

Dilemas de la democracia constitucional

MIGUEL CARBONELL



Las Ciencias
Sociales
Tercera Edición



CONOCER
PARA DECIDIR
EN APOYO A LA
INVESTIGACIÓN

Miguel Ángel
Porrúa

CE
CEDH

Comisión Estatal de
Derechos Humanos
AGUASCALIENTES

H. CÁMARA DE DIPUTADOS
LX LEGISLATURA



CONOCER PARA DECIDIR se denomina la serie que en apoyo a la investigación académica en ciencias sociales, la Cámara de Diputados, LX Legislatura, ha acordado participar en coedición refrendando el histórico y constante interés del H. Congreso de la Unión por publicar obras trascendentes que impulsen y contribuyan a la adopción de las mejores decisiones en políticas públicas e institucionales para México, en su contexto internacional, a efecto de atender oportunamente las diversas materias sobre las que versa el quehacer legislativo.

La H. Cámara de Diputados, LX Legislatura, establece el acuerdo de coeditar con diferentes instituciones académicas, organismos federales y estatales, así como con autores y asociaciones independientes, investigaciones académicas y expresiones culturales de interés nacional, que coadyuven a las tareas propias del legislador mexicano.

Dilemas de la
democracia
constitucional

S E R I E
ciencias
sociales
TERCERA DÉCADA

Dilemas de la democracia constitucional

MIGUEL CARBONELL



**CONOCER
PARA DECIDIR**
EN APOYO A LA
INVESTIGACIÓN
ACADÉMICA



Comisión Estatal de
Derechos Humanos
AGUASCALIENTES

Miguel Ángel

Porrúa

MÉXICO • 2009

La H. CÁMARA DE DIPUTADOS, LX LEGISLATURA,
participa en la coedición de esta obra al
incorporarla a su serie CONOCER PARA DECIDIR

Coeditores de la presente edición

H. CÁMARA DE DIPUTADOS, LX LEGISLATURA
COMISIÓN ESTATAL DE DERECHOS HUMANOS, Aguascalientes
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor

Primera edición, febrero del año 2009

© 2009
MIGUEL CARBONELL

© 2009
Por características tipográficas y de diseño editorial
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA, librero-editor
Derechos reservados conforme a la ley
ISBN 978-607-401-092-3

Queda prohibida la reproducción parcial o total, directa o indirecta del
contenido de la presente obra, sin contar previamente con la autoriza-
ción expresa y por escrito de los editores, en términos de lo así pre-
visto por la Ley Federal del Derecho de Autor y, en su caso, por los
tratados internacionales aplicables.

IMPRESO EN MÉXICO



PRINTED IN MEXICO

www.maporrua.com.mx

Amargura 4, San Ángel, Álvaro Obregón, 01000 México, D.F.

Presentación

El Estado constitucional nació a finales del siglo XVIII con dos finalidades muy concretas, claramente establecidas en el conocido artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789: dividir al poder y garantizar los derechos.

El nacimiento de esta forma de Estado es la prolongación normativa de una manera de entender al Estado y el lugar de la persona dentro de él. El pensamiento de la Ilustración llevaba décadas abogando por la división de poderes (Locke, Montesquieu) y por el establecimiento de un catálogo de derechos que limitara la esfera de la intervención estatal, protegiendo de esa manera la libertad de las personas.

Con el paso del tiempo el Estado constitucional fue incorporando otros valores junto a la libertad: la igualdad (que, de todas formas, ya estaba presente en el artículo 1 de la citada Declaración), la seguridad jurídica, los bienes tutelados por los derechos sociales, la dimensión democrática del constitucionalismo, etcétera.

Lo que podemos observar a principios del siglo XXI es un Estado constitucional que ordena la realización de muy diversas tareas a cargo de las autoridades (proporcionar educación, salud, vivienda, regular en cierta medida la economía, fomentar el ejercicio de las libertades, administrar tribunales para que sancionen la violación de los derechos, entre muchas otras) y que legitima el quehacer público en relación

directa con el grado de tutela de los derechos que es capaz de lograr.¹

Sin embargo, el desarrollo del Estado constitucional se enfrenta, no solamente en México y en buena parte de América Latina, a una serie de desafíos, dilemas y tensiones de la mayor envergadura. No podemos decir, en nuestros días, que el avance del Estado constitucional y de la tutela de los derechos sigue siendo lineal y expansivo, como lo sostuvieron algunos autores importantes del siglo xx. Hemos presenciado en años recientes retrocesos en toda regla, no solamente en el nivel normativo, sino incluso en el plano ideológico.²

No se descubre nada nuevo cuando se afirma que el nivel cívico y político de compromiso en favor de los ideales del constitucionalismo que heredamos de la Ilustración ha bajado sensiblemente, hasta el punto de que se ha eclipsado en dos de los países “fundadores” del constitucionalismo, como lo son Francia y Estados Unidos.

En México los riesgos de retroceso, las tensiones y las simulaciones son muy importantes. Tenemos un sistema democrático, nadie puede negarlo. Pero también es cierto que nuestra democracia tiene escasa “calidad” y que los ciudadanos desconfían profundamente de sus “representantes” populares.³ Y en esto no estamos solos. Los datos de una encuesta aplicada en toda América Latina son por demás elocuentes. Me refiero a los que aparecen en el *Latinobarómetro 2004*. A partir de 1996 la satisfacción con el funcionamiento de la de-

¹El vínculo entre legitimidad del Estado y garantía efectiva de los derechos ha sido expuesto por Luigi Ferrajoli en su libro *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 8a. edición, Madrid, Trotta, 2006, pp. 851 y ss.

²Véase la ilustrativa narración histórica de Geoffrey R. Stone, *War and liberty. An american dilemma: 1790 to the present*, Nueva York, Norton and Company, 2007.

³Sobre el tema de la calidad democrática lo mejor que se ha publicado en y sobre México, hasta donde tengo información, es la obra colectiva coordinada por César Cansino e Israel Covarrubias, *Por una democracia de calidad. México después de la transición*, México, CEPACOM, 2007.

mocracia ha sufrido fuertes retrocesos en países como Perú, Ecuador, Paraguay y Bolivia. Se ha incrementado ligeramente (entre un 8 y un 14 por ciento) en países como Panamá, Brasil, Honduras, Venezuela, Colombia y Chile. Esta falta de satisfacción se demuestra muy crudamente cuando se les pregunta a los habitantes de la región si consideran que la democracia es preferible a cualquier otra forma de gobierno.

De acuerdo con la misma encuesta, los más convencidos de las bondades de la democracia viven en Costa Rica, donde el 48 por ciento está a favor de esa forma de gobierno sobre cualquier otra. Existen altos niveles de aceptación democrática en Uruguay (45 por ciento), Venezuela (42 por ciento)⁴ y Chile (40 por ciento). Por el contrario, la menor adhesión ciudadana al régimen democrático se produce en Perú (7 por ciento), pero le siguen muy de cerca Paraguay (13 por ciento), Ecuador (14 por ciento), Bolivia (16 por ciento) y México (17 por ciento).

Pese a estos datos, tan preocupantes, lo cierto es que la mayor parte de la población de América Latina considera que un gobierno militar no podría solucionar mejor los problemas que uno democrático, aunque también en esto las cifras son muy variables. Consideran más eficaz y mejor a un gobierno democrático sobre uno militar el 85 por ciento de los encuestados en Costa Rica, el 73 por ciento en Uruguay y el 71 por ciento en Panamá, pero solamente el 41 por ciento en Paraguay, y el 47 por ciento en Perú y Honduras. En lo que parece haber mayor consenso es en la necesidad de “aplicar más mano dura” en el país: están de acuerdo con esto el 85 por ciento de los paraguayos y el 78 por ciento de los guatemaltecos y salvadoreños. Pero solamente están de acuerdo con esa opción el 32 por ciento de los uruguayos y el 43 por ciento de los brasileños.

⁴Aunque es probable que la presidencia de Hugo Chávez y su deriva totalitaria de los últimos años haya hecho disminuir notablemente esta cifra.

Se trata, pese a todo, de un dato inquietante, pues demuestra que hay un segmento de la población que podría sentirse atraído por una opción de “endurecimiento” del ejercicio del poder estatal, lo que podría tener consecuencias nefastas en el desarrollo democrático de alguna nación. Sin embargo, no debemos olvidar que estos datos suelen ser muy volátiles. Así por ejemplo, la adhesión a la democracia en México era de 45 por ciento en 1997 (año en el que el PRI pierde la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados) y todavía de 36 por ciento en el 2000 (cuando el PRI pierde la Presidencia de la República), pero desciende hasta 26 por ciento en 2001 y hasta el 17 por ciento en 2002 y 2004.⁵

El Estado constitucional no se tiene que enfrentar solamente a la baja calidad del sistema democrático, sino que tiene que hacerse cargo de muchos otros temas. En este libro el lector podrá encontrar reflexiones sobre las migraciones contemporáneas y el derecho fundamental a la libertad de tránsito, sobre la manera en que las emergencias debilitan muchos resortes del Estado constitucional e instalan una lógica del miedo en la sociedad, sobre el papel de las fronteras en el siglo XXI, sobre las erráticas rutas analíticas que ha seguido la teoría constitucional mexicana y sobre los posibles desarrollos futuros del constitucionalismo en nuestro país.

Son reflexiones realizadas desde la perplejidad que supone tener que defender lo que ya parecía ganado. Es la perplejidad que se suscita al ver que aquello por lo que lucharon tantas generaciones (la democracia) se ha convertido poco a poco en una caja vacía, en un cofre dispuesto para el enriquecimiento de algunos políticos y de todos los partidos. Son las simulaciones tan presentes en la vida pública de México, pero también son los dilemas que habrá que sortear en el futuro, si es que todavía queremos vivir bajo el paraguas protector del Estado constitucional de derecho.

⁵ Se pueden encontrar estos datos, y otros más actualizados, en www.latinobarometro.org

El lector encontrará en las páginas que siguen elementos para el desaliento, propios de cualquier ejercicio de análisis que tome mínimamente en cuenta la realidad; pero también, espero, resortes argumentativos que recuperen la esperanza, cifrada sobre todo en las muchas oportunidades que nos ofrece un conocimiento más riguroso de eso que llamamos Constitución y un bagaje analítico más profundo que el que se tenía hasta hace unas pocas décadas. La utilización de ese conocimiento y de ese bagaje queda bajo responsabilidad de cada lector.

La publicación de este libro no hubiera sido posible sin el apoyo decidido de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, en la que trabajan varias de las personas más comprometidas con el respeto a los derechos fundamentales que conozco. Son dignos representantes de lo que debe ser un ciudadano que se preocupe por la democracia constitucional de nuestro país. A su presidente y a todo el personal de la Comisión les agradezco el apoyo y la amistad cordial con que me han honrado durante los últimos años.

También agradezco el auxilio y trabajo profesional de Cristina Anta Carrillo, Luis Ángel Salgado Rodríguez y Dayra Vergara Vargas, con quienes comparto esfuerzos cotidianos en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

[Coyoacán, Distrito Federal, junio de 2008]

¿Qué es una Constitución?

CONOCER LA CONSTITUCIÓN

El texto de la Constitución nos interesa a todos, puesto que sus normas tienen que ver con aspectos esenciales de la vida de cada uno de nosotros. El texto constitucional no es algo que se refiera solamente a los políticos profesionales, a los partidos o a los diputados. Desde luego que regula esos aspectos, pero contiene también previsiones que guardan estrecha relación con las personas que trabajan, con los niños, con los campesinos, con los estudiantes, con quienes quieren conseguir una vivienda, con las personas que sufren enfermedades, con los grupos en situación de vulnerabilidad, etcétera.

Por eso es que el conocimiento de lo que establece la Constitución es una responsabilidad cívica y política de todos los que habitamos dentro del Estado mexicano. Sería ingenuo pensar que sólo los especialistas en materia jurídica tienen el deber de conocer el texto de la Carta Magna.

¿Qué es lo que establece, fundamentalmente, la Constitución? Siguiendo el modelo de otros textos semejantes, la Constitución mexicana contiene dos grandes tipos de normas: unas referidas a los derechos que tienen todas las personas, o todos los ciudadanos, por el solo hecho de estar dentro del territorio nacional; otras se refieren a la forma en que se organizan los poderes públicos y a su ámbito de competencia, es decir, las normas de la Constitución delimitan lo que

puede hacer cada uno de los poderes públicos del Estado mexicano.

NUESTROS DERECHOS

Los derechos fundamentales son derechos que están asignados constitucionalmente a todas las personas, como regla general (de acuerdo con el artículo 1 párrafo primero de la Carta Magna). De forma excepcional hay ciertos derechos cuya titularidad recae solamente en quienes sean ciudadanos mexicanos, es decir, en quienes teniendo la nacionalidad mexicana (por nacimiento o por naturalización) sean además mayores de 18 años.

Los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna; siguiendo a Ernesto Garzón Valdés podemos entender por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.⁶

Lo anterior significa que una persona puede no necesitar que el derecho a fumar sea un derecho fundamental ya que fumando o no fumando es posible que, en términos generales, pueda desarrollar de forma autónoma su plan de vida, pudiéndolo trazar por sí mismo y contando para tal efecto con un amplio abanico de posibilidades. Pero ese plan de vida y la capacidad de un individuo para llevarlo a la práctica se verán claramente afectados si el ordenamiento no contempla la libertad de tránsito o el derecho a la integridad física, ya que en ese caso la persona puede verse impedida de viajar donde quiera o puede ser torturado o mutilado.

⁶ Ernesto Garzón Valdés, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, p. 531.

