ya que la decisión que tome el órgano de control implicará el menoscabo de uno de los dos derechos en conflicto.

Los órganos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad deben manejar estos conflictos de una manera distinta a otros conflictos entre normas, ya que los derechos fundamentales son principios, y por lo tanto el mecanismo de subsunción legal no es idóneo. Por lo que es necesario realizar un juicio de ponderación, de tal manera que es menester acudir a un modelo de ponderación, en este caso emplearemos el modelo de Robert Alexy.

Alexy nos señala que es en el tercer requisito del principio de proporcionalidad (proporcionalidad en estricto sentido) donde es llevado a cabo el juicio de ponderación. A través del juicio de ponderación se determina el peso de los principios puestos en la balanza. Este principio sigue la ley de la ponderación, que es la siguiente:

Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.³⁹⁶

Y es a partir de la ley de la ponderación que Alexy propone una serie de pasos para poder determinar qué principio (derecho fundamental) en cuestión debe prevalecer:

La ley de ponderación muestra que la ponderación se puede dividir en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción del principio o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.³⁹⁷

Al seguir esta serie de pasos el órgano de control jurisdiccional puede racionalizar su decisión y de este modo legitimar, en el caso concreto, la limitación del derecho de asociación en beneficio de otros derechos fundamentales (o viceversa). A través de este procedimiento puede determinarse el peso de los derechos puestos en la balanza, y de este modo señalar qué derecho debe prevalecer en el caso concreto. En caso de que exista un empate entre los principios puestos en la balanza, Alexy señala que debe prevalecer el principio *in dubio pro libertate*, que en palabras de Carlos Bernal Pulido consiste: “Esto podría interpretarse en el sentido de que, en caso de empate, es decir, cuando los principios opuestos a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica no tuviesen un peso mayor sino igual, la precedencia debería concederse a estas últimas”.³⁹⁸ Por lo que cuando exista el caso de empate

³⁹⁶ ALEXY, Robert, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, España, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 49.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 50.

³⁹⁸ *Cfr.* BERNAL PULIDO, Carlos, *op. cit.*, p. 103.

entre el derecho de asociación y los derechos de los afiliados –y siguiendo las razones antes planteadas y el modelo de derechos fundamentales de Ferrajoli– se dará preferencia a los derechos de los afiliados. El por qué de esta decisión yace en el carácter individualista del Estado moderno, por lo que el Derecho debe proteger al más débil, en este caso el afiliado.

Si bien la ponderación como procedimiento no puede evitar un cierto grado de subjetivismo por parte de los jueces (al determinar el peso de los derechos fundamentales), Carlos Bernal Pulido nos señala que aun con este defecto, la decisión de los intérpretes de la Constitución es limitada por el mismo mecanismo de ponderación, otorgándole un cierto grado de racionalidad.³⁹⁹

El modelo de Alexy representa un esfuerzo para legitimar el discurso jurídico frente a las críticas por parte de los procedimentales, el objeto de la ponderación es la obtención, por cauces procedimentales, de una decisión jurídica racional.

Para concluir este apartado podemos señalar que el modelo de ponderación es un ejercicio necesario en los casos donde exista un conflicto entre el derecho de asociación política con otros derechos fundamentales. Su empleo constituye un esfuerzo por parte de la jurisdicción para fundamentar las decisiones producto del discurso jurídico, y de esta forma hacerlas congruentes con el modelo de democracia procedimental.

4.4. CASOS EMBLEMÁTICOS

A través de este ensayo nos hemos dedicado a explicar el fenómeno derivado de la relación entre la justicia constitucional y los partidos políticos. Por lo que

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 110.

para poder fundamentar nuestra posición de que el control ejercido por la justicia constitucional es benéfico para la democracia y los derechos fundamentales, hemos decidido enunciar algunos casos emblemáticos que permitan sustentar nuestra posición. Si bien reconocemos que han existido errores muy importantes en manos de jueces y tribunales constitucionales, no podemos a partir de estos errores considerar que el control constitucional deba ser desechado de las democracias modernas, puesto que incluso los críticos del control constitucional no pueden negar su necesidad como elemento indispensable de las democracias. Por lo que a continuación estudiaremos aquellos casos que consideramos apoyan nuestra posición a favor del control constitucional. Los tres casos que a continuación desarrollaremos, son casos de control de la constitucionalidad realizados por tribunales de última instancia. Si bien los jueces ordinarios también pueden estar facultados para el realizar el control constitucional, por lo general existe un tribunal jerárquicamente superior que puede revisar tal decisión.

A) Democracia militante y la inconstitucionalización del Partido Socialista Alemán por el Tribunal Constitucional Alemán

Antecedentes

La Constitución alemana de Bonn de 1949 en su artículo 21⁴⁰⁰ contiene el reconocimiento constitucional de los partidos políticos al considerarlos como instrumentos formadores de la voluntad política del pueblo. El derecho de

⁴⁰⁰ Artículo 21: (1) Los partidos participan en la formación de la voluntad política del pueblo. Su fundación es libre. Su organización interna debe responder a los principios democráticos. Los partidos deberán dar cuenta públicamente de la procedencia y uso de sus recursos, así como de su patrimonio.

(2) Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal.

(3) La regulación se hará por leyes federales. Disponible en: http://www.mexiko.diplo.de/contentblob/2036938/Daten/375140/ddeitei_ley_fundamental.pdf

asociación está reconocido en el artículo 9,⁴⁰¹ el cual señala que todos los individuos tienen la libertad para formar asociaciones y que éstas serán autónomas respecto al control del Estado, mientras no tengan fines ilícitos. La Constitución alemana reconoce el papel de los partidos políticos como el ejercicio de un fundamental y además como un elemento indispensable de la democracia, sin embargo, dentro del reconocimiento constitucional encontramos una prohibición. Esta prohibición contenida en el inciso 2 del artículo 21, señala que los partidos con actividades o fines tendientes a desvirtuar el modelo democrático son inconstitucionales. De igual manera, faculta al Tribunal Constitucional Alemán para conocer sobre estos casos. Esta prohibición constitucional a corrientes antidemocráticas es llamada “democracia militante”,⁴⁰² la democracia militante consiste en una democracia que, aunque reconoce la importancia de la pluralidad política en el juego democrático, no puede admitir que se integren partidos políticos que busquen erradicar o alterar el juego democrático. La razón de esta prohibición está relacionada con el periodo histórico anterior a la Segunda Guerra Mundial. Donde los gobiernos fascista, en este caso el Partido Nazi, utilizaron medios democráticos para acceder al poder, y más adelante utilizaron el aparato estatal para erradicar la democracia.

Es por ello, que el constituyente consideró que a diferencia de la anterior Constitución (la de Weimar de 1919), era necesario establecer a nivel constitucional un barrera contra estos partidos antidemocráticos.

⁴⁰¹ Artículo 9: 1) Todos los alemanes tienen el derecho de crear asociaciones y sociedades. (2) Están prohibidas las asociaciones cuyos fines o cuya actividad sean contrarios a las leyes penales o que estén dirigidas contra el orden constitucional o contra la idea del entendimiento entre los pueblos. (3) Se garantiza a toda persona y a todas las profesiones el derecho de fundar asociaciones para mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin. Las medidas que se adopten según los artículos 12a, 35 apartado 2 y 3, 87a apartado 4 y 91 no podrán dirigirse contra los conflictos laborales organizados por asociaciones en el sentido de la primera frase del presente apartado con el fin de mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo.

⁴⁰² El término lo acuñó Karl Löwenstein.

Los dos primeros partidos políticos a los que le fue aplicado esta prohibición, fueron el Partido Socialista del Reich (SRP) en 1952 y el Partido Comunista de Alemania (KPD) en 1956. En este estudio revisaremos la inconstitucionalización del segundo. La razón de tal elección se debe a que en este caso el Tribunal no sólo aplica la regla constitucional, sino además fundamenta el papel que juega esta prohibición en la Constitución.

Narración de los hechos

Antes de conocer el caso del KPD⁴⁰³ el Tribunal Constitucional Alemán había declarado la inconstitucionalidad de un partido SRP a través de la prohibición del 21.2; que al igual que el KPD, era de corte comunista. Entre las razones de estas declaratorias, debemos tener en cuenta el periodo histórico de estas dos sentencias, que fue durante la Guerra Fría. Sin embargo, estas sentencias permitieron crear jurisprudencia relacionada al concepto de democracia militante.