Lo que hay que enfatizar es que cuando hablamos de derechos fundamentales estamos hablando de la protección de los intereses más vitales de toda persona, con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar su existencia. Por eso se puede decir que los derechos fundamentales deben ser universales, porque protegen bienes con los que debe contar toda persona, con independencia del lugar en el que haya nacido, de su nivel de ingresos o de sus características físicas.

LOS DERECHOS SON UN PRODUCTO HISTÓRICO

Es importante recordar, sobre todo en este atribulado comienzo del siglo XXI, que los derechos no son entidades que siempre hayan estado ahí, presentes en toda la historia de la humanidad, ni representan tampoco algo así como la manifestación de la “esencia humana”. Los derechos, como lo ha explicado Norberto Bobbio, tienen una edad, son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las sociedades y los individuos dentro de unas coordenadas espaciales y temporales determinadas.

Los derechos han tradicionalmente surgido de luchas para tutelar a los sujetos más débiles de la sociedad. Como lo señala Luigi Ferrajoli,

históricamente, todos los derechos fundamentales han sido sancionados, en las diversas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una opresión o discriminación precedente: desde la libertad de conciencia a las otras libertades fundamentales, desde los derechos políticos a los derechos de los trabajadores, desde los derechos de las mujeres a los derechos sociales. Estos derechos han sido siempre conquistados como otras

tantas formas de tutela en defensa de sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte –iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales– que regía en su ausencia.⁷

Lo anterior sirve para justificar el sentido en el que los derechos se constituyen como “leyes del más débil” según el propio Ferrajoli, pero además también es útil para entender el significado profundo de su carácter marcadamente histórico, frente a las posiciones simplistas que pretenden explicar los derechos fundamentales como realidades caídas del cielo o como logros pacíficos e incruentos que se han gestado por el simple paso del tiempo.

Dentro de las normas de la Constitución mexicana referidas a los derechos fundamentales de todas las personas encontramos, por ejemplo, el derecho a no ser discriminados por nuestras características físicas, por nuestra manera de pensar, por nuestra religión, por nuestra identidad sexual, etcétera (artículo 1 párrafo tercero). También encontramos normas jurídicas que aseguran la igualdad entre el hombre y la mujer (artículo 4), la libertad de expresión y de prensa (artículos 6 y 7), la libertad de asociarnos y reunirnos con quien queramos (artículo 9), la libertad de tránsito y residencia (artículo 11), el derecho de elegir a nuestros representantes o ser representantes de nuestros conciudadanos (artículo 35), entre otros derechos.

DIVIDIR AL PODER PARA GARANTIZAR LA LIBERTAD

En la parte de la Constitución mexicana en la que se regulan los poderes públicos encontramos normas jurídicas que establecen el principio de la división de poderes (artículo 49), es

⁷Luigi Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo, Madrid, Trotta, 2001, p. 363.

decir, la idea de que los poderes no se podrán concentrar en una sola persona o corporación, sino que tendrán que estar divididos. Este principio de división de poderes proviene del pensamiento de la Ilustración (siglo XVIII) y tiene por objetivo impedir que los gobernantes abusen de sus cargos en perjuicio de los habitantes de un país. Desde luego, sobra decir que en algunos países este principio se respeta más que en otros. México seguramente no se encuentra en los primeros lugares a nivel mundial en la escala de respeto a la división de poderes.

La división de poderes es uno de los postulados más importantes de la filosofía de la Ilustración, que tanta influencia tuvo en el surgimiento del moderno constitucionalismo. John Locke, por ejemplo, señalaba en el *Ensayo sobre el gobierno civil* que "...para la debilidad humana sería una tentación demasiado grande delegar la función de ejecutar las leyes a las mismas personas que poseen la tarea de realizarlas, puesto que el género humano tiene tendencia a aferrarse al poder". Por su parte, Montesquieu expresaba en *El espíritu de las leyes*: "...es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites[...] Para que no se pueda abusar del poder, es preciso que, por disposición de las cosas, el poder frene al poder".

En el nivel normativo la división de poderes aparece por vez primera en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, conocida simplemente como Declaración francesa. El texto del citado artículo es el siguiente: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, carece de Constitución".

A partir de entonces el "contenido mínimo" de la "constitución" del Estado constitucional estará caracterizado por estos dos elementos que estamos explicando: a) la protección de los derechos fundamentales, y b) la separación de los poderes.

Si quisiéramos ofrecer una visión no puramente normativa, sino atendiendo a la experiencia histórica realmente vivida, sobre la división de poderes en México, tendríamos que reconocer que si bien se ha respetado formalmente tal principio, en la realidad ha existido un claro predominio del Poder Ejecutivo Federal sobre los demás poderes, tanto federales como locales. El régimen presidencial diseñado en la Constitución fue convertido durante décadas en un régimen presidencialista, en el que el titular del Poder Ejecutivo –con el apoyo de un partido hegemónico– era la principal figura del panorama institucional mexicano. El presidente no solamente ejercía sus importantes y amplias facultades constitucionales, sino que contaba también con facultades “metaconstitucionales”, según la conocida denominación propuesta por Jorge Carpizo en 1978 (en su libro *El presidencialismo mexicano*).

A partir de la última década del siglo XX, sin embargo, el poder real del presidente de la República disminuye en virtud de varios factores. Uno de ellos es el enorme pluralismo político y social que surge en el país y que hace que las “órdenes” presidenciales ya no sean cumplidas como en las décadas anteriores. Por otro lado, de ese pluralismo político deriva el control por parte de partidos políticos distintos al hegemónico de varias entidades federativas, sobre las cuales el presidente ve también limitado su poder. Un tercer factor reside en el surgimiento de un nuevo árbitro nacional que es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, notablemente fortalecida en sus atribuciones a partir de una reforma constitucional de diciembre de 1994.

Es probable que en el futuro se tenga que avanzar hacia un cambio de régimen, para pasar de un presidencialismo hegemónico a una especie de presidencialismo racionalizado o incluso a un sistema parlamentario. Si esto sucede, como es

obvio, se verá afectado de forma importante el principio de división de poderes.

Mientras ese cambio de forma de gobierno acontece, conviene apuntar al menos que la transformación más reciente del principio de división de poderes en México se ha dado por la aparición en el texto constitucional de los llamados “órganos constitucionales autónomos”. En la actualidad el texto de la Constitución mexicana recoge cinco órganos constitucionales autónomos: el órgano encargado de la información estadística y geográfica (artículo 26), los tribunales agrarios (artículo 27), el Banco de México (artículo 28), el Instituto Federal Electoral (artículo 41) y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (artículo 102).

Los órganos constitucionales autónomos surgen sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial, aunque fueron ya teorizados por Georg Jellinek y por Santi Romano desde finales del siglo XIX. La existencia de dichos órganos supone un enriquecimiento de las teorías clásicas de la división de poderes que, como ya vimos, postulaban que dentro de un Estado solamente había tres funciones: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Hoy en día se acepta que dentro de un Estado pueden haber funciones distintas a las anteriores o tareas que deban ser llevadas a cabo por órganos diferentes a los tradicionales. La realidad estatal contemporánea, con el tiempo, se ha vuelto compleja y problemática, por lo que ha surgido la necesidad de ir perfeccionando las formas de actuación de los órganos públicos y la distribución de funciones entre ellos. En este contexto es en el que empiezan a crearse los órganos constitucionales autónomos. Siguiendo a Manuel García Pelayo podemos establecer que las características de estos órganos son las siguientes:

- a) Configuración inmediata por la Constitución; esto significa que es el propio texto constitucional el que prevé

su existencia y no se limita simplemente a mencionarlos, sino que determina su composición, los métodos de designación de sus integrantes, su status institucional y sus competencias principales.

- b) Una segunda característica de estos órganos es que resultan centrales para la configuración del modelo de Estado y, en este sentido, se vuelven necesarios e indefectibles, ya que si desaparecieran se vería afectado el sistema constitucional en su conjunto.
- c) Una tercera característica es que estos órganos participan en la dirección política del Estado; es decir, inciden en la formación de la voluntad estatal, ya sea en los procesos de toma de decisiones o en la solución de conflictos en el interior del Estado de que se trate.
- d) Los órganos constitucionales autónomos se ubican fuera de la estructura orgánica de los poderes tradicionales. Esto significa que no se pueden adscribir orgánicamente a ninguno de esos poderes: no forman parte de la administración pública (en ninguna de sus variables), ni del Poder Legislativo, ni tampoco del Judicial. Esta independencia orgánica se manifiesta no sólo a través de la ausencia de controles burocráticos externos, sino también gracias a la existencia de una cierta autonomía financiera o garantía económica a favor del órgano constitucional; de otra forma la independencia orgánica podría verse fácilmente vulnerada a través de la asfixia en el suministro de los recursos económicos. La obligación para el legislador de otorgar los fondos necesarios para el desempeño de las funciones de los órganos constitucionales autónomos formaría parte de la “garantía institucional” que la Constitución les asegura, pues no se trata solamente de tener un ámbito de competencias constitucionalmente determinado, sino también de que ese ámbito cuente con los medios sufi-

cientes para poder ser actuado en la realidad cotidiana del Estado.

- e) Otra característica de estos órganos, derivada justamente de su no incorporación orgánica dentro de ninguno de los tres poderes tradicionales que se acaba de señalar en el punto anterior, es que tienen una “paridad de rango” con los demás órganos y poderes, de tal forma que no se encuentran subordinados a ellos. Esto no significa, sin embargo, que las decisiones de los órganos constitucionales autónomos no sean controlables o revisables, por ejemplo por el Poder Judicial.

Para sintetizar lo anterior se puede decir que los órganos constitucionales autónomos: *a)* son creados de forma directa por el texto constitucional; *b)* cuentan con una esfera de atribuciones constitucionalmente determinada, lo cual constituye una “garantía institucional” que hace que tal esfera no esté disponible para el legislador ordinario (esto significa que la ley no podrá afectar ese ámbito competencial garantizado por la Constitución e, incluso, no solamente no lo podrá afectar, sino que tendrá que asegurarlo y dotarlo de efectividad a través de la regulación concreta que por vía legislativa y presupuestaria se haga de los mandatos constitucionales); *c)* llevan a cabo funciones esenciales dentro de los Estados modernos, y *d)* si bien no se encuentran orgánicamente adscritos o jerárquicamente subordinados a ningún otro órgano o poder, sus resoluciones –a menos que se trate de órganos límite, como lo puede ser un tribunal constitucional– son revisables según lo que establezca la Constitución de cada país.

Los órganos constitucionales autónomos deben distinguirse de los llamados “órganos auxiliares” u “órganos de relevancia constitucional”. Estos últimos compartirían algunas, pero no todas, de las características de los primeros. Normalmente,

la característica que les falta es la que tiene que ver con la no inclusión en la estructura orgánica de alguno de los poderes tradicionales. En este sentido, serían órganos auxiliares o de relevancia constitucional, por mencionar ejemplos que existen en el ordenamiento jurídico mexicano, la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación, dependiente de la Cámara de Diputados (artículo 79 de la Constitución); el Consejo de la Judicatura Federal (artículo 100 constitucional) y el Tribunal Electoral (artículo 99 de la Constitución), ambos integrados dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial de la Federación. En estos tres casos es la propia Constitución la que los crea y les asegura un ámbito competencial propio y definido, concediéndoles en algunos supuestos incluso facultades de órganos límite; es decir, de órganos que toman decisiones no revisables por ninguna otra instancia, pero manteniéndolos orgánicamente ubicados dentro de uno de los poderes tradicionales. En el derecho constitucional comparado existen muchas variedades de órganos auxiliares o de relevancia constitucional, tales como los tribunales de cuentas o los consejos económicos y sociales.

LA CONSTITUCIÓN ES LA NORMA SUPREMA

La Constitución no es una norma más, igual a las otras que conforman el ordenamiento jurídico. Es la norma suprema, la que se encuentra en el escalón superior del sistema normativo de nuestro país. La Constitución tiene la característica de la supremacía, de la que carecen otras normas.

La supremacía constitucional es una cualidad que tiene repercusiones tanto estrictamente jurídicas como políticas. Si nos preguntamos, ¿de dónde proviene la supremacía constitucional?, tendremos que ofrecer dos distintos tipos de respuestas. La puramente jurídica diría que la supremacía constitucional proviene precisamente del texto del artículo 133 de la propia

Constitución, que así lo establece;⁸ pero entonces la siguiente pregunta sería, ¿qué o quién ha autorizado al artículo 133 para expresar dicha supremacía? O en otras palabras: ¿de dónde viene la supremacía del artículo 133 para decir que la Constitución es la norma suprema? Las respuestas a estas preguntas ya no pueden ser sólo jurídicas, sino que tienen que entrar en el terreno de lo político. La Constitución es la norma suprema porque ha sido creada por un poder constituyente, un poder con pretensión de legitimidad; esta legitimidad le alcanza para determinar la jerarquía normativa dentro del ordenamiento. Desde luego, el poder constituyente no es una cuestión jurídica, sino de hecho. No puede obtener su autoridad de ninguna norma jurídica, sino del apoyo y reconocimiento que tenga en la sociedad a la que pretende regular.

Pero si nos limitamos a una visión solamente jurídica (interna al ordenamiento), veremos que la supremacía constitucional es una cualidad a partir de la cual se condiciona la validez del resto de las normas que integran el sistema jurídico; es decir, cualquier norma que no sea compatible con la Constitución debe ser considerada como inválida y, en consecuencia, debe ser expulsada del ordenamiento jurídico.