Argumentos del órgano jurisdiccional

Entre los argumentos que mencionó el Tribunal Constitucional para fundamentar su sentencia encontramos:

- El partido KPD educa a sus miembros en la enseñanza del marxismo y leninismo, para que estos sean combatientes de esta visión del mundo, pero al mismo tiempo para que sean contrarios al modelo de democracia establecido en la norma fundamental. Esta educación es obligatoria según los estatutos del partido.
- El partido KPD busca acceder al gobierno del Estado para acabar con el gobierno establecido por la Constitución, y busca además la reunificación con la República Democrática Alemana. El partido KPD reclama que al

⁴⁰³ BVerfGE 5, 85.

declararlo inconstitucional se coartaría la meta de reunificación de Alemania que se encuentra protegida en la Constitución. El Tribunal reconoce que una de las metas de la Constitución es la reunificación de Alemania, sin embargo la prohibición del 21.2 es coherente con el sentido de la reunificación contenido Constitución.

- El partido KPD utiliza como slogan de campaña la frase “en contra del régimen Adenauer”, el cual hace referencia la modelo de democracia representativa contenida en la Constitución, ésto con el objetivo de implantar una dictadura del proletariado. Bajo la concepción marxista-leninista los miembros del partido KPD consideran que el modelo de democracia y los valores que la Constitución protege constituyen parte de la “superestructura”, la cual es de corte burgués. De tal manera que la dictadura del proletariado debe encontrarse en una posición superior respecto a ésta.
- Un partido no deviene inconstitucional por el simple desconocimiento de los valores superiores de la democracia y la libertad del orden fundamental, sino, por la actitud agresiva y militante por parte del mismo para afectar la democracia. Es por ello, que la actitud del Estado debe ser defensiva respecto a estos partidos.

Sentido de la sentencia

A través de los argumentos antes mencionados el Tribunal Federal Alemán declara inconstitucional el Partido Comunista de Alemania (PKD) y orden que se lleve a cabo su liquidación.

Reflexiones respecto al caso

En este caso el Tribunal constitucional alemán emitió una sentencia estimatoria de inconstitucionalidad simple. El Tribunal constitucional alemán actualizó la hipótesis contenida dentro del artículo 21.2 de la Constitución

alemana. Es decir, el Tribunal realizó un juicio de subsunción de una hipótesis normativa, en este caso la prohibición de partidos antidemocráticos, o mejor conocida como cláusula de democracia militante. La importancia de esta sentencia, como habíamos señalado anteriormente, fue que el tribunal constitucional sentó las bases de la jurisprudencia relacionada al concepto de democracia militante.

En este caso en particular, el Tribunal constitucional alemán señaló los fines de la norma constitucional respecto a la forma de gobierno democrática, y además, explicó el propósito de la cláusula de democracia militante. El Tribunal manifestó que la Constitución contiene una serie de reglas y valores que el Tribunal constitucional debe garantizar, en este caso la Constitución señala que la democracia es la forma de gobierno adecuada para la toma de decisiones políticas en Alemania. Por lo que la cláusula de democracia militante tiene sentido con los principios de autonomía e igualdad que enarbola la democracia. Puesto que a través de esta cláusula objetiva, la Constitución previene que la democracia acabe consigo misma, al permitir el acceso a partidos de corte antidemocrático a la competencia democrática. La democracia puede permitir el acceso a todas las corrientes políticas de un Estado dentro del juego democrático, pero, no puede ser tolerante respecto de aquellas voces que busquen eliminarla.

Es así, que el Tribunal constitucional alemán consideró que el KPD era un partido contrario a los principios y reglas contenidos en la Constitución. Pero además, declaró que la inconstitucionalidad de los partidos políticos no deviene por tener una ideología contraria a la democracia. Sino en cambio, por la realización de actividades violentas que afecten el orden constitucional. Es decir, el Tribunal reconoció el derecho al disenso por parte de los militantes respecto a la forma de gobierno democrática, sin embargo, castigo el ejercicio violento del mismo. En este sentido, el Estado no puede limitar la libertad de

opinión de los ciudadanos, sin embargo, puede regular y limitar el ejercicio o materialización de esta opinión.

En conclusión, este fue un caso de intervención por parte de la justicia constitucional por la violación de reglas constitucionales. La importancia de esta sentencia yace en el control objetivo de la Constitución, respecto de las reglas del juego democrático. Pues, a través de los requisitos y prohibiciones contenidos en la Constitución, ésta funge como un verdadero control objetivo de la dimensión formal y sustancial de la democracia. La Constitución, a través de la justicia constitucional, constituye el verdadero garante del juego democrático.

B) La ilegalización de Batasuna por el Tribunal Supremo Español

Antecedentes

En España el reconocimiento jurídico de los partidos políticos se encuentra en el artículo 6º⁴⁰⁴ de la Constitución Española, asimismo, se reconoce su importancia al constituir estos el ejercicio del derecho de asociación (art. 22).⁴⁰⁵ La ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna por parte del Tribunal Supremo Español, representa un caso importante, puesto que a diferencia de Alemania que cuenta con una prohibición constitucional expresa de partidos antidemocráticos, en España no la hay. Por lo que el Tribunal Supremo necesitó esgrimir argumentos legales y constitucionales que le permitiesen ilegalizar a estos partidos. Si bien, gran parte de la fundamentación jurídica radica en la Ley de Partidos, el

⁴⁰⁴ Artículo 6º: Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos. Disponible en: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

⁴⁰⁵ Artículo 22. 1. Se reconoce el derecho de asociación; 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales; 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad; 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada y; 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. Idem.

Tribunal empleo otros mecanismos de decisión, entre ellos el principio de proporcionalidad, para defender la constitucionalidad de la ley de partidos. Por último, es necesario subrayar que, aunque el Tribunal Supremo Español no es un tribunal constitucional, el artículo 53.2⁴⁰⁶ de la Constitución española faculta a la jurisdicción ordinaria para proteger los derechos fundamentales.⁴⁰⁷

Narración de los hechos

El 2 de septiembre de 2002 el Ministerio Fiscal formuló ante el Tribunal Supremo una solicitud para ilegalizar los partidos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. Esta petición estaba amparada por el artículo 9⁴⁰⁸ de la Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos. Además pedía, derivado de esta ilegalización, que los partidos demandados cesaran cualquier actividad proselitista. Las razones que declaraba para fundar su petición buscaban demostrar que los partidos demandados representaban un peligro para el modelo democrático establecido en la Constitución, ya que los partidos apoyaban de manera directa o indirecta a grupos terroristas, en este caso ETA:

⁴⁰⁶ Artículo 52. 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. Idem.

⁴⁰⁷ Para Carlos Natarén Nandayapa la facultad de los tribunales ordinarios de realizar funciones de control deviene de su papel como primer ámbito de control constitucional en el sistema español: “En el sistema constitucional español, siguiendo a otros ordenamientos de este entorno, se ha incorporado la protección de los derechos fundamentales por el juez constitucional, pero se ha configurado como subsidiaria, estableciendo como requisito el agotamiento previo de las instancias, lo que se justifica señalando que en realidad se debe permitir a la jurisdicción ordinaria tener la oportunidad de subsanar las vulneraciones a derechos fundamentales realizadas dentro del seno de procesos residenciados ante ella. [...] De forma que, en nuestra opinión, establecer medios que permitan la tutela de los derechos fundamentales ante el juez ordinario es la pieza clave para obtener una verdadera protección de estos derechos”. NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, México, UNAM, 2006, pp. 34-35.