La compatibilidad entre la Constitución y el resto de normas debe ser tanto formal (es decir, que las disposiciones inferiores hayan sido creadas siguiendo los procedimientos que para tal efecto señala la Constitución), como sustancial (que el contenido de las normas inferiores no sea contrario a la Constitución y puedan encontrar en ella su fundamento); en razón de lo anterior algunos autores distinguen entre la “validez formal” y la “validez sustancial” de las normas jurídicas.

Francisco Rubio Llorente define la supremacía constitucional como

⁸Véase el comentario a dicho artículo contenido en Miguel Carbonell, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Porrúa-CNDH-UNAM, 2007, pp. 817-824.

un rango o valor superior al del resto de las normas que integran el ordenamiento, en razón del cual éstas han de considerarse como inválidas, es decir, como antijurídicas, en la medida en que vayan en contra de lo dispuesto por la Constitución, o no hayan sido creadas por los órganos en cada caso competentes y de acuerdo con el procedimiento previsto para ello[...] es por ello una característica por así decir puramente teórica, cuya efectividad práctica está en función de las garantías que la acompañen, pero cuya existencia no deriva de ellas.⁹

La supremacía constitucional establece una suerte de jerarquía normativa, pero de ella participan también otras dos normas: las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella. El conjunto de las tres normas (Constitución, leyes del Congreso y tratados internacionales) conforman “la ley suprema de toda la Unión”, que es una categoría jurídica creada por el artículo 133 de la propia Constitución para expresar una jerarquía superior al resto de normas del ordenamiento jurídico.

RIGIDEZ CONSTITUCIONAL

La supremacía constitucional despliega sus efectos en varios sentidos. El principal de ellos es el que se ha mencionado en el apartado anterior: por virtud de la supremacía se condiciona la validez del resto de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Pero la salvaguarda de esa misma supremacía requiere, además del control de constitucionalidad de las normas inferiores (para efecto de verificar su conformidad con la norma suprema o, en caso contrario, para proceder a su expulsión del ordenamiento), la existencia de un mecanismo para

⁹ Francisco Rubio Llorente, “Constitución” en Manuel Aragón (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, t. I, Madrid, Civitas, 2001, p. 23.

reformular la Constitución distinto al que se sigue para reformar las leyes ordinarias.

Cuando se establece un procedimiento diferenciado para reformar la Constitución y para reformar las leyes, se dice que la Constitución es rígida. Cuando el procedimiento para reformar cualquier ley es el mismo que debe seguirse para modificar el texto constitucional, entonces estamos en presencia de una Constitución flexible.¹⁰

En un sistema constitucional que cuente con una Constitución flexible, como ha señalado Riccardo Guastini, la Constitución y la ley tienen la misma fuerza, se encuentran ubicadas en un mismo nivel jerárquico. En consecuencia, el principio que regula sus relaciones no es el de *lex superior derogat inferiori*, sino el de *lex posterior derogat priori*: la ley (la norma, mejor dicho) posterior en el tiempo deroga a la anterior. Esto significa, además, que si una ley contiene una disposición contraria a la Constitución, dicha ley se entiende no como una violación constitucional, sino como una modificación a lo dispuesto por el texto de la Constitución.¹¹

En los sistemas que cuentan con una Constitución rígida el mecanismo de reforma constitucional es más agravado que el procedimiento para la modificación legislativa. La mayor complejidad que se exige para reformar la Constitución deriva de datos políticos y jurídicos. Desde un punto de vista político se justifica que la Constitución prevea un cierto grado de dificultad para su reforma en virtud de que contiene las decisiones fundamentales del Estado, los grandes puntos de consenso dentro

¹⁰La obra clásica sobre el tema es la de James Bryce, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, CEC, 1988. Una discusión moderna sobre la rigidez constitucional puede verse en Víctor Ferreres Comella, “Una defensa de la rigidez constitucional” en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, pp. 65 y ss.

¹¹Riccardo Guastini, “La Constitución como límite a la legislación”, en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2008, pp. 235 y ss.

de la comunidad; y tales acuerdos básicos no deben estar sujetos a permanente mudanza, si es que en verdad son tales. Desde una óptica jurídica la rigidez de la Constitución nos permite defenderla frente a intentos de mayorías legislativas simples de modificarla; los requisitos agravados (que pueden consistir en un alargamiento en el tiempo del proceso de reforma o bien en la exigencia de mayorías calificadas, entre otras posibilidades), ponen fuera del alcance de las mayorías ordinarias de gobierno el control sobre la reforma constitucional y, por ende, sobre los contenidos de la carta magna. La rigidez constitucional, en vista de lo que se ha dicho, sirve para darle estabilidad a la forma de gobierno¹² y pone a la Constitución a salvo de su posible manipulación por parte del gobierno en turno.

En la actualidad la distinción entre Constituciones rígidas y Constituciones flexibles ha perdido en buena medida su relevancia práctica, puesto que la enorme mayoría de los textos constitucionales contemporáneos son rígidos. Por ello, hoy en día se habla más de grados de rigidez, que de rigidez o flexibilidad *tout court*.¹³

El grado de rigidez de cada texto constitucional concreto se encuentra en relación directa con la mayor o menor dificultad que dispone ese mismo texto para su propia reforma. Con un grado máximo de rigidez se encuentran las Constituciones que no permiten cambiar ninguna de sus disposiciones; en realidad, en esos casos, se habla de “Constituciones petrificadas”, más que de Constituciones rígidas. Hay otras Constituciones que no permiten la revisión de algunas de sus disposiciones, consagrando por tanto espacios intocables para la acción del poder reformador de la Constitución. En este último supuesto se encuentra por ejemplo la Constitución italiana de

¹²Víctor Ferreres, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *op. cit.*, p. 65.

¹³Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 50; Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, 3a. ed., México, UNAM-Fontamara, 2007, p. 189.

1947, que no permite la revisión de la forma republicana del Estado italiano (artículo 139); también es el caso de la Constitución alemana de 1949, que no permite la reforma de la división de la Federación en Estados, el principio de cooperación de los Estados en la potestad legislativa o los principios de sus artículos 1 y 20 (artículo 79.3).¹⁴ Otras Constituciones, en fin, contienen un doble proceso de reforma: uno más complejo, normalmente reservado para las modificaciones que afecten a los derechos fundamentales y a los principios básicos de la organización estatal, y otro procedimiento que sirve para modificar las disposiciones no esenciales que se contienen en la Constitución: es el caso de la Constitución española de 1978 (artículos 167 y 168).

Algunos autores distinguen entre una rigidez “débil” y una rigidez “fuerte”.¹⁵ La primera se da en aquellas Constituciones que se limitan a precisar que su reforma debe hacerse o bien por un órgano especial distinto de los demás poderes constituidos, o bien por el poder legislativo ordinario, pero a través de un procedimiento dificultado, de modo que las leyes no pueden contrariar la Constitución bajo la pena de ser ilegítimas, es decir, inválidas. La rigidez “fuerte”, por su parte, es una cualidad de aquellas Constituciones que, además de lo anterior, establecen también un control jurisdiccional de la legislación que se encarga de verificar, llegado el caso, si una norma legislativa o infralegislativa vulnera o contraría la norma constitucional y procede a anularla si así fuera.

La Constitución mexicana regula el procedimiento genérico para su reforma en el artículo 135,¹⁶ cuyo texto es el siguiente:

¹⁴Otro ejemplo se encuentra en el artículo 288 de la Constitución portuguesa de 1976.

¹⁵Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, Giuffré, 1993, pp. 73-74.

¹⁶Hay un procedimiento específico para reformar aspectos relacionados con el ámbito geográfico de las entidades federativas previsto en el artículo 73 fracción III.

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia, ni mucho menos la práctica del poder reformador de la Constitución han encontrado diferencia sustancial alguna entre los términos adicionar y reformar que utiliza el artículo 135. Se ha entendido, desde mi punto de vista correctamente, que existe un solo procedimiento y una sola vía para introducir cambios en el texto constitucional (con la salvedad, ciertamente extraordinaria, del artículo 73 fracción III).

Del procedimiento que detalla el artículo transcrito hay que destacar, al menos, los siguientes aspectos:

a) El artículo no señala qué sujetos tienen la facultad de presentar iniciativas de reforma constitucional, por lo que haciendo una interpretación analógica a partir de lo que dispone el artículo 71 constitucional, se puede sostener que dichas iniciativas pueden ser presentadas al menos por los integrantes del Congreso de la Unión (diputados y senadores), legisladores en los Congresos de las entidades federativas y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y el presidente de la República. Esto con independencia de que las correspondientes leyes orgánicas de los congresos puedan admitir otra forma de iniciativas, como lo puede ser la iniciativa popular.

b) Tampoco la tramitación de las iniciativas está descrita por el artículo 135, de modo que de nuevo procede una aplicación por analogía del artículo 72 constitucional; esto significa que una iniciativa de reforma constitucional se discutirá suce-

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia, ni mucho menos la práctica del poder reformador de la Constitución han encontrado diferencia sustancial alguna entre los términos adicionar y reformar que utiliza el artículo 135. Se ha entendido, desde mi punto de vista correctamente, que existe un solo procedimiento y una sola vía para introducir cambios en el texto constitucional (con la salvedad, ciertamente extraordinaria, del artículo 73 fracción III).

Del procedimiento que detalla el artículo transcrito hay que destacar, al menos, los siguientes aspectos:

a) El artículo no señala qué sujetos tienen la facultad de presentar iniciativas de reforma constitucional, por lo que haciendo una interpretación analógica a partir de lo que dispone el artículo 71 constitucional, se puede sostener que dichas iniciativas pueden ser presentadas al menos por los integrantes del Congreso de la Unión (diputados y senadores), legisladores en los Congresos de las entidades federativas y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y el presidente de la República. Esto con independencia de que las correspondientes leyes orgánicas de los congresos puedan admitir otra forma de iniciativas, como lo puede ser la iniciativa popular.

b) Tampoco la tramitación de las iniciativas está descrita por el artículo 135, de modo que de nuevo procede una aplicación por analogía del artículo 72 constitucional; esto significa que una iniciativa de reforma constitucional se discutirá suce-

sivamente en ambas Cámaras del Congreso de la Unión, comenzando por la Cámara de origen, es decir, por aquella en la que la iniciativa de que se trate ha sido presentada. Lo que no se aplica del artículo 72 es la facultad de veto del presidente de la República, la cual no puede ejercerse dentro del procedimiento de reforma constitucional. En este contexto, puede decirse que la aplicación del artículo 72 es selectiva y parcial, pero no total: se limita a servir de guía en aquello que sea conducente y apropiado para un procedimiento que sin duda alguna es diferente al que se sigue para la aprobación de una ley o decreto por parte del Congreso de la Unión.

c) Por el carácter rígido del texto constitucional, el artículo 135 establece que la votación necesaria para aprobar una modificación a la Carta Magna es de dos terceras partes de los individuos presentes. Esta votación calificada puede a primera vista parecer muy alta, pero en realidad no lo es tanto si consideramos que, en el límite, pudieran estar presentes en una sesión el 50 por ciento más uno de los miembros de una Cámara (que es el requisito de quórum que dispone el artículo 63 de la propia Constitución) y de ahí tendrían que calcularse las dos terceras partes.

Si hiciéramos un ejercicio hipotético para el caso de la Cámara de Diputados tendríamos que la presencia mínima para sesionar sería de 251 diputados y si multiplicamos esa cifra por 66 por ciento (es decir, dos terceras partes), tendríamos un número de 166 diputados; es decir, en el caso límite una reforma constitucional puede ser aprobada por 166 diputados, del total de 500 que integran la Cámara. Tomemos como ejemplo la integración de los grupos parlamentarios representados en la LXIX Legislatura de la Cámara de Diputados (2003-2006); el grupo más grande lo tuvo el PRI con 224 diputados, le seguía el PAN con 149, el PRD con 97, el PVEM con 17, el PT con 6, Convergencia con 5 y hubo dos diputados sin partido. Con esta integración vemos lo fácil que puede ser reformar la Constitu-

ción. Por ejemplo, una iniciativa de reforma constitucional podría ser aprobada por el PRI solamente; o por el PAN con el PVEM (149+17= 166). El mismo ejercicio se puede hacer para el caso de la Cámara de Senadores.

d) Una vez que el proyecto es aprobado por la votación calificada que se acaba de explicar en ambas Cámaras, pasa a las legislaturas de los Estados. En esta etapa el artículo 135 no señala si la eventual aprobación por parte de las legislaturas locales debe ser por alguna mayoría calificada. Al no señalarlo expresamente se podría pensar, en un primer momento, que la mayoría necesaria sería una mayoría simple, ya que la existencia de mayorías calificadas sólo puede ser expresa y nunca entendida de forma implícita (es decir, no se puede deducir la existencia de una mayoría calificada en caso de un silencio normativo). Y esto es lo que debe entenderse, a menos que alguna disposición constitucional local establezca otro tipo de mayoría (la cual, sin embargo, no podría ser superior a la que establece el artículo 135 para el Congreso de la Unión; hacer más exigente –por ejemplo de las 4/5 partes o algo por el estilo– podría ser considerado como no proporcional).

Es importante señalar que el artículo 135 dispone que la aprobación deberá ser hecha por las legislaturas locales; esto significa que una norma local (por ejemplo, la Constitución de una entidad federativa) no podría establecer que en dicha aprobación tuviera intervención un sujeto distinto al propio Poder Legislativo local. Esto excluye la participación, por ejemplo, del gobernador del Estado y excluye también la posibilidad de que tal aprobación pudiera sujetarse a referéndum. Los únicos sujetos del ámbito local que están legitimados para intervenir en el proceso de reforma a la Constitución general de la República son los congresos de las entidades federativas, los cuales no pueden –ni siquiera por voluntad propia– ceder dicha facultad o invitar a participar en ella a un sujeto distinto.

e) Al señalar el artículo 135 que la iniciativa de reforma constitucional aprobada por el Congreso de la Unión debe pasar a las legislaturas de los “Estados” para su aprobación se está omitiendo la posibilidad de que en el procedimiento de reforma intervenga el órgano legislativo del Distrito Federal que es la Asamblea Legislativa. Esta omisión es incomprensible y no tiene justificación alguna. Parece un vestigio de otros tiempos, cuando a los habitantes de la capital de la República se les negaban los derechos políticos más elementales, como por ejemplo elegir al titular del Poder Ejecutivo local (hay que recordar que la primera elección de un jefe de Gobierno sucede en el Distrito Federal apenas en 1997). Es de esperarse que la privación del derecho de participar a través de los representantes legislativos locales en el proceso de reforma constitucional sea muy pronto eliminada y que se dé con ello un paso más en el sentido de considerar a los habitantes de la capital como ciudadanos de pleno derecho, situación que hasta el momento no ha sucedido.

f) Una vez que se han reunido los votos aprobatorios de las legislaturas de los Estados le corresponde al Congreso de la Unión o en su caso a la Comisión Permanente hacer el recuento de los mismos y declarar que la reforma constitucional ha sido aprobada. La declaración puede hacerse tan pronto se reúna el requisito de votación establecido en el artículo 135, es decir, la mayoría de los 31 estados de la República. Se requiere por tanto contar con la constancia de que 16 estados han votado a favor. Aunque los demás congresos locales hayan votado en contra o no se hayan pronunciado, será suficiente con el voto de los 16 que sí lo han hecho para tener por aprobada la reforma.

g) Aunque el artículo 135 ya no lo menciona, es obvio que una vez que se hace la declaración de que la reforma ha sido aprobada el Congreso de la Unión debe proceder a ordenar su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, así como tam-

bién, al menos eso sería lo deseable, en los periódicos y gacetas oficiales de las entidades federativas (para lograr de esa forma un mejor conocimiento de que la reforma constitucional se ha realizado).

GARANTÍAS

Además de contener un catálogo de derechos fundamentales, de regular la división de poderes, establecer el principio de supremacía y regular su propia reforma, la Constitución mexicana se refiere también a los mecanismos de garantía de su propio texto, es decir, de los instrumentos que es preciso utilizar cuando una de sus normas ha sido violada o corre el riesgo cierto de serlo.

En términos generales, una garantía puede ser definida –según Ferrajoli– como “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.¹⁷ De hecho, si nos referimos a “garantías constitucionales” podríamos ampliar este concepto para referirlo a cualquier técnica normativa dirigida a tutelar la Constitución.

Entre los mecanismos más conocidos para reparar o prevenir una violación constitucional se encuentra el juicio de amparo (artículos 103 y 107), las comisiones públicas de derechos humanos (artículo 102 apartado B), las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad (artículo 105 fracciones I y II, respectivamente).

También existen mecanismos para sancionar a los funcionarios públicos cuya conducta no esté apegada a lo que ordenan las normas jurídicas. Los artículos 108 a 114 constitucionales regulan distintas vías para exigir la responsabilidad a que puede

¹⁷ Luigi Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, traducción de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006, p. 29.

quedar sujeto un funcionario público. Una de esas vías es el juicio político y otra es la declaración de procedencia, que suele conocerse coloquialmente como “desafuero”, pues sirve para remover la protección constitucional que tienen ciertos funcionarios de alto nivel y que impide que sean sometidos a un proceso de carácter penal. Que los funcionarios sean responsables por sus acciones y omisiones es un requisito fundamental para que se pueda hablar de control del poder, que es una de las premisas lógicas, históricas e institucionales de la forma de Estado basada en la existencia de una Constitución.¹⁸

En México el problema de las responsabilidades de los funcionarios públicos tiene un interés no solamente teórico, sino sobre todo práctico, pues ha sido una constante histórica que quienes desempeñan cargos públicos cometan grandes ilegalidades sin que asuman algún tipo de responsabilidad por ellas. La impunidad de los funcionarios públicos puede contarse como una inveterada tradición histórica dentro del sistema político mexicano.

EL FEDERALISMO

La Constitución, aparte de lo que ya se ha señalado, configura también el régimen de distribución territorial del poder; es decir, la Constitución, al señalar que México es un Estado federal (artículo 40), nos indica que existen diversos niveles de gobierno y que cada uno de ellos tiene –en principio– un distinto ámbito de competencias.¹⁹

El federalismo supone el reconocimiento de la existencia de fuerzas distintas del poder central que tienen su propia

¹⁸Diego Valadés, *El control del poder*, 2a. edición, México, Porrúa-UNAM, 2000.

¹⁹Una muy completa exposición sobre los problemas y retos del federalismo mexicano puede verse en José María Serna de la Garza, *El sistema federal mexicano*, México, UNAM, 2008.

sustantividad, y que en esa virtud reclaman un campo propio de acción jurídico-política traducido entre otras cosas en la posibilidad de crear por sí mismos normas jurídicas. Es una variante más del exuberante pluralismo de las sociedades actuales.

El federalismo mexicano se articula principalmente a través de dos preceptos constitucionales: el 73 y el 124. El artículo 73 enlista las materias sobre las cuales tiene competencia el Congreso de la Unión, es decir, nos dice en qué asuntos son competentes las autoridades federales. Por su parte, el artículo 124 señala que todas aquellas competencias que no estén expresamente reservadas a la Federación (esto es, que no se encuentren en el artículo 73), corresponden a las autoridades locales.

A veces la Constitución decide que cierta materia no sea competencia de uno u otro nivel de gobierno, sino que todos tengan competencia y actúen de forma coordinada para su correcta realización. Es lo que sucede, por ejemplo, con temas como la educación, la salud, la seguridad pública, el medio ambiente, etcétera.

En estas materias las autoridades de todos los niveles de gobierno son competentes y deben actuar cooperando unas con otras para prestar los servicios públicos correspondientes o para conservar los bienes comunes de todos los habitantes de México. Es la articulación del Estado mexicano como Estado federal lo que permite que el nivel de gobierno más cercano a los habitantes de la República sea el municipio, regulado por el artículo 115.

LA CONSTITUCIÓN ES EL MODERNO CONTRATO SOCIAL

Como puede verse, el texto constitucional tiene un cierto grado de complejidad, pues trata de las cuestiones más importan-

tes para la vida de una sociedad política. Hoy en día las constituciones no son otra cosa más que la traducción en normas jurídicas de lo que en otros tiempos se llamaba el “contrato social”; es decir, son pactos que permiten asegurar la convivencia social pacífica y que les indican a los poderes públicos que su única razón de ser es la protección de los derechos fundamentales de todas las personas. En esa virtud, el ejercicio de los poderes públicos que sirva solamente para el enriquecimiento de sus titulares o que se utilice para violar derechos y no para protegerlos, carecerá de toda legitimidad.

Idealmente, las Constituciones deberían ser textos muy breves, de forma que pudieran ser comprendidos y además cumplidos por todos sus destinatarios. Como lo podrá verificar el lector al revisar nuestro texto constitucional promulgado en 1917, en México no se ha observado siempre este principio, por lo que hemos acabado teniendo un texto más bien extenso, abigarrado y complejo. La necesaria brevedad de las constituciones se había puesto en evidencia desde los primeros tiempos del Estado constitucional. La había advertido perfectamente el más grande juez de la historia constitucional de Estados Unidos, John Marshall, quien en la que ha sido juzgada como la mejor de todas sus sentencias (la del caso *McCulloch versus Maryland* de 1819), sostuvo lo siguiente:

Una Constitución, si detallara con exactitud todas las subdivisiones que sus grandes poderes pueden admitir, y todos los medios por los que pueden ejecutarse, sería tan prolija como un código legal y no podría ser abarcada por la mente humana. Probablemente, nunca sería entendida por la gente. Por tanto, su naturaleza requiere que únicamente se perfilen sus rasgos generales, que se designen sus grandes objetos, y que los componentes menores de estos objetos se deduzcan de la naturaleza de los propios objetos[...] *al considerar este tema nunca debemos olvidar que lo que estamos interpretando es una Constitución.*

Desde un punto de vista político la Constitución refleja la legitimidad del sistema político en el que se inserta. La legitimidad de una Constitución, y por ende del ejercicio de la política que se haga a partir de ella, proviene tanto de su órgano de creación como de sus contenidos. El poder constituyente permite al pueblo materializar su soberanía a través de la redacción de la norma suprema; un pueblo es soberano cuando puede autodeterminarse dándose un texto constitucional. La Constitución busca regular a la política, a través de su sometimiento a la lógica del derecho; se trata de construir un gobierno de las leyes, en vez del tradicional gobierno de los hombres que ha conocido la historia de la humanidad. Para ello se señalan desde el texto constitucional las precondiciones del ejercicio de la política: el sistema electoral, que permite a la comunidad de ciudadanos elegir a sus representantes, y el sistema parlamentario, dotado de publicidad y deliberación, dos condiciones esenciales para poder tomar las mejores decisiones y para hacerlo de cara a los ciudadanos y no en secreto o a sus espaldas.

La Constitución de nuestros días es, a la vez, pasado, presente y futuro, resultado de movimientos, revoluciones y costumbres lo mismo que aspiraciones de futuro:

Las constituciones de nuestro tiempo –nos explica Gustavo Zagrebelsky– miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer[...] pasado y futuro se ligán en una única línea y, como los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional del pasado y por tanto a una continua redefinición de los principios de la convivencia constitucional.²⁰

²⁰Gustavo Zagrebelsky, *Historia y Constitución*, traducción y prólogo de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2005, pp. 90-91.

Porque nos indica lo que hemos sido, lo que somos y lo que queremos ser, es que debemos conocer, discutir y analizar el texto constitucional, que es realidad, pero también proyecto, mandato pero también utopía.

UN APUNTE SOBRE EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Antes de terminar con la revisión somera de algunos de los temas que componen la teoría de la Constitución, conviene al menos mencionar algunas palabras sobre el nuevo paradigma que se está imponiendo en la práctica y en la teoría del Estado constitucional. Se trata de lo que se conoce como el “neoconstitucionalismo”.

El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México). Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente tomará todavía algunos años.

No son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera.²¹

Creo que, como explicación de conjunto que intenta dar cuenta de una serie compleja de fenómenos, el neoconstitu-

²¹ Véase al respecto el debate sostenido entre Luis Prieto Sanchís, Juan Antonio García Amado y Carlos Bernal Pulido, en Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 213 y siguientes.

cionalismo sí supone alguna novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional de derecho.

¿Qué se engloba bajo el paraguas más o menos amplio del neoconstitucionalismo? O mejor dicho: ¿de qué hablamos cuando hablamos de neoconstitucionalismo?²² Hay al menos tres distintos niveles de análisis que conviene considerar:

Textos constitucionales

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años 70 del siglo xx. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.

Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

²²Para una primera aproximación a este problema puede verse Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2006, pp. 75 y siguientes. También es de gran utilidad el completo estudio de Eduardo Ribeiro Moreira, *Neoconstitucionalismo. A invasao de Constitucao*, Sao Paulo, Editora Método, 2007.

En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo.²³ Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.

Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos.²⁴ Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.²⁵

²³Un buen panorama de la tarea que actualmente debe desempeñar el juez se encuentra en Aharon Barak, *The judge in a democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006; también es interesante para el mismo propósito, aunque lo aborda con una perspectiva más amplia, Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Madrid, Civitas, 2005.

²⁴Gustavo Zagrebelsky se ha encargado de ilustrar esta dificultad en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8a. edición, Madrid, Trotta, 2008, pp. 93 y siguientes.

²⁵Sobre la forma en que el juez alcanza en la actualidad una posición institucional *constitucionalmente correcta* pueden verse las reflexiones de

En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes a través de mecanismos jurisdiccionales.²⁶ Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución “invasora” o “entrometida” (según la correcta observación de Riccardo Guastini), también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.

La mayor presencia de los jueces se ha correspondido históricamente en muchos países que han llevado a cabo transiciones a la democracia, con periodos en los que se ha privilegiado el imperio de la ley por encima de los arreglos político-partidistas.

En un número importante de países que han logrado avanzar en procesos de consolidación democrática, se han creado tribunales constitucionales que han actuado sirviendo de árbitros entre las partes en liza, a la vez que dejaban claro para todos los actores que los derechos de los ciudadanos no podían ser objeto de ninguna clase de regateo político ni estaban a la libre disposición de los partidos con representación parlamentaria.²⁷

La actuación del Tribunal Constitucional Federal alemán al ordenar tempranamente en la década de los 50 la disolución de los partidos neonazis, el trabajo de la *Corte Costituzionale*

Perfecto Andrés Ibáñez, “El juez”, en Luis María Díez Picazo (ed.), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006, pp. 149-169, y especialmente páginas 152-155 en las que explica el modelo de juez dentro de “la alternativa neoconstitucional”.

²⁶ Luigi Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, op. cit., pp. 29 y siguientes.

²⁷ Gustavo Zagrebelsky, “Jueces constitucionales”, en Miguel Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, op. cit., pp. 91-104.

italiana para hacer exigibles los derechos sociales previstos en la Constitución de ese país, las sentencias del Tribunal Constitucional español para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre el Estado central y las comunidades autónomas, son casos que nos ilustran sobre el papel central que tienen los jueces constitucionales dentro de la consolidación democrática.