⁴⁰⁸ Artículo 9, debido a su extensión recomendamos revisar la Ley 6/2002. Disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo6-2002.html#a12

Afirma seguidamente el Ministerio Fiscal que los tres partidos políticos demandados han venido manteniendo, desde sus respectivas creaciones y hasta el día de hoy, una actividad que ha producido una quiebra reiterada y grave de los principios y valores democráticos. Ello se habría realizado, entre otras vías, por la de legitimar y justificar la existencia y acciones de la banda terrorista ETA; por la de favorecer, multiplicar y generalizar los efectos de la violencia terrorista y el miedo que causa en la sociedad; y por la de fomentar la creación de un clima de intimidación tendente a eliminar o a disminuir las condiciones indispensables para el ejercicio del pluralismo y la democracia.⁴⁰⁹

Por su parte la parte demandada señala que la subsunción al artículo 10.2 no es aplicable a los partidos demandados por falta de pruebas, además señala varios reproches respecto a la Ley 6/2002 de Partidos Políticos. Entre estas quejas, señala que el constituyente no estableció en el artículo 6 de la Constitución española una cláusula de “democracia militante” como en el caso alemán, de tal manera que la Ley 6/2002 viola el derecho asociación contenido en la Constitución. Señala además que la Ley 6/2002 es inconstitucional por violar el principio de pluralidad política del Estado constitucional. De igual manera denuncia que los requisitos democráticos establecidos en el artículo 6 sólo se refieren a cuestiones de organización interna y no de la competencia electoral, en este sentido, la Ley 6/2002 al introducir nuevos requisitos viola los artículos 6º y 22 constitucionales. Por último, la parte demandada denunció que la Ley 6/2002 era una ley *ad hoc* que tenía como objetivo afectar a estos partidos.

⁴⁰⁹ STS 2133/2003, p. 4. Disponible en:

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunales_Superiores_de_Justicia?Template=cgpj/ts/principal.htm

Argumentos del órgano jurisdiccional

Entre los argumentos que dictó el Tribunal Supremo, los que consideramos más importantes son los siguientes:

- La introducción de límites constitucionales a la libertad externa de los partidos políticos por parte de la Ley 6/2002 no representan una violación a la libertad externa de los partidos políticos, puesto que el Estado está facultado para regular la competencia electoral.⁴¹⁰
- La Ley 6/2002 constituye una ley postconstitucional que busca dar respuesta a una problemática social determinada, en este caso el terrorismo. Lo anterior, obedece a las necesidades que la sociedad española busca para alcanzar una vida democrática saludable.⁴¹¹
- La Ley 6/2002 no viola el derecho de asociación al señalar otros requisitos no establecidos en el artículo 6º. Si bien, no existe una cláusula de “democracia militante”, las invocaciones a la violencia o su justificación por los partidos políticos constituyen una afectación a los derechos fundamentales, y por lo tanto pueden ser limitadas e ilegalizadas.⁴¹²

⁴¹⁰ Cfr., *Ibidem.*, p. 85.

⁴¹¹ Cfr., *Ibidem.*, p. 86.

⁴¹² Sobre este punto el Tribunal señala: “Ha quedado indicado por tanto que ni el talante expansivo del pluralismo político en nuestra Constitución, ni los convenios internacionales suscritos por España (a caballo de su jurisprudencia aplicativa nos hemos venido refiriendo al Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) toleran la lesión de los derechos fundamentales de los demás. Una lesión que sin embargo aparece al instante en cuanto por un partido político se exhorta a la violencia o ésta se justifica, y, desde luego, con mucha mayor razón, cuando esa violencia es ejercida por grupos terroristas y lo que hace un partido político es otorgarle amparo. De ello se ha ocupado también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 31 de julio de 2001: ... “un partido político cuyos responsables inciten a recurrir a la violencia o propongan un proyecto político que no respete una o más regla de la democracia o que contemple la destrucción de esta, así como el desprecio de los derechos y libertades que reconoce, no puede invocar la protección del Convenio contra las sanciones infligidas por estos motivos”. También al terrorismo dicho Tribunal ha dirigido algunos pronunciamientos, reconociendo, primero, las dificultades

- El artículo 9 de la Ley 6/2002 no viola el principio de proporcionalidad puesto que los requisitos de las fracciones 2 y 3 no implican el menoscabo de un derecho fundamental, ya que no basta la realización de uno solo de los supuestos para declarar la ilegalidad.⁴¹³
- El artículo 9 no viola la libertad ideológica, puesto que entre los requisitos que señala para la creación de partidos utiliza la expresión “respeto a los valores constitucionales”, de tal manera que los partidos que atenten contra esos valores devendrán ilegales.⁴¹⁴

Sentido de la sentencia

Derivado de los argumentos antes señalados, el Tribunal Supremo declaró la ilegalización de los partidos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. Sentencia que fue posteriormente confirmada por el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2009.

Reflexiones respecto al caso

En este caso el Tribunal Supremo Español emitió una sentencia estimatoria simple, sin embargo, también constituyó una sentencia interpretativa del artículo 6º constitucional. El Tribunal Supremo Español, a diferencia del Tribunal Constitucional Alemán, no aplica una regla constitucional, en cambio, realizó un juicio de proporcionalidad. A través de este juicio ponderó dos

que su combate conlleva (STEDH Irlanda contra el Reino Unido, caso Aksoy contra Turquía de 18 de diciembre de 1996, Partido Comunista Unificado y otros contra Turquía de 30 de enero de 1998, Partido de la Prosperidad contra Turquía de 31 de julio 2001), y luego declarando que "la victoria sobre el terrorismo es un interés público de primera magnitud en una sociedad democrática" (Sentencia -caso Petty Purcell y otros contra Irlanda- de 16 de abril de 1991. Las invocaciones a la violencia o su justificación, por tanto, no sólo autorizan las restricciones de la actividad de los partidos políticos sino, también, de su libertad adicional de expresión". *Ibidem.*, p. 26.

⁴¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 91.

⁴¹⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 92.

principios, el derecho de asociación como libertad externa de los partidos políticos frente a los derechos fundamentales de los individuos dentro de la democracia. A partir de este juicio, determinó que la intervención del Estado, al ilegalizar partidos de corte terrorista, consistía en una limitación legítima al derecho de asociación, puesto que dicha limitación estaba encaminada a proteger los derechos fundamentales de las personas que posiblemente podían verse afectadas por los actos de violencia que estos partidos políticos defendían o justificaban.

También realizó una interpretación conforme de la Ley 6/2002 con el artículo 6º de la Constitución, al señalar que la ley es congruente con los valores contenidos en la Constitución y que esta ley supone una norma postconstitucional que busca garantizar el buen funcionamiento de la democracia. Asimismo señaló que, aunque la democracia deba ser plural, no por ello es permisible que voces que promuevan la violencia y la desintegración sean parte del juego democrático. El Estado está facultado para proteger la democracia de aquellas posturas que atenten contra la misma y los derechos fundamentales.

De esta forma, la pluralidad de la democracia se vio mermada, sin embargo, los derechos de los individuos se vieron garantizados. Es de especial mención que el Tribunal Supremo empleó la *técnica del levantamiento del velo*⁴¹⁵ para determinar si detrás de los partidos demandados se escondía realmente el grupo terrorista ETA. A partir de esta técnica el Tribunal considera, que si bien el partido participaba en el juego democrático, sus acciones y

⁴¹⁵ En palabras del propio Tribunal: “Como recuerda la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 782/2002, de 30 de julio, la técnica del levantamiento del velo de las personas jurídicas la inició la jurisprudencia de los Estados Unidos a través de la “disregard of the legal entity” para permitir a los jueces introducirse en los entresijos y entramados de las sociedades, actuando en el ámbito jurídico de nuestro entorno como instrumento eficaz para combatir sociedades ficticias o de sólo fachada que llevan a cabo un ejercicio social no ajustado a la línea de la buena fe comercial a efectos de defraudar a terceros, abusando de una personalidad jurídica formal que puede contar incluso con respaldo legal”. *Ibidem.*, p. 95-96.

comportamientos implican un menoscabo a los derechos de los demás individuos.

En conclusión, el Tribunal Supremo al actualizar e interpretar la Constitución española reconoció el papel de los partidos como formadores de la voluntad popular, sin embargo, a su vez estableció un régimen de democracia militante a partir de la interpretación conforme de la Ley 6/2002. Así de esta manera, el Tribunal Supremo actuó como órgano verificador de la norma constitucional. Otro punto importante de esta sentencia, es la utilización del principio de proporcionalidad para determinar la intervención del órgano jurisdiccional respecto de la autonomía de los ciudadanos para definir la ideología y organización de los partidos políticos. En este caso el Tribunal ponderó el derecho de asociación de los miembros del partido con los derechos de los demás individuos dentro del Estado. A partir de este procedimiento el Tribunal determinó que los partidos políticos de corte terrorista son un peligro para el desarrollo del juego democrático y los derechos fundamentales de los demás. Es así que la decisión del Tribunal Supremo fue una decisión producto de un procedimiento racional y no una mera decisión discrecional. El Tribunal Supremo actuó como un verdadero garante de los principios contenidos en la Constitución española, al asegurar la dimensión sustancial (los derechos fundamentales) como requisitos indispensables de la democracia, aun incluso con la limitación de ciertas voces políticas.