También en América Latina tenemos ejemplos de jurisdicciones que han estado a la altura de los tiempos que les ha tocado vivir. Son célebres las resoluciones de la Corte Constitucional colombiana al conocer de procesos de acción de tutela por medio de las cuales se mandó poner drenaje en barrios marginales o través de las que se aseguraba una correcta impartición de justicia dentro de las comunidades indígenas de ese país. También la Sala Constitucional de Costa Rica tiene en su haber varios precedentes que han demostrado la pertinencia de los jueces constitucionales. Los jueces brasileños han logrado salvar vidas ordenando la entrega de medicamentos esenciales para personas sin recursos económicos. En Guatemala el Tribunal Constitucional paró un golpe de Estado que pretendió dar el entonces presidente Jorge Serrano Elías en 1993.²⁸

Lo anterior no es obstáculo para reconocer, sin embargo, que en América Latina se ha tomado conciencia de forma tardía de la importancia de contar con un sistema judicial que tenga las condiciones necesarias para poder procesar de forma competente y oportuna los conflictos sociales. Es solamente a partir de la década de los noventa, dentro de lo que se ha llamado “la segunda generación” de reformas del Estado, que en muchos

²⁸Sobre el tema se puede consultar la emotiva narración de los hechos realizada por uno de sus protagonistas en el trabajo de Jorge Mario García Laguardia, “Justicia constitucional y defensa de la democracia. El golpe de estado en Guatemala en 1993”, en *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 2, México, enero-junio de 2000, pp. 3-21.

de los países del subcontinente se han emprendido profundos cambios en la función judicial y que los propios jueces han comenzado a entender su papel dentro del paradigma neoconstitucional.

Desarrollos teóricos

Un tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no sólo a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo.²⁹ Tiene razón Luigi Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de metagarantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La ciencia jurídica, nos dice Ferrajoli, puede concebirse hoy en día como “una metagarantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”.³⁰ No es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que derivan de este tipo de postulados.

Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luis Roberto Barroso, Carlos Nino, Luis Prieto

²⁹Cfr. Alfonso García Figueroa, “La teoría del derecho en tiempos del neoconstitucionalismo” en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp. 159 y siguientes.

³⁰*Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5a. edición, Madrid, Trotta, 2006, p. 33.

Sanchís o el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solamente para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas. De entre los muchos ejemplos que se podrían poner basta citar la enorme influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Robert Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (que, por cierto, ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina). Muchas sentencias de la Suprema Corte de México se han basado de forma explícita o encubierta en los textos de Luigi Ferrajoli y lo mismo acontece en varias resoluciones de los jueces argentinos. Gustavo Zagrebelsky ha tenido la oportunidad de hacer aportaciones teóricas de la mayor altura, pero además ha podido ponerlas en práctica en su desempeño como magistrado de la Corte Costituzionale italiana. Y así sucesivamente.

No faltará quien diga que ninguno de los tres elementos que acabamos de explicar es, en rigor, novedoso y que no hacía falta inventar una nueva etiqueta para identificarlos, pues ya estaban bien analizados bajo las coordenadas teóricas tradicionales del positivismo de la primera mitad del siglo xx. Quizá tengan razón quienes así opinan, pero sigo creyendo que la novedad está en el conjunto: quizá no tanto en uno de los tres elementos si los tomamos por separado, pero sí cuando los ponemos en común, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas.

Es obvio que ya existían textos con mandatos constitucionales sustantivos desde principios del siglo xx (por ejemplo, la Constitución mexicana de 1917 o la alemana de Weimar de 1919). También es verdad que las prácticas jurisprudenciales anteriores a la Segunda Guerra Mundial habían desplegado ciertas dosis de activismo judicial que se parecen a las que actualmente observamos en países con incipientes tradiciones

neoconstitucionalistas.³¹ Probablemente se pueden rastrear postulados neopositivistas desde los años treinta del siglo xx. Son elementos que sin duda alguna se encuentran en la raíz histórica y política del neoconstitucionalismo, pero lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional que tenemos a la vista en los primeros años del siglo xxi es el conjunto, la combinación de los tres elementos que he mencionado. Y todavía más que eso: lo novedoso son sus efectos, es decir, la observación del Estado constitucional de derecho *en funcionamiento*. En el campo de la práctica son muchas las cuestiones que han cambiado en los últimos 50 años, no todas para bien, dicho sea de paso. Muchas de ellas podrían ser explicadas también con las herramientas analíticas que nos proporciona el neoconstitucionalismo.

³¹ Lo había hecho ya la Suprema Corte de Estados Unidos en muchas de sus sentencias más relevantes. Por ejemplo, en la más importante de todas, *Marbury versus Madison* (1803) donde nada menos que “descubre” –por llamarlo de alguna forma– el control de constitucionalidad de las leyes. Lo mismo puede decirse de decisiones activistas en sentido conservador, como lo fueron en su momento *Dred Scott versus Sanford* (1857), sobre la constitucionalidad de la esclavitud o *Plessy versus Ferguson* (1896), sobre la segregación racial en los trenes y en los demás servicios públicos.

El Estado constitucional como herramienta para la calidad democrática

INTRODUCCIÓN

¿Qué puede aportar el Estado constitucional de derecho a la calidad de la democracia? ¿Sirve esa forma de Estado para mejorar el sistema democrático o las variables jurídicas son independientes del desarrollo democrático? ¿Podemos concebir una democracia funcional sin contar con algunas bases mínimas de lo que significa el Estado de derecho en general?³²

Para algunos autores la función del derecho en las sociedades complejas de nuestro tiempo debe reducirse a fungir como cauce para garantizar las condiciones del intercambio político o de la esfera pública de discusión (Habermas, por ejemplo),³³ o para regular los procedimientos que mantengan el pluralismo político, procurando que la mayoría política que ocupa en un determinado momento el gobierno no pueda obstruir el paso a las minorías que lo podrán ocupar en el futuro (Sartori).³⁴

³² Para una primera aproximación al concepto de “Estado de derecho” puede verse Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM, Siglo XXI, 2002, así como el clásico ensayo de Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1991 [reimpresión].

³³ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.

³⁴ Giovanni Sartori, *Ingeniería constitucional comparada*, México, FCE, 1998.

Otras visiones ofrecen una perspectiva más “exigente” del papel del derecho dentro de los Estados democráticos. Así, por ejemplo, Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales (que son un elemento esencial de cualquier Estado constitucional) conforman algo así como la “parte sustancial” de una democracia, ya que disponen lo que el gobierno debe hacer (en el caso, por ejemplo, de los derechos sociales) o no puede hacer (en el caso de los derechos de libertad).³⁵ Para este autor,

Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de *lo indecible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones.³⁶

En realidad, una buena configuración del Estado de derecho es indispensable para cualquier régimen democrático, pues como lo ha señalado Guillermo O'Donnell, “El Estado de derecho es un puntal de toda democracia de buena calidad”.³⁷ ¿Qué le añade la regulación jurídica al pluralismo democrático? En primer lugar, estabilidad. En segundo término, previsibilidad. En tercer lugar, regularidad, ya que por medio de las reglas jurídicas se delimita el lugar y el papel de cada uno de los sujetos actuantes en un contexto democrático (partidos políticos, poderes públicos, ciudadanos, medios de comunicación, etcétera). Desde luego, como lo había ya señalado Max Weber en su obra *Economía y sociedad*, el orden jurídico le presta también “legitimidad” al sistema político (la legitimidad por vía de la legalidad, como lo ha explicado posteriormente también Habermas en varios de sus trabajos).

³⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004.

³⁶ Ferrajoli, *Derechos y garantías*, *op. cit.*, p. 24.

³⁷ Guillermo O'Donnell, “Democracia y Estado de derecho”, en *Nexos*, México, núm. 325, enero de 2005, p. 19.

¿Qué le podría aportar el derecho, y concretamente el derecho constitucional, al proceso de transición democrática que está viviendo México? Seguramente mucho, pues la institucionalidad jurídico-constitucional que requiere una democracia consolidada todavía está lejos de alcanzarse en nuestro país. Por eso es que actualmente seguimos discutiendo sobre la “reforma del Estado”.

Dicha reforma puede tener incidencia en la calidad democrática de México si es capaz de resolver, al menos, los siguientes aspectos:³⁸

- a) Regular de mejor forma los derechos fundamentales, enunciando de manera más adecuada algunos derechos que ya existen e incorporando otros que, siendo de la mayor relevancia, no aparecen en el texto constitucional de 1917.³⁹ Hace falta incluir el derecho a la intimidad individual y familiar, el derecho al honor, el derecho a la propia imagen, etcétera. A mediano quizá plazo tendremos que considerar la posible inclusión del derecho al agua, el derecho a la alimentación⁴⁰ y el derecho a la renta básica.⁴¹

³⁸Algunos de estos temas han sido explorados con mayor profundidad en Miguel Carbonell, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, 2004.

³⁹Un panorama general de la regulación de los derechos fundamentales en la Constitución mexicana puede verse en Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, IJ-UNAM-Porrúa-CNDH, 2006.

⁴⁰Sobre los derechos a la alimentación y al agua, Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, *op. cit.*, pp. 975-998.

⁴¹Sobre el derecho a la renta básica, Daniel Raventós, *El derecho a la existencia*, Barcelona, Ariel, 1999; Daniel Raventós (coord.), *La renta básica*, Barcelona, Ariel, 2001; Daniel Raventós, “El salario de toda la ciudadanía”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 106, Madrid, octubre de 2000; Daniel Raventós y José Antonio Noguera, “La renta básica de ciudadanía”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 120, Madrid, marzo de 2002; Rubén Lo Vuolo, “A modo de pre-

- b) Rediseñar la relación entre los poderes y los niveles de gobierno, de forma que creemos incentivos para la *cooperación* y no solamente para el enfrentamiento entre poderes. Para lograrlo se pueden crear mecanismos como la reconducción presupuestal o las iniciativas de urgencia (aquellas que deben ser discutidas por el Poder Legislativo en un plazo perentorio).
- c) Con respecto al diseño del sistema federal, habría que ponderar la necesidad de avanzar desde el actual “federalismo cooperativo” hacia un federalismo *asimétrico*, en el que las facultades de los poderes locales estuvieran determinadas por su capacidad económica y por su fortaleza administrativa.⁴²
- d) Disponer de mejores instrumentos de *control de constitucionalidad*, de forma que seamos consecuentes con el discurso que identifica a la Suprema Corte con un tribunal constitucional. Para ello sería necesario reformar radicalmente el juicio de amparo y mejorar el régimen de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. Los temas claves a discutir en este punto serían, al menos, a) la legitimación activa y pasiva en los procesos de control de constitucionalidad,⁴³ y b) los efectos de las sentencias, sobre

sentación: los contenidos de la propuesta de ingreso ciudadano”, en *Contra la exclusión. La propuesta de ingreso ciudadano*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 1995; Rubén Lo Vuolo, “Ingreso ciudadano y pobreza en América Latina”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 19, Madrid, julio de 2002; Miguel Carbonell, “Renta básica”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2003 y, sobre todo, Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo (eds.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Trotta, 2006.

⁴²José María Serna de la Garza, *El sistema federal mexicano*, op. cit., pp. 87 y ss.

⁴³Carlos A. Vallefín, *La legitimación en las acciones de interés público*, Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

todo de las dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El caso del amparo tiene una especial relevancia, pues se trata del instrumento clásico de protección de los derechos fundamentales en México.⁴⁴

Durante años el amparo fue la única vía para hacer valer los derechos fundamentales, pero conforme ha ido evolucionando la sociedad mexicana y se han hecho presentes nuevas necesidades de protección, poco a poco ha sido percibido como un instrumento claramente insuficiente. Hay dos aspectos concretos que conviene mencionar en este momento para hacer evidentes las limitaciones del amparo en la protección de los derechos y que conllevan una necesidad urgente de reforma si queremos elevar la calidad democrática del país.

Los dos aspectos a los que me refiero son por un lado la muy estrecha *receptividad* –si se me permite el término– del amparo con respecto a ciertas pretensiones, debido a las barreras que para la legitimación activa se contienen tanto en la Constitución como en la ley de amparo y en la jurisprudencia. Para decirlo en otras palabras, el amparo tiene una puerta muy pequeña de entrada, lo cual hace muy difícil –y en algunos casos imposible– poder plantear ciertas violaciones de derechos ante la justicia federal mexicana. Así sucede en buena medida por ejemplo con los llamados derechos difusos, con algunos derechos sociales (derecho a la salud, derecho al medio ambiente, derecho a la educación, derecho a la vivienda, entre otros) y con las violaciones de derechos que, siendo tales, no repercuten sobre una o más personas en lo individual, sino que

⁴⁴Véase al respecto Arturo Zaldívar, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, IJ-UNAM, 2002.

presentan más bien perjuicios colectivos (desarrollo urbano, medio ambiente, políticas públicas, cuestiones de orden presupuestal en relación con el financiamiento de los derechos, recorte de derechos, etcétera). El origen de este problema seguramente se ubica en la fracción I del artículo 107 constitucional cuando señala que, “El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada”; esta necesidad de acreditar el agravio para poder hacer procedente la demanda de amparo y el concepto mismo de “parte” que ha sido interpretado de forma muy restrictiva por la jurisprudencia, constituyen una primera limitación muy seria del juicio de amparo.⁴⁵

Por otro lado, el segundo aspecto que limita de forma importante al amparo es la *estrechez* de los efectos de las sentencias dictadas por los órganos de la justicia federal y concretamente de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una norma general y abstracta (ley, tratado, reglamento, acuerdo, circular). Como se sabe, la fracción II del artículo 107 constitucional contiene lo que se denomina, por razones de orden histórico, “Fórmula Otero”, que no es otra cosa más que la disposición por medio de la cual los efectos de la sentencia de amparo son relativos y no generales, toda vez que sólo se aplican a las partes que concurrieron al juicio (parte demandante y parte demandada) sin que, por regla general, puedan extenderse a otros supuestos o a otros agraviados que no hayan sido partes. La primera parte del texto de la fracción II del artículo 107, que es la que ahora interesa, dispone lo siguiente: “La sentencia (en el juicio de amparo) será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a

⁴⁵Sobre el tema, Eduardo Ferrer MacGregor, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.

ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que versa la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare”.

La eliminación de la “Fórmula Otero” ha sido demandada desde hace muchos años y con muy interesantes argumentos por juristas como Héctor Fix Zamudio.⁴⁶ Sin embargo, el principio de relatividad también tiene sus defensores, quienes incluso sostienen que es justamente debido a esta fórmula que se ha salvado el juicio de amparo, porque de otro modo el Poder Judicial Federal no habría podido resistir las “presiones” de los otros poderes.

Me parece que existen importantes argumentos que justifican, para una mejor protección de los derechos fundamentales en México, que se derogue la “Fórmula Otero”.

- e) Dotar de un estatuto jurídico plenamente democrático al Distrito Federal, creando un texto constitucional local y evitando la intervención de poderes de otros niveles de gobierno en sus decisiones políticas. Sería necesario también consolidar a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal como un Poder Legislativo local con plenas atribuciones (por ejemplo, permitiéndole intervenir en el procedimiento de reforma constitucional, lo que hoy en día no puede hacer de acuerdo con lo que establece el artículo 135 de la Constitución).
- f) Prever mecanismos que mejoren la deliberación pública en varios niveles e instancias; por ejemplo, a través de la legitimación activa ampliada para los juicios de amparo y los procedimientos de control de constitucionalidad, o por medio del reconocimiento de la figura de los *amici curiae*

⁴⁶Véase por ejemplo su trabajo “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, en Héctor Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. edición, México, IJ-UNAM, Porrúa, 1999, pp. 183 y siguientes.

para aportar argumentos adicionales a los de las partes en procedimientos judiciales que tengan gran repercusión social.⁴⁷ Desde luego, también mejora la calidad de la deliberación pública democrática un ordenamiento constitucional que recoja instrumentos de democracia semidirecta, como por ejemplo los presupuestos participativos, sin excluir desde luego las figuras más conocidas en este tema como el referéndum o el plebiscito.⁴⁸

¿HACE FALTA UNA NUEVA CONSTITUCIÓN PARA MÉXICO?

La pregunta que corresponde hacer ahora, a la luz de lo que se acaba de exponer, es si las reformas necesarias pueden realizarse bajo el actual marco constitucional o si es necesario avanzar hacia un texto nuevo, que cierre una época y sirva, incluso simbólicamente, para abrir una nueva etapa en la vida democrática de México. Se trata, en pocas palabras, del tema de la nueva Constitución mexicana.

No se trata de un asunto nuevo, pues en la agenda del constitucionalismo mexicano de los últimos años se ha venido discutiendo sobre si necesitamos o no una nueva Constitución, a la luz de los retos que la evolución del escenario político y social suministra actualmente. Las posturas al respecto son muy distantes, pues mientras para algunos no hay nada rescatable en el texto constitucional de 1917 que todavía nos rige, para otros el debate sobre la renovación constitucional es secundario y deberá ser abordado dentro de algunos lustros.

⁴⁷Una explicación de esta figura puede verse en Víctor Bazán, “El *amici curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, México, enero-junio de 2005, pp. 29 y siguientes.

⁴⁸Para una amplia visión sobre el tema de la democracia participativa puede verse Boaventura de Sousa Santos, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, FCE, 2004.

Para intentar sintetizar se puede decir que sobre el tema de la renovación constitucional se pueden identificar en México tres tipos de posiciones. La primera sostiene la pertinencia de seguir con el texto constitucional actual, adecuándolo –si acaso– con pequeños cambios de matiz en virtud, sobre todo, de que la Constitución de hecho ya ha sido sometida a grandes procesos de reforma que han hecho de ella un texto verdaderamente nuevo; en esa medida, lo único que requeriría serían algunas adecuaciones adicionales. Para una segunda postura, se requiere de un cambio total de texto, es decir, se tiene que convocar a un congreso constituyente y crear un texto constitucional completamente nuevo.⁴⁹ La tercera opción mantiene que se necesitan muchos cambios y muy profundos, pero que pueden ser abordados mediante el mecanismo de reforma constitucional previsto en el artículo 135 de la Carta de Querétaro.

La primera opción, representada por muy eminentes juristas, me parece difícil de sostener. Las razones para ello son bien sencillas: tenemos una realidad social y política que no nos satisface en lo más mínimo; tenemos un texto constitucional que es imposible de ser interpretado cabalmente (por sus lagunas, por sus contradicciones, por su excesiva y prolija retórica); tenemos derechos que no sabemos cómo proteger; tenemos arreglos institucionales que son disfuncionales para los equilibrios partidistas que van surgiendo como resultado de la mayor pluralidad política, etcétera.

⁴⁹ En este sentido se manifiestan, por ejemplo, Jaime Cárdenas, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, IJ-UNAM, 1994; Jaime Cárdenas, *Una Constitución para la democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*, México, IJ-UNAM, 1996; Jaime Cárdenas, “Hacia una Constitución normativa”, en *El significado actual de la Constitución*, op. cit., pp. 93 y ss.; Manuel González Oropeza, “Una nueva Constitución para México”, en *El significado actual de la Constitución*, op. cit., pp. 309 y ss. y Lorenzo Meyer, *Fin de régimen y democracia incipiente. México hacia el siglo XXI*, México, Océano, 1998, pp. 39-44, entre otros.

En suma, tenemos una Constitución que quizá estaba bien para cuando fue creada y que sin lugar a dudas ha servido por años a un régimen político basado en la presencia de un partido hegemónico y de una presidencia hipertrofiada, pero hoy en día no existen las condiciones que se tenían en las décadas posteriores a 1917: la figura del partido hegemónico parece haberse ido para no volver y tenemos una presidencia de la República que deberá mantener un diálogo nuevo (en rigor, inédito) con el Poder Legislativo, pues el presidente de la República no tiene mayoría absoluta en ninguna de las dos Cámaras desde el 1 de diciembre de 2000. Por ello es que no podemos permanecer con el mismo texto fundamental, a menos que se prefiera correr el riesgo de canalizar el proceso político nacional por vías no jurídicas, de forma que sea innecesaria una regulación constitucional efectiva.

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

un proceso de democratización concluye cuando se instaura el nuevo ordenamiento institucional democrático. La instauración democrática y la consolidación democrática son, con frecuencia, las fases sucesivas a la transición, en un proceso de cambio de un régimen autoritario a uno democrático. Por instauración democrática se entiende, simplemente, el proceso de establecimiento y aprobación de las nuevas reglas del juego y los procedimientos democráticos[...] esta etapa puede corresponder con la aprobación de una nueva Constitución nacional o con la realización de las primeras elecciones libres y garantizadas.⁵⁰

⁵⁰ *La transición mexicana 1977-2000*, México, CEPCOM, 2000, p. 74; el mismo autor, en referencia al caso de México sostiene que “en la perspectiva de un

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

La expedición de una Constitución, o incluso simplemente la reforma de uno o varios de sus preceptos, no solamente debe llevarse a cabo cuando sea jurídicamente necesaria, sino también cuando sea políticamente posible.⁵¹ Normatividad constitucional y situación política son dos datos que se deben ponderar de forma adecuada a la hora de modificar –con cualquier intensidad y grado– una carta constitucional. La experiencia reciente de algunos países de América Latina ofrece en este punto evidencia bastante contradictoria. Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador ilustran que el nexo entre situación política y cambio constitucional es estrecho y evidente, pero también que dicho nexo termina por imponer soluciones constitucionales que en muchos casos poco tienen que ver con

cambio democrático real parece inevitable llegar al planteamiento de una nueva Constitución, que simbolice y concrete el tránsito definitivo de un régimen de partido hegemónico a un régimen plenamente competitivo, de un presidencialismo fuerte a un presidencialismo acotado, de un Estado de privilegios a un Estado de derecho”, *ibidem*, p. 273. Para profundizar sobre las condiciones para la consolidación democrática puede verse Larry Diamond, *Developing democracy. Toward consolidation*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1999, con abundante bibliografía complementaria y material empírico comparado.

⁵¹ Lo cual no niega el hecho de que una reforma constitucional será políticamente conveniente siempre que resulte jurídicamente necesaria; véase Pedro de Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 92 [reimpresión].

las mejores prácticas internacionales. La Constitución, en esos casos, es instrumentalizada para imponer un proyecto partidista o incluso personal. En vez de avanzar, la renovación constitucional puede servir para dar pasos hacia atrás y para afianzar prácticas autoritarias de la peor especie.

Por otro lado, volviendo al caso mexicano, incluso entre aquellos que sostienen la postura de convocar a un congreso constituyente, y debido en parte a los propios desacuerdos entre los actores principales, la discusión se ha quedado más en *la forma* de llevar a cabo las modificaciones que en los *contenidos posibles* de una nueva Constitución.⁵² En estas condiciones (en las que es prácticamente imposible lograr acuerdos entre los partidos y en las que ni siquiera en el nivel teórico se sabe qué y cómo se debe modificar) no hace falta subrayar los riesgos de convocar a un constituyente. Jorge Carpizo ha señalado con acierto que al intentar hacer una nueva Constitución, “se corre el peligro de que se den pasos hacia atrás”.⁵³

En consecuencia con lo anterior, creo que de momento y hasta en tanto no cambien las condiciones políticas actuales, la vía quizá más prudente sea la de intentar hacer una gran reforma constitucional de carácter integral⁵⁴ den-

⁵² Respecto a esos contenidos puede verse Miguel Carbonell, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, op. cit. Sobre la forma en que se podría proceder para convocar un congreso constituyente, Jaime Cárdenas, “El procedimiento para la revisión integral de la Constitución de 1917”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, México, enero-junio de 2005, pp. 73-98.

⁵³ “México: ¿hacia una nueva Constitución?”, en su libro *Nuevos estudios constitucionales*, México, IJ-UNAM, Porrúa, 2000, p. 276. A favor de la continuidad constitucional de México, y citando expresamente a Carpizo, se manifiesta también Giovanni Sartori, *Ingeniería constitucional comparada*, 2a. ed., México, FCE, 2002, p. 223.

⁵⁴ Conviene tener presente la necesidad de que la reforma sea en verdad integral, para evitar las contradicciones y falta de sistemática que han arrojado como resultado las reformas a cuenta gotas que hemos tenido en los últimos años; en este sentido, es del todo cierto que “una exigencia mínima en el

tro de las posibilidades que ofrece el texto de 1917 en su artículo 135.⁵⁵

Esta conclusión no obsta para subrayar que la mejor solución a mediano plazo, tanto desde el punto de vista teórico como desde una perspectiva política, será convocar a un congreso constituyente y expedir una nueva Constitución. No cabe duda de que convocar a un constituyente tiene sus riesgos, pero creo que sería peor quedarnos con un texto constitucional que ya no está a la altura del momento político y social del México del siglo XXI. En el horizonte constitucional de México, y por tanto en el de su democracia, se encuentra una nueva Constitución. Hacia allá deberíamos encaminar el debate sobre la consolidación democrática y sobre la calidad de la misma.

momento de construir el nuevo entramado político es el de la coherencia. La reforma debe tomar en cuenta que las diversas instituciones (sistema de gobierno, electoral, de partidos, relación Ejecutivo-Legislativo, etcétera) constituyen un todo integrado e interdependiente. En esta materia los meros parches provocan ineficiencia y hasta incentivos equivocados o contrarios. Ante todo, es necesario un exhaustivo ejercicio de *lógica institucional*", José Carbonell, *El fin de las certezas autoritarias*, México, UNAM, 2002, p. 181.

⁵⁵Esta parece ser también la postura que se desprende del discurso del presidente de la República del 5 de febrero de 2001 que, entre otras afirmaciones contenía las siguientes: "la forma más leal de honrar hoy la Constitución es procediendo a su revisión integral[...] formulo un llamado a todos los actores políticos y los poderes públicos, para que reconstruyamos los consensos nacionales en torno a una constitución renovada".

Capítulo 3
Libertad de tránsito y fronteras:
la gran cuestión del siglo XXI

El derecho a migrar remite al corazón de la doctrina de los derechos fundamentales del individuo, esto es al habeas corpus, la libertad personal y de movimiento...

Recordemos que tras las doctrinas jurídicas y las decisiones políticas hay seres humanos que sufren en cuerpo y alma.

ERMANNIO VITALE, *Ius migrandi*.

INTRODUCCIÓN

La vecindad entre México y Estados Unidos nos obliga a reflexionar constantemente sobre el sentido que tienen las fronteras en el mundo actual. Se trata de un tema crucial no solamente para quienes habitan en uno y otro lado de la línea fronteriza, sino también para el enorme número de personas que han dejado o piensan dejar su país de origen para ir a residir a otro. La construcción de un muro entre ambos países nos suministra un elemento más para pensar en la justificación que tienen las divisiones entre los Estados.

Y resulta también pertinente hacer una reflexión de este tipo en un libro dedicado a analizar los dilemas del Estado constitucional, pues son precisamente los textos constitucionales los que disponen como elemento jurídico a tutelar la dignidad de la persona humana; dignidad que va tomando forma a través de los distintos derechos fundamentales reco-

gidos en constituciones, tratados internacionales y convenciones. Uno de esos derechos es el de la libertad de tránsito. Tal libertad, sin embargo, se enfrenta en la práctica con las fronteras establecidas entre los Estados. ¿Con qué argumentos podemos justificar una limitación (o incluso más: una prohibición total y completa) tan severa de la libertad de tránsito como la que hoy en día suponen las fronteras?