C) Modificación de los Estatutos del Partido Verde Ecologista de México por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Antecedentes

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación está facultado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo

99,⁴¹⁶ para conocer y resolver como última autoridad en materia de electoral. En el mismo artículo, en la fracción III, la Constitución faculta al Tribunal Electoral para resolver las impugnaciones relacionadas a violaciones de las normas constitucionales en materia electoral, por lo que materialmente es un tribunal de control de la constitucionalidad.⁴¹⁷ El caso a continuación constituye una decisión judicial relativa a la democracia interna del Partido Verde Ecologista de México (en adelante PVEM) promovida por José Luis Amador Hurtado, a través de un juicio para protección de los derechos políticos-electorales del ciudadano (en adelante JDC).⁴¹⁸ La importancia de esta sentencia radica en la intervención por parte del órgano jurisdiccional al régimen interno del partido político, con la finalidad de garantizar mecanismos de democracia interna.

Narración de los Hechos

El actor José Luis Amador Hurtado promovió ante el Tribunal Electoral un “incidente de inejecución de sentencia”, derivado del incumplimiento de la sentencia SUP-JDC-021/2002 por parte del Instituto Federal Electoral (en adelante IFE) y el PVEM. La sentencia antes mencionada, coaccionaba al IFE y al PVEM para modificar los Estatutos internos del partido en cuestión. El actor alegaba que los Estatutos del PVEM atentaban contra los derechos de los miembros del partido y constituían una afectación a la democracia interna del

⁴¹⁶ Artículo 99: El Tribunal Electoral será, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

⁴¹⁷ I. Las impugnaciones de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal, distintas a las señaladas en las dos fracciones anteriores, que violen normas constitucionales o legales; *Ibidem.*, p. 62.

⁴¹⁸ Este medio de impugnación está regulado en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral en el artículo 79: 1. El juicio para la protección de los derechos político-electorales, sólo procederá cuando el ciudadano por sí mismo y en forma individual o a través de sus representantes legales, haga valer presuntas violaciones a sus derechos de votar y ser votado en las elecciones populares, de asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos y de afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos. En el supuesto previsto en el inciso e) del párrafo 1 del siguiente artículo, la demanda deberá presentarse por conducto de quien ostente la representación legítima de la organización o agrupación política agraviada.

2. Asimismo, resultará procedente para impugnar los actos y resoluciones por quien teniendo interés jurídico, considere que indebidamente se afecta su derecho para integrar las autoridades electorales de las entidades federativas.

partido. La razón de estos alegatos, se debía a la concentración del poder político del partido en órganos específicos de gobierno dentro del partido. Además, el actor subrayó la falta de mecanismos de control dentro del partido político. El Tribunal Electoral acumuló el incidente.

Argumentos del órgano jurisdiccional

Los argumentos más importantes los encontramos en la sentencia SUP-JDC-021/2002⁴¹⁹, puesto que su acumulación en el SUP-JDC-028/2004 sólo vino a repetir los argumentos contenidos en la anterior decisión. De tal manera que en la primera sentencia el Tribunal Electoral manifestó las siguientes violaciones a la Constitución y a la ley por parte de los Estatutos del PVEM:

- Respecto a la facultad de convocatoria, los Estatutos no prevén la facultad de convocar a Asamblea Nacional (ordinaria y extraordinaria) a las minorías dentro del partido. Constituyendo esto una limitación a la pluralidad política dentro del partido. Además, el Tribunal señaló que los dirigentes no pueden calificarse como minorías.
- Los Estatutos no facultan a los miembros del partido para poder participar personalmente en las Asambleas Nacionales.
- La integración de la Asamblea Nacional no cuenta con la participación de las distintas corrientes políticas del partido, puesto que la Asamblea está integrada por un número muy pequeño de miembros, entre ellos el presidente de la Comisión Ejecutiva Nacional.
- Acumulación de facultades en la Comisión Ejecutiva Nacional y en el Consejo Político Nacional para la designación de los integrantes de

419

SUP-JDC-021/2002.

Disponible

en:

<http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll/nJurisprudenciayTesis?f=templates&fn=default.htm>

varios órganos del partido. Además de que existe una falta de representación de los miembros del partido dentro de estos órganos.

- El presidente de la Comisión Ejecutiva Nacional (que es el presidente de partido) cuenta con un gran número de atribuciones, lo que ocasiona una centralización en la toma de decisiones, afectando de este modo los derechos de los miembros al partido.
- Falta de transparencia por parte del partido, puesto que los criterios con los que contaba el Consejo Político Nacional le permitían considerar como información clasificada cualquier tipo de información.
- No existen verdaderos mecanismos de control del poder dentro del Partido Político. Resultando en la posibilidad de abusos dentro de la administración del partido.

Sentido de la sentencia

El Tribunal Electoral coaccionó al Partido Verde Ecologista de México a modificar varios artículos de sus Estatutos, además instó al IFE a verificar que los cambios llevados a cabo por el partido fuesen en el sentido de la sentencia.

Reflexiones respecto al caso

En este caso el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación emitió una sentencia estimatoria pero de carácter aditivo, es decir, el TEPJF a través de su sentencia sentó los requisitos de democracia interna que los partidos políticos debían cumplir. El TEPJF intervino en el régimen interno del partido, a través de un medio de control constitucional (JDC), para salvaguardar los principios de democracia interna, y sobretodo, los derechos fundamentales de los miembros del partido.

En este caso el Tribunal Electoral interpuso el derecho de asociación de los miembros del partido, contemplado en la Constitución en los artículos 9 y

35, fracción III, frente al derecho de autonomía organizacional de los partidos políticos.⁴²⁰ La intervención constituyó un verdadero ejercicio de ponderación entre el derecho de autonomía de organización de un partido político frente los derechos de sus afiliados. El Tribunal Electoral, en su sentencia reconoció el carácter autónomo de los partidos políticos, sin embargo, señaló que esta autonomía está limitada por los principios de democracia interna y por los derechos fundamentales. Gracias a esta sentencia se establecieron los criterios para regular la democracia interna de los partidos políticos, y del mismo modo, derivado de esta sentencia el Tribunal electoral emitió una jurisprudencia señalando los requisitos mínimos de democracia interna dentro de los partidos políticos.⁴²¹ Esta jurisprudencia sirvió como precedente para la posterior regulación de la democracia interna de los partidos políticos.

⁴²⁰ Artículo 9: No se podrán coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país.. Ninguna reunión armada, tiene derecho de deliberar.

Artículo 35: Son prerrogativas del ciudadano: III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país. Ibídem, 8 y 29.

⁴²¹ **ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ELEMENTOS MÍNIMOS PARA CONSIDERARLOS DEMOCRÁTICOS.** El artículo 27, apartado 1, incisos c) y g), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, impone a los partidos políticos la obligación de establecer en sus estatutos, *procedimientos democráticos* para la integración y renovación de los órganos directivos; sin embargo, no define este concepto, ni proporciona elementos suficientes para integrarlo jurídicamente, por lo que es necesario acudir a otras fuentes para precisar los elementos mínimos que deben concurrir en la democracia; los que no se pueden obtener de su uso lingüístico, que comúnmente se refiere a la democracia como un sistema o forma de gobierno o doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno, por lo que es necesario acudir a la doctrina de mayor aceptación, conforme a la cual, es posible desprender, como elementos comunes característicos de la democracia a los siguientes: 1. La deliberación y participación de los ciudadanos, en el mayor grado posible, en los procesos de toma de decisiones, para que respondan lo más fielmente posible a la voluntad popular; 2. Igualdad, para que cada ciudadano participe con igual peso respecto de otro; 3. Garantía de ciertos derechos fundamentales, principalmente, de libertades de expresión, información y asociación, y 4. Control de órganos electos, que implica la posibilidad real y efectiva de que los ciudadanos puedan elegir a los titulares del gobierno, y de removerlos en los casos que la gravedad de sus acciones lo amerite. Estos elementos coinciden con los rasgos y características establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que recoge la decisión de la voluntad soberana del pueblo de adoptar para el Estado mexicano, la forma de gobierno democrática, pues contempla la participación de los ciudadanos en las decisiones fundamentales, la igualdad de éstos en el ejercicio de sus derechos, los instrumentos para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y, finalmente, la posibilidad de controlar a los órganos electos con motivo de sus funciones. Ahora bien, los elementos esenciales de referencia no deben llevarse, sin más, al interior de los

Pueden existir críticas respecto al papel que el TEPJF tomó (como legislador) al señalar los requisitos de democracia interna que los partidos políticos debían cumplir, sin embargo, el papel de la justicia constitucional consiste en adecuar los actos y normas con la Constitución. En este caso, la inexistencia de requisitos de democracia interna dentro del ordenamiento ordinario constituía una situación que podía derivar en la violación de los derechos fundamentales de los militantes de los partidos políticos. El TEPJF a través de su jurisprudencia integró una omisión por parte del legislador, al señalar los requisitos de democracia. La razón de esta decisión, fue la necesidad de garantizar el orden constitucional a partir de la protección de los

partidos políticos, sino que es necesario adaptarlos a su naturaleza, a fin de que no les impidan cumplir sus finalidades constitucionales. De lo anterior, se tiene que los elementos mínimos de democracia que deben estar presentes en los partidos políticos son, conforme al artículo 27, apartado 1, incisos b), c) y g) del código electoral federal, los siguientes: 1. La asamblea u órgano equivalente, como principal centro decisor del partido, que deberá conformarse con todos los afiliados, o cuando no sea posible, de un gran número de delegados o representantes, debiéndose establecer las formalidades para convocarla, tanto ordinariamente por los órganos de dirección, como extraordinariamente por un número razonable de miembros, la periodicidad con la que se reunirá ordinariamente, así como el quórum necesario para que sesione válidamente; 2. La protección de los derechos fundamentales de los afiliados, que garanticen el mayor grado de participación posible, como son el voto activo y pasivo en condiciones de igualdad, el derecho a la información, libertad de expresión, libre acceso y salida de los afiliados del partido; 3. El establecimiento de procedimientos disciplinarios, con las garantías procesales mínimas, como un procedimiento previamente establecido, derecho de audiencia y defensa, la tipificación de las irregularidades así como la proporcionalidad en las sanciones, motivación en la determinación o resolución respectiva y competencia a órganos sancionadores, a quienes se asegure independencia e imparcialidad; 4. La existencia de procedimientos de elección donde se garanticen la igualdad en el derecho a elegir dirigentes y candidatos, así como la posibilidad de ser elegidos como tales, que pueden realizarse mediante el voto directo de los afiliados, o indirecto, pudiendo ser secreto o abierto, siempre que el procedimiento garantice el valor de la libertad en la emisión del sufragio; 5. Adopción de la regla de mayoría como criterio básico para la toma de decisiones dentro del partido, a fin de que, con la participación de un número importante o considerable de miembros, puedan tomarse decisiones con efectos vinculantes, sin que se exija la aprobación por mayorías muy elevadas, excepto las de especial trascendencia, y 6. Mecanismos de control de poder, como por ejemplo: la posibilidad de revocar a los dirigentes del partido, el endurecimiento de causas de incompatibilidad entre los distintos cargos dentro del partido o públicos y establecimiento de períodos cortos de mandato”. La Sala Superior en sesión celebrada el primero de marzo de dos mil cinco, aprobó por unanimidad de votos la jurisprudencia que antecede y la declaró formalmente obligatoria. TEPJF, *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Compilación Oficial*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 120-122.

derechos fundamentales de los militantes, en este caso sus derechos político-electorales. Es así, que el TEPJF actuó como un verdadero garante del orden constitucional establecido por la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

4.5. CONCLUSIONES DEL TEMA

En este capítulo hemos descrito las tensiones ocasionadas por la intervención de la justicia constitucional en los partidos políticos. En mayor medida estas tensiones son producto del choque del principio de autonomía garantizado por la democracia, y materializado en los partidos políticos, frente a los límites establecidos por la Constitución, verificados por la justicia constitucional. Asimismo, hemos subrayado el papel de los partidos como el resultado del ejercicio del derecho de asociación. Los partidos políticos al constituir el ejercicio de un derecho constitucional, deben ser garantizados por el Estado. Sin embargo, al constituir el ejercicio de un derecho fundamental, supone a su vez que puedan existir conflictos con otros derechos fundamentales, por ejemplo los derechos fundamentales de sus militantes.

Es así, que fue necesario tomar una posición respecto al papel que la justicia constitucional debía tomar dentro de la democracia, en este caso con los partidos políticos. De este modo, desarrollamos el conflicto entre procedimentalistas y constitucionalistas, y señalamos los problemas que el procedimentalismo por sí mismo no puede resolver. Es así, que nos inclinamos por el control constitucional –en manos de la justicia constitucional– de los partidos políticos. Por lo que consideramos que la intervención de los órganos de control constitucional sólo puede darse en dos casos particulares: a) derivados de violaciones reglas constitucionales y; b) por conflictos entre el derecho de asociación con otros derechos fundamentales.

Para fundamentar nuestra decisión desarrollamos algunos casos de intervención jurisdiccional a partidos políticos, con los cuales intentamos demostrar el papel benéfico de la justicia constitucional como garante de la dimensión formal y sustancial de la democracia. A partir de este estudio es que ahora podemos llegar a una conclusión final, la cual desarrollaremos en el siguiente apartado de conclusiones generales.

CONCLUSIONES FINALES

A partir del desarrollo de nuestro objeto de estudio (partidos políticos-justicia constitucional) es necesario llegar a una conclusión general. Sin embargo, antes es necesario recapitular todas las conclusiones a las que hemos llegado en el desarrollo de este trabajo, las cuales son las siguientes:

PRIMERA.- La democracia moderna consiste en la forma de gobierno que permite a los individuos, que conforman el Estado, participar en la toma de decisiones políticas que van a obligarlos. Es a partir de esta característica, que la democracia es la forma de gobierno que combina de mejor manera los principios de igualdad y autonomía, puesto que el reconocimiento de la igualdad entre los individuos trae como consecuencia que ninguno de los integrantes del Estado pueda imponerse sobre los demás. De tal manera, que las decisiones políticas deben ser producto del acuerdo de los individuos –por medio de la regla de la mayoría– para que de este modo pueda existir una mayor compatibilidad entre lo que los individuos desean y lo que deben obedecer.

SEGUNDA.- Actualmente la democracia moderna, a diferencia de la democracia de los antiguos, goza de popularidad en varios países del mundo, ya que a través de ella se maximizan los principios de igualdad y autonomía. Estos dos principios constituyen los pilares de la democracia moderna, puesto que son producto de la concepción moderna del ser humano, la cual dignifica su papel como elemento fundante del Estado. El individuo al conformar el Estado pierde su libertad natural, pero en cambio adquiere una libertad política. Esta libertad política consiste en la posibilidad de participar en el proceso de toma de decisiones políticas, y es así, que el individuo compatibiliza su voluntad con la decisión que debe obedecer, y por ende, es autónomo.

TERCERA.- La representación política es un fenómeno común en las democracias modernas. La necesidad de elegir a representantes, para que éstos tomen las decisiones políticas en lugar de sus electores, obedece a la masificación de los Estados modernos. Esta masificación demográfica ocasionó que los mecanismos de democracia directa devinieran imprácticos. Para que esta representación política pueda ser considerada como democrática, debe reflejar las opiniones políticas de sus electores, de tal modo, que el representante debe actuar a nombre y en el lugar de sus electores.

CUARTA.- La democracia permite el desarrollo de la pluralidad de opiniones dentro de un Estado, el reconocimiento de la igualdad de los individuos, a través del sufragio universal, da cabida a todas aquellas fuerzas políticas que buscan incidir en la vida política del Estado. Es así, que la democracia potencia el principio de igualdad, al reconocer el carácter individual del ser humano.