Lo que hayan de significar los textos constitucionales en el futuro no podrá desentenderse de los actuales procesos de globalización, desde luego complejos y de desiguales alcances. La globalización, en una de sus vertientes, nos permite una gran capacidad –hasta hace poco desconocida– para trasladarnos de un punto a otro del planeta, atravesando de esa manera las líneas físicas o imaginarias que dividen a los Estados. Pero ante esta nueva capacidad se alzan nuevos muros, se refuerzan los controles, se utiliza a las fronteras no para resguardar el territorio, sino para discriminar entre las personas, muchas veces aplicando como único parámetro el de la riqueza material: una persona que tenga un patrimonio personal cuantioso será bienvenido en casi todos los países, incluso bajo formas migratorias privilegiadas (podrá entrar como “inversionista”, por ejemplo, que es una categoría migratoria un poco extraña, pero que se aplica en varios países).

El anecdotario de la crueldad en las fronteras o debido a ellas es interminable y, para nuestra vergüenza, se alimenta cada día con una nueva tragedia. Lo que por años sucedió en el Muro de Berlín que dividía a la Alemania democrática de la Alemania comunista, hoy se reproduce en una escala mucho mayor en el estrecho de Gibraltar, en las entradas hacia Italia desde Albania y en el río Bravo que separa a México de Estados Unidos.

La imagen de un hombre que muere por asfixia y calor en el interior de un trailer en una carretera de Arizona, en el mes de mayo de 2003, abrazando a su pequeño hijo de cinco años,

también muerto por las mismas causas, concentra en un único momento el máximo nivel de impotencia y de desgracias que estamos permitiendo y que muchas personas sufren alrededor del mundo. El único motivo que tenía ese hombre para viajar a Estados Unidos era el de darle un mejor horizonte de vida a su hijo. ¿Era mucho pedir? ¿Se puede sancionar a una persona por aspirar a que su hijo no crezca en la más absoluta de las miserias y tenga que soportar durante toda su vida a un gobierno corrupto e incapaz?

Hay una imagen quizá todavía más cercana al horror; fue dada a conocer por muchos medios de comunicación y ha sido recordada posteriormente por Antonio Remiro Brotons,⁵⁶ quien sin dudarlo la ha calificado como “la historia más triste entre las miles de historias tristes” que arroja nuestra era de las migraciones y de las fronteras. Se trata del caso de dos niños guineanos de 9 y 11 años (aunque las edades no pudieron ser confirmadas). Se llamaban Yaguine Koita y Fodé Tounkara y fueron encontrados, muertos por congelamiento, en el tren de aterrizaje de un avión Airbus que había aterrizado en el aeropuerto de Bruselas. Se habían introducido “ilegalmente” en el tren de aterrizaje, animados por el sueño de escapar al horror que los rodeaba. Entre sus ropas la policía encontró una carta que decía lo siguiente:

Excelencias, señores miembros y responsables de Europa... son ustedes para nosotros, en África, las personas a las que pedir socorro. Les suplicamos... sobre todo por la afinidad y el amor que tienen ustedes por sus hijos... Además, por el amor... de su creador, Dios todopoderoso, que les ha dado todas las buenas experiencias, riquezas y poderes para construir y organizar bien su continente... Ayúdenos, sufrimos enormemente en África... tenemos la guerra, la enfermedad,

⁵⁶ Antonio Remiro Brotons, “Presentación”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, Madrid, 2003 (monográfico sobre “Movimiento migratorios y derecho”), p. 18.

la falta de alimentos... una gran carencia de educación y de enseñanza... nuestros padres son pobres... Si ustedes ven que nos sacrificamos y exponemos nuestra vida es porque se sufre demasiado en África. Sin embargo, queremos estudiar y les pedimos que nos ayuden a estudiar para ser como ustedes en África. En fin, les suplicamos muy, muy fuertemente, que nos excusen por atrevernos a escribirles esta carta a ustedes, los grandes personajes a los que debemos mucho respeto.

Los ejemplos podrían multiplicarse, pues sin duda la lista de sufrimientos e infortunios que arrojan las migraciones es sumamente larga.

Uno de los conceptos más curiosos que se han creado por el uso represivo de las fronteras y por el control de la migración es el de “personas ilegales”, también llamadas “sin papeles”. Acostumbrados como estamos a oírlo todos los días, no reparamos en el hecho de que se trata de un profundo sinsentido. ¿Cómo puede ser alguien una persona ilegal? Normalmente, se consideran ilegales las conductas, los bienes (por ejemplo si son bienes ilícitos, obtenidos por medio de la comisión de delitos), pero no las personas. Situar a las personas como ilegales por el único hecho de entrar en un determinado territorio es algo que se debe contar entre las aberraciones más grandes que se hayan cometido en nombre del derecho, y eso a pesar de que la lista de los horrores perpetrados aduciendo los mandatos de la ley no es precisamente corta.

¿TIENE SENTIDO CUESTIONAR LAS FRONTERAS?

Ante estos problemas el pensamiento teórico sobre las fronteras no solamente resulta pertinente, sino también profundamente necesario, pues permite proveer a la acción cívica que despliegan miles de personas a través de innumerables organizaciones civiles de una fundamentación teórica que otorgue

un sentido crítico a sus actos. De hecho, parece un tanto extraño que sean tan escasas las reflexiones teóricas sobre el tema. ¿Cómo es que las ciencias sociales han pasado de largo sobre el importante asunto de la configuración de las fronteras y de su papel en la actualidad?

Will Kymlicka explica que algunos autores de la mayor relevancia (John Rawls entre ellos), simplemente han tomado a las fronteras como un dato ya dado al momento de construir sus teorías sobre la justicia.⁵⁷ Al pasar por alto este dato (que ciertamente no es menor para nuestra comprensión de lo que es justo en las sociedades de nuestro tiempo), los teóricos liberales tampoco han reparado en el “sutil” cambio de lenguaje que se operaba en la práctica acerca de los sujetos a los que debería considerarse dentro de cualquier construcción teórica sobre la justicia. Es decir, los teóricos no han reparado por décadas en que sus teorías hablaban de justicia para todas las personas, pero en la práctica de los Estados esa justicia estaba (y está) limitada a quienes son ciudadanos de los propios Estados. A pesar de ser tan obvio, éste es un tema que rara vez es advertido por muchos teóricos. Se ha generado con ello una especie de “conspiración silenciosa” sobre la función de las fronteras y sobre su trazado.

Quizá es por esta “conspiración silenciosa” que agudos analistas como Ermanno Vitale señalan la insatisfacción que produce mirar a los filósofos de la política más destacados de nuestro tiempo, que hacen caso omiso en sus construcciones teóricas de los migrantes, de los rostros de esa humanidad que camina de un lado a otro, asediada desde tantos flancos. Vitale escribe sobre “el cansancio” que le produce el “estéril academicismo” de la actual filosofía política, originado en parte por “la escasa atención tributada a la persona, a su condición existencial, y más cuando la esencia del individuo se ve obligada a

⁵⁷ Will Kymlicka, *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.

expresarse en su extrema potencialidad con el fin de lograr la supervivencia física y moral. Dice Vitale:

De pronto, ante todas estas teorías acerca de la justicia o de las filosofías normativas, sobre las que a menudo me he detenido a reflexionar, me ha parecido como si –frente a los dramas y las frecuentes tragedias de seres humanos migrantes– adoptasen la forma de un circuito de reflexiones únicamente producidas por individuos acomodados que no procuran ni tan sólo emplear un lenguaje descriptivo adecuado para la condición de los últimos en llegar, de los desesperados, de los erradicados. Aquellos que sufren son considerados, a lo sumo, como individuos “desaventajados” o, alternativamente, como miembros procedentes de comunidades minoritarias a los que cabrá garantizar la perpetuación de su propia cultura que, en muchos casos, coincide con las razones de su sufrimiento.⁵⁸

Las dos cuestiones principales alrededor de las fronteras, de acuerdo con el propio Kymlicka, tienen que ver con su función como ámbito de delimitación de los sujetos incluidos en una comunidad nacional (y por tanto, como factor de diferenciación entre las personas por razón de su “nacionalidad” o de su lugar de nacimiento), y su trazado actual y futuro.

La discusión acerca de si los Estados tienen derecho a determinar qué personas deben entrar, salir, trabajar y tener plenos derechos en cualquier Estado-nación del mundo parece hoy día tan irrealista que casi ningún autor está dispuesto a discutirla. Lo mismo sucede con el trazado de las fronteras. Se observa como algo tan “natural” que los Estados-nación tengan la extensión que tienen actualmente que los teóricos prefieren darla por un hecho consumado sin discutirla. Pero lo cierto es que se trata de dos asuntos con profundas implicaciones prácticas en el mundo real, de modo que su no tratamiento por parte de los teóricos no ha terminado por hacerlos irrelevantes,

⁵⁸ Ermanno Vitale, *Ius migrandi*, Madrid, Mesulina, 2006, p. 24.

sino al contrario: lo que ha sucedido es que se ha vuelto irrelevante la teoría que les ha negado su atención.

¿QUIÉNES SOMOS NOSOTROS?

UNA CIUDADANÍA PARA NUESTRO TIEMPO

La primera constatación que podríamos plantear tiene que ver con el papel de las fronteras como muro de separación y discriminación entre unas personas y otras. Recuerda Kymlicka que, por lo que hace a esta función, las fronteras reproducen un criterio propio del mundo medieval, donde los derechos de las personas (o dicho de forma más tajante, lo bien o mal que les irá en la vida) se determinaba por nacer unos kilómetros más o menos cerca del castillo del soberano.

El criterio para determinar quién entra y sale de un Estado viene dado por la ciudadanía (para los mayores de edad) o por el lugar de nacimiento. El tema de la ciudadanía, aunque sin explorar todas las consecuencias que tiene en relación con el uso de las fronteras, sí que se ha discutido intensamente por las más recientes teorías de la justicia. De hecho, quizá no sea exagerado afirmar que el tratamiento teórico en torno a la ciudadanía ha experimentado una verdadera explosión en los últimos años. Las razones para ello son variadas. Entre ellas se encuentran el creciente componente multicultural que se presenta en los países de la Unión Europea, el fenómeno de las migraciones masivas, el resurgimiento de los movimientos nacionalistas, la crisis del Estado benefactor y su parcial dismantelamiento a partir de los años ochenta, los conflictos étnicos, etcétera.

La ciudadanía es un concepto que tradicionalmente ha denotado la adscripción de un sujeto a un Estado nacional; tal adscripción se lleva a cabo en virtud de conexiones territoriales o por lazos de parentela. A partir de ella se ha construido

la distinción entre “ciudadanos” (o “nacionales” en un sentido más amplio) y extranjeros.

Actualmente, con base en la ciudadanía se siguen manteniendo inaceptables discriminaciones y desigualdades basadas en un accidente tan coyuntural como puede ser el lugar de nacimiento. Danilo Zolo ha subrayado, con acierto, que “los derechos de ciudadanía implican una presión hacia la desigualdad”,⁵⁹ lo cual había sido ya percibido, desde sus propias coordenadas sociológicas, en el célebre y conocido ensayo de T. H. Marshall *Ciudadanía y clase social* publicado en 1950, en el que se apuntaba cómo la ciudadanía “se ha convertido, en ciertos aspectos, en el arquitecto de una desigualdad social legitimada”.⁶⁰

La distinción entre ciudadanos y no ciudadanos ha producido lo que Jürgen Habermas llama “el chauvinismo del bienestar”, en la medida en que suele mantenerse en buena parte como un intento por frenar los crecientes flujos migratorios que se están produciendo desde los países del Tercer Mundo hacia los países desarrollados; esto ha llevado a algunos autores a denunciar el escándalo que supone el hecho de que “la condición de nacimiento pueda esgrimirse como argumento suficiente para negar la garantía efectiva de derechos reconocidos a todos los seres humanos[...] que sin embargo son condicionados hoy en no pocos países a un trámite administrativo (los ‘papeles’), por importante que éste sea”.⁶¹ En la misma línea, Danilo Zolo afirma que la contestación en forma de expulsiones y persecuciones, o a través de la negación de la cali-

⁵⁹ Danilo Zolo, “La ciudadanía en una era poscomunista”, en *La política. Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad*, núm. 3, Barcelona, Paidós, 1997, p. 127.

⁶⁰ T. H. Marshall, “Ciudadanía y clase social”, en T.H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998, pp. 21-22.

⁶¹ Javier de Lucas, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, en Javier de Lucas (ed.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999, p. 265.

dad de sujetos a los inmigrantes, por parte de las “ciudadanías amenazadas” por la presión migratoria, “está escribiendo y parece destinada a escribir en los próximos decenios las páginas más luctuosas de la historia civil y política de los países occidentales”.⁶²

Desde luego, los Estados que utilizan como escudo o como pretexto el tema de la ciudadanía para negar derechos básicos a los inmigrantes o en general a los no nacionales seguramente no comprenden la intuición histórica que parece señalar que los fundamentos que se tenían en el pasado para distinguir entre ciudadanos y extranjeros ya no existen en la actualidad. Javier de Lucas señala que la dicotomía ciudadano/extranjero se asienta sobre dos supuestos: la construcción del Estado nacional y la homogeneidad social derivada de la coyuntural (esporádica y aún limitada en el tiempo) presencia del extranjero en la composición social.⁶³ Hoy ninguno de esos dos supuestos se mantiene incólume.