QUINTA.- La democracia necesita de ciertas reglas procedimentales, ya que la democracia consiste en un mecanismo para la toma de decisiones políticas. Sin embargo, son necesarios ciertos requisitos materiales o sustanciales. La necesidad de requisitos sustanciales yace en su importancia como medidas objetivas que permiten que las reglas del juego democrático estén garantizadas. Esta dimensión sustancial de la democracia son los derechos fundamentales.

SEXTA.- El constitucionalismo es el movimiento que busca limitar el poder del Estado a través de mecanismos jurídicos. Estos límites deben partir de un pacto fundante que dé validez y legitimidad al poder del Estado. Esta pacto fundante es la Constitución. Es en este sentido, es que la Constitución constituye la norma suprema dentro de un Estado, pues, es ella la que contiene la organización orgánica de los poderes del Estado, así como las libertades de

los individuos. El objetivo de la Constitución consiste en garantizar las libertades, a partir de límites, de los individuos dentro del Estado.

SÉPTIMA.- La Constitución, entendida en el sentido moderno, sólo fue posible hasta el nacimiento del Estado moderno. La característica esencial del Estado moderno es su carácter soberano en un territorio determinado. A partir de esta soberanía estatal, se creó un Derecho objetivo oponible a todos los poderes dentro de un territorio. Es así, que la Constitución logró convertirse en un verdadero límite al poder, ya que limitaba la única fuente de poder en un territorio, es decir, al Estado.

OCTAVA.- El sentido moderno de Constitución se refiere al documento o conjunto de documentos fundamentales que limitan el poder y garantizan las libertades de los individuos. Este sentido liberal es producto de las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII. Estos movimientos buscaban garantizar las libertades de los individuos a través del establecimiento de la división de poderes y los derechos humanos.

NOVENA.- La división de poderes consiste en los arreglos institucionales dentro del Estado, los cuales tienen por objetivo distribuir las funciones esenciales del Estado. De este modo se garantiza que existan pesos y contrapesos entre los órganos del gobierno del Estado, y es así, que se garantiza que el poder no pueda ser abusado en contra de los individuos que conforman al Estado.

Décima.- Los derechos fundamentales constituyen los mecanismos de inmunidad y exigencia por parte de los individuos, al poder político del Estado. El Estado tiene la obligación de respetar, garantizar y promover esta serie de principios de gran interés para la sociedad. Estos principios constituyen los límites del Estado, es decir, constituyen los límites a cualquier poder dentro del Estado, incluso el de la mayoría democrática. Por esta razón, constituyen los requisitos sustanciales de la democracia.

DÉCIMO PRIMERA.- La supremacía constitucional consiste en el reconocimiento de la superioridad jerárquica de la norma constitucional respecto de toda norma o acto emitido por el Estado. Gracias al principio de legalidad, toda actuación del Estado debe ser conforme a la ley, en otras palabras a la Constitución. Es sólo a partir de esta supremacía que la Constitución constituye un verdadero límite al poder del Estado, y en este sentido, es así que las libertades de los individuos son garantizadas.

DECIMOSEGUNDA.- El control de la constitucionalidad es el efecto lógico de la supremacía constitucional. La Constitución al fungir como la norma verificadora que da validez a un sistema jurídico, necesita de mecanismos de corrección constitucional, respecto de los actos o normas dentro de un Estado.

DECIMATERCERA.- La rigidez constitucional constituye un elemento esencial del Estado constitucional. Es a partir de la dificultad o imposibilidad de reformar los derechos fundamentales, que éstos pueden constituir verdaderos límites al poder.

DECIMOCUARTA.- Las democracias constitucionales suponen la confluencia de los conceptos de democracia y constitucionalismo. La primera tiene como pilares los principios de libertad y autonomía; por su parte, la segunda tiene por objeto imponer límites al poder con la finalidad de garantizar la libertad de los individuos.

DECIMOQUINTA.- La tensión inherente de las democracias constitucionales yace en el conflicto entre autonomía y control. La democracia permite a los ciudadanos gozar de una libertad política, es decir, autonomía. Sin embargo, la Constitución contiene una serie de límites (los derechos fundamentales), garantizados a través de la supremacía y rigidez constitucional, que no pueden ser modificados por la mayoría democrática. Es decir, estos límites suponen un freno a la libertad política de los individuos; en palabras de Ferrajoli, constituyen un *esfera de lo no decidible*.

DECIMOSEXTA.- Son estos límites a las decisiones de la mayoría, lo que supone la característica esencial de las democracias constitucionales. En las democracias constitucionales el límite al poder yace en la Constitución, por lo que son necesarios mecanismos de control para asegurar su supremacía. Es en este sentido, que es de suma importancia determinar a quién corresponde el papel de fungir como garante de la Constitución.

DECIMOSÉPTIMA.- Los controles institucionales de la Constitución se pueden dividir en controles políticos y jurídicos. En los primeros el órgano controlador determina de forma subjetiva el contenido y forma del control. En cambio, en el control jurídico el órgano verificador sólo tiene el papel de actualizar el contenido de un parámetro objetivo, en este caso la Constitución, por lo que está limitado por el contenido de la norma constitucional

DECIMOCTAVA.- Para Carl Schmitt, el papel de fungir como garante de la Constitución debe corresponder al Presidente, es decir a un órgano de naturaleza política. Para él, la Constitución sólo supone el conglomerado de decisiones políticas que modelan al Estado, por lo que otorgar la facultad de garante de la constitucionalidad a un órgano político es congruente con el carácter político de la Constitución..

DECIMONOVENA.- Para Hans Kelsen, el papel de verificar la Constitución debe recaer en un órgano jurisdiccional. Para él, el control jurisdiccional de la Constitución asegura la supremacía de la Constitución como norma fundante y legitimadora del Estado. Por lo que deposita esta facultad en un Tribunal constitucional. Y de este modo el Derecho racionaliza al poder político.

VIGÉSIMA.- En las democracias constitucionales el control de la constitucionalidad ha sido delegado, generalmente, a órganos de naturaleza jurisdiccional, en otras palabras a la justicia constitucional. Sin embargo, esta atribución ha causado críticas por parte de los demócratas, pues, al otorgar esta facultad a jueces y magistrados constitucionales, se está dando un poder muy

grande a una pequeña aristocracia. Por el otro lado, autores como Tocqueville critican la omnipotencia de las mayorías democráticas, las cuales deben disponer de límites y no representar un peligro por sí mismas, en este caso para la minoría.

VIGÉSIMA PRIMERA.- Por justicia constitucional nos referimos a los mecanismos de corrección constitucional en manos de órganos de naturaleza jurisdiccional, que tienen por objetivo garantizar y promover los principios contenidos en la Constitución.

VIGÉSIMA PRIMERA.- Los jueces y magistrados constitucionales disponen de medios de control jurídicos para mantener el orden constitucional, estos medios son llamados medios de control de la constitucionalidad.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- Las sentencias de los jueces constitucionales al declarar la inconstitucionalidad de un acto o una norma, tienen por efecto que la norma sea derogada del sistema jurídico (control abstracto) o que sea inaplicada en el caso concreto (control concreto). Esta facultad otorga un gran poder en manos de los jueces constitucionales, pues, sus decisiones pueden limitar la voluntad de la mayoría política (materializada en la ley) a través de sus sentencias.

VIGÉSIMA TERCERA.- Los principios contenidos en la Constitución son de difícil interpretación, debido a su carácter abstracto. Es por ello, que los jueces y magistrados constitucionales deben cumplir con requisitos de objetividad (racionalidad, principio de proporcionalidad, razonabilidad) en sus sentencias, para que el control de la constitucionalidad sea lo más objetivo posible, es decir, sea acorde con el contenido de la Constitución.

VIGÉSIMA CUARTA.- La materia política en un principio estuvo fuera del control de la justicia constitucional, estas cuestiones políticas suponían límites al control jurídico de la jurisdicción constitucional. Sin embargo, hoy gracias a

los principios de supremacía y rigidez constitucional, las cuestiones políticas son objeto de control de la constitucionalidad, entre estas cuestiones, encontramos a los partidos políticos.

VIGÉSIMA QUINTA.- Los partidos políticos son asociaciones de individuos con fines políticos. Los partidos políticos tienen como papel el fungir como medios de contacto entre los individuos y sus representantes. Además, el papel de los partidos es el de congregar las distintas ideologías políticas de un país para darles fuerza y voz al competir en la contienda electoral, para acceder a curules de presentación política.

VIGÉSIMA SEXTA.- Los partidos políticos también representan el ejercicio del derecho de asociación. A través de este derecho los individuos son autónomos para decidir los fines y organización de los partidos políticos, por lo que los partidos constituyen el ejercicio colectivo de un derecho.

VIGÉSIMA SÉPTIMA.- Los partidos políticos en sus inicios no eran bien vistos, debido a que se consideraban como corrientes que fraccionaban la voluntad del pueblo. Más adelante, se modificó esta concepción y se reconoció su papel como elementos indispensables de todo régimen democrático, ya que a través de ellos se daba voz a la pluralidad de corrientes políticas dentro de un Estado. Es debido a este reconocimiento que se constitucionalizaron los partidos políticos, garantizando su existencia dentro del Estado constitucional.

VIGÉSIMA OCTAVA.- A partir de la constitucionalización de los partidos políticos, éstos fueron objeto de regulación jurídica en su libertad externa y su libertad interna. Sin embargo, esta regulación puede crear tensiones, puesto que la intervención del Estado a la vida de los partidos puede ser tan incisiva que puede afectar su carácter autónomo.

VIGÉSIMA NOVENA.- Las tensiones producto de la intervención de la justicia constitucional en los partidos políticos, son a su vez reflejo de las tensiones

inherentes de las democracias constitucionales. Es decir, hasta qué punto puede la Constitución determinar el contenido y la forma de una democracia sin vaciarla. Es por ello que fue necesario tomar una posición, en este caso, decidir si la justicia constitucional debe intervenir en todo aspecto de la vida jurídica de los partidos políticos (libertad externa e interna) o sólo debe vigilar las reglas del juego democrático.

TRIGÉSIMA.- Para nosotros la democracia, por sí misma, no determina si las decisiones tomadas en el proceso democrático son correctas, por lo que es necesario un patrón de corrección. En otras palabras, la democracia es sólo un proceso de toma de decisiones, que por sí misma no puede determinar que las decisiones que se hayan tomado sean buenas o malas. Por ello son necesarios parámetros que den validez y corrección a las decisiones, en este caso la Constitución. En las democracias constitucionales, la Constitución es el patrón de corrección con el que contamos para dotar a la democracia de una dimensión formal y sustancial.

TRIGÉSIMA PRIMERA.- A partir del razonamiento anterior, consideramos que la intervención de la justicia constitucional en los partidos políticos es posible, pero solamente en dos casos en particular: a) por violaciones a reglas constitucionales y; b) por conflictos entre el derechos de asociación con otros derechos fundamentales.

TRIGÉSIMA SEGUNDA.- El primer caso, se refiere a las posibles violaciones por parte de los partidos políticos de requisitos o reglas constitucionales, por ejemplo: requisitos de constitución de partidos políticos, prohibiciones de ciertas corrientes constitucionales, acceso a medios, etc.

TRIGÉSIMA TERCERA.- En el segundo caso, se refiere al conflicto entre el ejercicio colectivo del derecho de asociación, materializado en los partidos políticos, con los derechos fundamentales de otros individuos, incluidos la propia militancia del partido.

Gracias a las conclusiones antes señaladas, y a partir del estudio de algunos casos emblemáticos, consideramos que el papel de la justicia constitucional no sólo es necesario en las democracias constitucionales, sino además es benéfico, puesto que el control de la constitucionalidad en manos de los jueces y magistrados constitucionales permite garantizar la dimensión formal y material de la democracia. La justicia constitucional constituye una verdadera garantía de la democracia, en razón de que los jueces y magistrados están facultados para hacer exigibles los derechos fundamentales y las reglas procedimentales contenidas en la Constitución. Por lo que sus decisiones no provienen de decisiones subjetivas, sino de un patrón objetivo, el cual es la norma constitucional. Si bien pueden ser criticadas las sentencias constitucionales respecto del carácter subjetivo de éstas, es por ello, que para que tengan legitimidad ante la población, es necesario que los argumentos que esgriman los jueces cumplan con ciertos criterios de objetividad, que aseguren que la decisión tomada esta fundamentada en la norma constitucional.

En este mismo sentido, la intervención de la justicia constitucional en los partidos políticos es benéfica porque garantiza que los partidos políticos cumplan con los requisitos formales y sustanciales de la democracia, en su esfera externa e interna. Es así, que la justicia constitucional coadyuva al desarrollo de la democracia, pues, es a través del buen funcionamiento y desarrollo de los partidos políticos –garantizada por la justicia constitucional– que una democracia puede funcionar satisfactoriamente. Si bien existen casos en los que los órganos de control de la constitucionalidad han tomado malas decisiones, consideramos que no es posible, actualmente, calificar a un régimen de gobierno como democrático sin la existencia de una Constitución, y por ende, de la justicia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALCÁNTARA SÁEZ, Manuel, *Partidos políticos latinoamericanos*, 2a. ed., México, Gernika, 2006.

ALEXY, Robert, *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*, España, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.

_____, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 2a. ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ARISTÓTELES, *Política*, España, Ediciones Folio, 2002, t. I.

ATIENZA, Manuel, *El Derecho como Argumentación*, 1a. ed., España, Ariel, 2006.

BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 2a. ed., Argentina, La Ley, 2006, t. I.

BERNAL PULIDO, Carlos, *El Derecho de los derechos*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

BIANCHI, Albert B., *Control de constitucionalidad*, 1a. ed., Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Dealam, 1992, t II.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. , *El valor de la Constitucìon*, España, Alianza Editorial, 2006.

BOBBIO, Norberto *et. al.*, *Diccionario de política*, 5a. ed., México, Siglo XXI, 1988.

_____, *El futuro de la democracia*, 3ª. Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

_____, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

_____, *Liberalismo y democracia*, México, Fondo de cultura Económica, 2010.

_____, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, 7a. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

_____, *Teoría General de la Política*, 3a. ed., España, Trotta, 2009.

BODIN, Jean, *Los seis libros de la República*, 4a. ed., España, Tecnos, 2006.

BOVERO, Michelangelo, *Una gramática de la democracia, contra el gobierno de los peores*, Madrid, Trotta, 2002.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, 1a. ed., México, UNAM, 2005.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *La Justicia Constitucional (Procesos y Procedimientos Constitucionales)*, 1a. ed., México, Porrúa, 2007.

BRYCE, James, *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*, Madrid, Civitas, 1952.

CAPPELLETTI, Mauro, *Obras. La Justicia Constitucional * Dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*, 1a. ed., Porrúa, 2007.

CARBONELL, Miguel, *¿ El tercero ausente? Escritos sobre el Poder Judicial*, 1a. ed., México, Porrúa, 2008, pp. 191-205.

CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel, *Los derechos de la militancia y la jurisdicción*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004.

CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2009.

COMANDUCCI, Paolo, *Constitución y Teoría del Derecho*, 1a. ed., México, Fontamara, 2007.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, 1a. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

CROSSMAN, R.H.S., *Biografía del Estado moderno*, 2ª. Ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1965.

CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo, *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

DAHL, Robert A., *Los dilemas del pluralismo democráticos. Autonomía versus control*, 1a. ed., México, Alianza, 1991.

DUVERGER, Maurice, *Los Partidos Políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 5a. reimpresión, España, Ariel, 2002.

ELSTER, John y SLAGSTAD, Rune, *Constitucionalismo y Democracia*, 1a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5a. ed., España, Editorial Trotta, 2006.

_____, *Principia Iuris*, Madrid, Trotta, 2011, t. I.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

FIORAVANTI, Maurizio, *Constitucìon. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de MARTÍNEZ NEIRA, Manuel, España, Trotta, 2001.

_____, *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*, España, Trotta, p 1996.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005.

_____, y MAC-GREGOR, Ferrer, *Las sentencias de los tribunales constitucionales*, 1a. ed., Porrúa, México, 2009.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*, 1a. ed., Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, 4a. ed., España, Thomson-Civitas, 2006.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1984.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, *El Estado de Partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986.

GARGARELLA, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, en GARGARELLA, Roberto (coord.), 1a. ed., Argentina, Abeledo Perrot, 2008, t. I.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*, 1a. ed., México, Porrúa, 2011, t. I.

GREPPI, Andrea, *Teoría e Ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, 1a. Ed., México, Fontamara, 2001.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, 2ª. Ed., Madrid, Trotta, 2000.

HAMILTON, A. *et. al*, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, 1a. ed., México, Porrúa, 2005.

HERRERA, Chinchilla, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Colombia, Temis, 1993.

HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, México, 9a. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

HUERTA OCHOA, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 1ª. ed., México, Universidad Autónoma de México, 1998.

HUNTINGTON, Samuel P, *La tercera ola democrática. La democratización a finales del siglo XX*, 1a. ed., Buenos Aires, Paidós, 1994.

JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, Argentina, Editorial B de F, 2005.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del Derecho constitucional*, España, Marcial Pons, 2003.

KANT, Immanuel, *¿Qué es la Ilustración?*, en R. RAMAYO, Roberto (ed.), 1ª. Ed., México, Alianza Editorial, 2004.

KELSEN, Hans, *Compendio de Teoría General del Estado*, 2a. ed., España, Bosch, 1934, p. 193.

_____, *Esencia y Valor de la Democracia*, 1a. ed., México Ediciones Coyoacán, 2005.

_____, *La garantía de la Constitución (La justicia constitucional)*, trad. de Tamayo Salmorán, Rolando, México, Universidad Autónoma de México, 2001, p. 52.

KYMLICKA, William, *Ciudadanía Multicultural*, 1a. ed., España, Editorial Paidós, 1996..

LAMBERT, Edouard, *El gobierno de los jueces*, trad. de DE LA FUENTE, Félix, España, Tecnos, 2010.

Lenk, Kurt y Neumann, Franz (eds.), en *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos*, Barcelona, Anagrama, 1968.

LOCKE, John, *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*, 1a. ed., México, Porrúa, 1997.

LÓPEZ GUERRA, Luis, *Introducción al Derecho Constitucional*, España, Tirant lo blanch, 1994.

LÖWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, España, Ariel, 1964.

LOZANO MIRALLES, Jorge y SACCOMANNO, Albino, *El Tribunal Constitucional. Composición y principios jurídicos organizativos (el aspecto funcional)*, España, Tirant lo blanch, 2000.

MALAMUD, Andrés, "Partidos Políticos", en PINTO, Julio (comp.), en *Introducción a la Ciencia Política*, Buenos Aires, Eudeba, 2003.

MICHELS, Robert, *Los Partidos Políticos*, Buenos Aires-Madrid, Amorrortu editores, 2008.

_____, *Los Partidos Políticos*, Buenos Aires-Madrid, Amorrortu editores, 2008, t II.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, México, Porrúa, 2007.

MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, 1a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2009.

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, México, UNAM, 2006.

NAVARRO MÉNDEZ, José Ignacio, *Partidos políticos y "democracia interna"*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

NEUMANN, Sigmund, *Partidos políticos modernos*, Madrid, Tecnos, 1965.

OSTROGORSKI, Moisey, *La democracia y los partidos políticos*, Madrid, Trotta, 2008.

PATRICK, John J. et. al., *United State Government*, USA, Oxford, 2001.

PANEBIANCO, Angelo, *Modelos de partido*, España, Alianza Editorial, 1982.

PEGORARO, Lucio, *Ensayos sobre Justicia constitucional*, 1a. ed., México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2006..

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos Estado de Derecho y Constitución*, 7a. ed., España, Tecnos, 2001.

REY MARTÍNEZ, Fernando, “El “Dr. Bonham’s case” y su aporte a la creación de la judicial review”, en Manili, Pablo Luis (coord.), *Marbury vs. Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, México, Porrúa y IMDPC, 2011.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social*, México, Ediciones Coyoacán, 1997.

SABINE, George H., *Historia de la teoría política*, 10a. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.

SAGÜES, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional*, 4a. ed., Astrea, 2002.

_____, *Elementos de derecho constitucional*, 3a. ed., Argentina, Astrea, 2001, t. I.

_____, *Teoría de la Constitución*, Argentina, Astrea, 2001.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, 1a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

SARTORI, Giovanni, *Partidos y Sistemas de Partidos*, 2a. ed., Alianza Editorial, 2002.

SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2a. ed., España, Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, 1998.

_____, *Teoría de la Constitución*, 2a. reimpresión, Madrid, Alianza Editorial, 1996.

SIEYES, Emmanuel, *¿Qué es el Tercer Estado?*, España, Alianza Editorial, 2008.

SOUTO PAZ, José Antonio, *Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado*, 2a. ed., España, Marcial Pons, 2003.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Elementos de Derecho Procesal Constitucional*, 1a. ed., México, SCJN, 2006.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, Interpretación jurídica”, Nuevo diccionario jurídico mexicano, Porrúa.

TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

WALDRON, Jeremy, *Derecho y desacuerdos*, España, Marcial Pons, 2005.

WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.

ZAGREBELSKY, Gustavo, ¿Derecho procesal constitucional?, y otros ensayos de justicia constitucional, 1a. ed., México, FUNDAp, 2004.

_____, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3a. ed., España, Trotta, 1999.

ARTÍCULOS

ARAGÓN, Manuel, “Constitución y Derechos Fundamentales”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución*, México, 2000.

ASTUDILLO, César, “El perfil constitucional de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (dir.), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, núm. 11, enero-junio de 2009.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, “El sistema representativo”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado de México*, 1a. ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

DENNINGER, Erardo, “Democracia militante y defensa de la Constitución”, en BENDA, Ernst y *et al.*(coords), Manual de Derecho constitucional, Madrid, Marcial Pons, 1996.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “Las cuestiones políticas”, en MANILI, Pablo Luis (coord.), *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, México, Porrúa, 2011.

FERRAJOLI, Luigi, “Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

FERRERES COMELLA, Víctor, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon constitucional*, España, Trotta, 2010.

FREIDERBERG, Flavia, “Democracia interna en los partidos políticos”, en NOHLEN, Dieter, et al., (comps), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo versus Democracia”, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, 1a. ed., Argentina, AbeledoPerrot, 2006.

GREPPI, Andrea, “Definiciones y reglas de la democracia”, en CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *Política y Derecho. Repensar a Bobbio*, México, Siglo Veintiuno editores y Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.

GRIMM, Dieter, “Los partidos políticos”, en BENDA, Ernst y *et al.*(coords), *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

LINE BAREIRO, Lilian Soto, “Los partidos políticos condiciones de inscripción y reconocimiento legal”, en NOHLEN, Dieter, et al., (comps), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

LOPERA MESA, Gloria Patricia, “Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales”, en Carbonell, Miguel y Grández Castro, Pedro P. (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Lima, Palestra, 2010.

ODDVAR ERIKSEN, Erik, “Derecho democrático o Gobierno de los jueces”, en MENÉNDEZ, José Agustín y ODDVAR ERIKSEN, Erik (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

SILVERO SALGUEIRO, Jorge, “La jurisdicción originaria de la Corte Suprema”, en Manili, Pablo Luis (coord.), *Marbury vs. Madison Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2011.

VITALE, Ermanno, “Futuro de la democracia”, en CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, (coord.), *Norberto Bobbio: cuatro interpretaciones*, 1a. ed., México, Universidad Autónoma de México el Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

VITALE, Ermanno, "Hobbes y la teoría del Estado moderno. Lectura de Bobbio", en *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, España, núm. 36, enero-junio de 2007, p. 115.

Zovatto, Daniel, "Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina. Lectura regional comparada", en *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina México*, 1a. ed., Universidad Autónoma de México, 2006, pp. 10-11.

LEGISLACIÓN

Constitución alemana de Bonn de 1949.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución española.

Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789).

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776).

Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral

Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos

JURISPRUDENCIA

BVerfGE 5, 85.

SUP-JDC-021/2002

SUP-JDC-028/2004

PÁGINAS DE INTERNET

http://www.cacheirofrias.com.ar/marbury_vs_madison.htm

http://www.mexiko.diplo.de/contentblob/2036938/Daten/375140/ddeitei_ley_fundamental.pdf

<http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunales_Superiores_de_Justicia?Template=cgpj/ts/principal.htm