El Estado nacional, como modelo cuando menos, ya no se encuentra en fase de construcción. Por el contrario, habría algunos datos que nos podrían hacer pensar que se encuentra más bien en fase de desaparición o de profunda transformación. Dentro del propio ámbito de las instituciones públicas asistimos a un desfundamiento del Estado en una doble dirección: hacia arriba, con la transferencia de poder hacia instituciones supranacionales (Unión Europea, tratados de libre comercio, uniones regionales como el Mercosur, tribunales internacionales, mecanismos de arbitraje comercial transnacional, etcétera), a menudo sustraídas de los pertinentes controles democráticos y parlamentarios, lo cual ha hecho asomar

⁶² Danilo Zolo, “La strategia della cittadinanza”, en Danilo Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 42.

⁶³ Javier de Lucas, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994, p. 135.

lo que Habermas llama “agujeros de legitimidad”.⁶⁴ Hacia abajo a través de las diversas tensiones centrífugas, nacionalistas, secesionistas o independentistas, que lo ponen en cuestión.⁶⁵

Por lo que hace a la idea de la homogeneidad social, étnica y cultural basta para ponerla en cuestión el dato de la ONU, recogido por el propio Kymlicka en uno de sus textos más importantes, de que en los casi 190 Estados del mundo, coexisten unos 600 grupos de lenguas vivas y 5,000 grupos étnicos.⁶⁶ Se calcula que en Estados Unidos, por mencionar un ejemplo importante, hay casi 30 millones de hispanos; para el año 2050 uno de cada cuatro norteamericanos será de origen hispano. Los flujos migratorios, legales e ilegales, son una constante en los inicios del siglo XXI y no hay dato alguno que permita suponer que se van a detener en los próximos años, sino al contrario dado existen las condiciones objetivas para que se incrementen en el futuro inmediato.⁶⁷

Lo más seguro es que la imagen de homogeneidad social en la que se basó en el pasado la construcción de los Estados nacionales no fuera más que una excesiva idealización que no parecía tener demasiado respaldo sociológico. Si bien es cierto que en el nivel retórico el otorgamiento de la ciudadanía se basa en la existencia de una serie de vínculos prepolíticos como una cultura común, relaciones “de sangre”, un pasado compartido, etcétera, en el nivel político no parece observarse nada de eso en los procesos históricos que desembocan en la crea-

⁶⁴ Jürgen Habermas, *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 96.

⁶⁵ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 150.

⁶⁶ Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 13.

⁶⁷ Un documentado estudio sobre los flujos migratorios internacionales puede encontrarse en Stephen Castles y Mark J. Miller, *La era de la migración. Movimientos internacionales en el mundo moderno*, México, M. A. Porrúa, Cámara de Diputados, 2005.

ción de los actuales Estados nacionales.⁶⁸ De hecho, es posible que esa serie de vínculos prepolíticos no exista –afortunadamente– ni siquiera hoy en día. Basta mirar, para comprobarlo, la realidad tan diversa que existe dentro de Estados como España, Canadá, Italia, entre otros.

Para atemperar la distancia, por lo menos desde el punto de vista jurídico, que existe entre los ciudadanos y los extranjeros, quizá podría recuperarse el sentido del artículo 4 de la Constitución francesa de 1793, recordado por Habermas, que disponía que el estado de ciudadanía (no solamente la nacionalidad, sino también los derechos de ciudadanía activa) se otorgaba a todo extranjero adulto que residiese durante un año en Francia.⁶⁹

Lo anterior tiene plena justificación si se entiende, como lo hace el mismo Habermas, que: “El *status* de ciudadano fija en especial los derechos democráticos de los que el individuo puede hacer reflexivamente uso para *cambiar* su situación, posición o condición jurídica material”.⁷⁰ Esto quiere decir,

⁶⁸ Ferrajoli escribe: “No creo que en la Inglaterra del siglo XVIII o en la Italia del siglo XIX (o incluso de hoy) existieran vínculos prepolíticos e identidades colectivas –de lengua, de cultura, de común lealtad política– idóneos para conjuntar campos y ciudades, campesinos y burgueses[...] en suma, que existiera, a nivel social, una homogeneidad social mayor de la que hoy en día existe entre los diversos países europeos o incluso entre los diversos continentes del mundo”, Luigi Ferrajoli, “Quali sono i diritti fondamentali?” en E. Vitale (ed.), *Diritti umani e diritti delle minoranze*, Turín, Rosenberg & Sellier, 2000, p. 114 (traducción al castellano en Luigi Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, México, CNDH, 2006).

⁶⁹ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 637. En sentido parecido, Michelangelo Bovero afirma –recuperando un argumento de Kelsen– que “...los derechos de ‘ciudadanía política’, los derechos de participación en el proceso de decisión política, deben ser considerados derechos de la persona, es decir, corresponden (deberían corresponder) a todo individuo en tanto que es persona, en la medida en la cual la persona está sometida a esas decisiones políticas: y no hay ninguna razón válida para excluir a alguno de aquellos que están sometidos (de manera estable) a un ordenamiento normativo del derecho de participar en la formación de ese mismo ordenamiento”; Michelangelo Bovero, “Ciudadanía y derechos fundamentales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, México, enero-abril de 2002, p. 24.

⁷⁰ Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, op. cit., p. 626.

simplemente, que todos los habitantes adultos de un Estado, sean o no ciudadanos, deben tener la capacidad jurídica de concurrir a la vida política de ese Estado; concretamente, participando en las formas democráticas que permiten la toma de decisiones: pudiendo por tanto votar y ser votados, y disfrutando del resto de derechos fundamentales reconocidos por el derecho nacional y por el derecho internacional.

Además, si es cierto que la homogeneidad social ha dejado de ser –suponiendo que alguna vez lo haya sido– la nota edificante de la distinción entre ciudadanos y extranjeros, y si en consecuencia se acepta que la convivencia futura de un número importante de grupos sociales va a estar marcada por el pluralismo social y étnico, se hace más necesario derrumbar el mito de la ciudadanía y acoger ese pluralismo bajo la protección de un ordenamiento constitucional que reconozca, en condiciones de igualdad, derechos fundamentales para todos; como indica Ferrajoli, “las constituciones son pactos de convivencia tanto más necesarios y justificados cuanto más heterogéneas y conflictuales son las subjetividades políticas, culturales y sociales que están destinadas a garantizar”.⁷¹

En suma,

la exigencia más importante que proviene hoy de cualquier teoría de la democracia que sea congruente con la teoría de los derechos fundamentales: (es) alcanzar –sobre la base de un constitucionalismo mundial ya formalmente instaurado a través de las convenciones internacionales mencionadas, pero de momento carente de garantías– un ordenamiento que rechace finalmente la ciudadanía: suprimiéndola como *status* privilegiado que conlleva derechos no reconocidos a los no ciudadanos, o, al contrario, instituyendo una ciudadanía universal.⁷²

⁷¹Luigi Ferrajoli, “Quali sono i diritti fondamentali?”, *op. cit.*, p. 115.

⁷²Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías*, *op. cit.*, p. 119. En el mismo sentido de Ferrajoli y Habermas, Javier de Lucas apunta que: “Vetar el acceso a la

La ciudadanía como *status* discriminatorio entre las personas se revela en toda su crudeza cuando se opone a los inmigrantes (legales o ilegales), a los refugiados y a los apátridas.

Parece difícil de sostener la idea de la universalidad de los derechos y su carácter de protecciones esenciales para todos los seres humanos, si dichas protecciones son negadas a las personas que se encuentran en la peor situación de todas: aquellas que no sólo no cuentan con la protección de su Estado, sino que son perseguidas y violentadas por éste. La figura del refugiado, como apunta Javier de Lucas, “constituye, hoy, probablemente, la cara más miserable de la exclusión”. La desprotección en que se encuentran en todo el mundo los refugiados, los apátridas, los inmigrantes ilegales, los “sin papeles”, viene a poner en crisis la universalidad de los derechos y suministra un argumento más para desvincularlos del concepto de ciudadanía.

Es por el contrario a los refugiados a los que más tendrían que proteger los derechos humanos “universales”, puesto que, en palabras de De Lucas,

quien no tiene ningún derecho, porque no es ciudadano de ninguna parte y renuncia a la trampa de la asimilación, es el auténtico sujeto universal, y si el fenómeno adquiere dimensiones de masa, con mayor razón[...] deberá ser el sujeto primario de los derechos humanos, ‘pues, si éstos son los derechos universales, los del hombre sin más, el modelo por excelencia sería precisamente quien no tiene nada más que su condición de hombre, de refugiado.’⁷³

condición de miembro de la comunidad constituyente, sujeto de voz y voto en el espacio público, a quienes llegan después y se caracterizan por diferencias vinculadas a determinados grupos sociales (a identidades de origen), privarles del poder de decisión sobre el acuerdo previo, sobre el establecimiento de valores comunes y reglas de juego, sobre el establecimiento de la regla de la ley, del Derecho, es incompatible con las exigencias de una democracia plural”, *El desafío...*, *op. cit.*, p. 268.

⁷³ Javier de Lucas, *El desafío...*, *op. cit.*, p. 209.

En este contexto, los países democráticos tendrían que poner en marcha de inmediato políticas generosas de asilo, compatibles con el discurso sobre la universalidad de los derechos humanos. Para ello debería contemplarse dentro del régimen constitucional del asilo (y del status de los extranjeros en general) la posibilidad de considerar como asilados a las personas que salgan de sus países por motivos simplemente humanitarios, es decir, no por persecuciones políticas o religiosas, sino por las miserables condiciones económicas en las que se encuentran obligados a sobrevivir en sus naciones de origen; por la negación, en suma, de los derechos sociales, económicos y culturales.

Ferrajoli recuerda que, de conformidad con el artículo 13 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 que dispone el derecho de todo individuo de abandonar cualquier país, incluyendo el suyo, habría una base normativa suficiente para derivar la prohibición para los Estados (para todos) de impedir la emigración, así como la correlativa obligación de la comunidad internacional de acoger a los inmigrantes al menos en uno de sus Estados.⁷⁴ Sobre este punto conviene hacer una reflexión más detenida, a la que dedicamos el siguiente apartado.

FRONTERAS Y LIBERTAD DE TRÁNSITO

Las consideraciones anteriores nos podrían llevar a la conclusión de que, desde el punto de vista de cualquier teoría de la justicia de corte liberal, las fronteras tendrían que ser suprimidas en cuanto obstáculo para la determinación de los sujetos a los que se les reconocen plenos derechos por parte de un

⁷⁴Ferrajoli, "Los derechos fundamentales en la teoría del derecho", en Luigi Ferrajoli y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 175. Véase también, del mismo autor, el ensayo "Libertad de circulación y constitucionalismo global" incluido en su libro *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 125 y siguientes.

Estado nacional. Pero además de lo anterior, es importante hacer notar que las fronteras –tal como se las está utilizando actualmente– son contrarias al derecho internacional de los derechos humanos. Es decir, la distinción operada en las fronteras para decidir quién puede o no puede entrar en un territorio funciona al margen del derecho que los propios Estados-nación han creado a través de diversos pactos y tratados internacionales.

Así, por ejemplo, se puede recordar que la libertad de tránsito se reconoce en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto es el siguiente:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso el propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

Este precepto ha sido objeto de análisis en una importante Observación General del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en la que se precisan y detallan algunos de los extremos que pueden desprenderse del texto que se ha transcrito.⁷⁵ Vale la pena detenernos en su estudio.

El Comité precisa, en primer lugar, que la condición de legalidad de la estancia de una persona en el territorio nacio-

⁷⁵ Se trata de la Observación General número 27, aprobada en el 67º periodo de sesiones del Comité en 1999, consultable en Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, t. I, 2a. ed., México, CNDH, Porrúa, 2003, pp. 462-468.

nal es un tema que los Estados pueden y deben regular en su derecho interno, respetando siempre las obligaciones internacionales que tienen suscritas (así, por ejemplo, los Estados deben respetar, en la definición que hagan dentro de su derecho interno, el principio de no discriminación por razón de sexo o por razón de raza). Pero dicha regulación puede afectar solamente a los extranjeros, pues a los nacionales de un Estado no se les puede considerar como “ilegales” dentro de su propio territorio.

La situación de “ilegalidad” de un extranjero puede ser convalidada y, si así sucede, ya no podrá considerarse irregular su estancia por haber sido originalmente ilegal, ya que, en palabras del Comité, “se debe considerar que un extranjero que hubiese entrado ilegalmente a un Estado, pero cuya condición se hubiese regularizado, se encuentra legalmente dentro del territorio a los fines del artículo 12 (del Pacto)” (párrafo 4).

Cualquier trato diferenciado que los Estados generen entre nacionales y extranjeros para efecto de los derechos contenidos en el artículo 12 debe ser cuidadosamente circunstanciado, y los Estados, en los informes que rindan ante el Comité, deben justificar esas diferencias de trato. Podríamos decir que cualquier diferencia de trato es, en sí misma, sospechosa, y que la carga de la prueba para justificarla recae en el Estado que la aplica.

La estructura federal de un Estado no impide que los derechos del artículo 12 del Pacto se apliquen a todo su territorio, señala el Comité, de forma que las personas podrán desplazarse por todas las partes de los Estados federales o regionales.

Para ejercer su derecho a la libre circulación una persona no debe aportar ningún motivo o razón específicos, pues basta su voluntad de trasladarse o de quedarse en un lugar para caer en el supuesto de protección del artículo 12. Esto significa que

las autoridades no pueden condicionar un desplazamiento o un no desplazamiento a que se justifiquen determinadas razones, fines u objetivos (párrafo 5).

Los derechos del artículo 12 deben prevalecer no solamente frente a las autoridades u órganos del Estado, sino también frente a particulares. Así, por ejemplo, los Estados Parte deben vigilar que no se les impida a las mujeres ejercer la libertad de tránsito o residencia, y que dicho ejercicio no esté condicionado al consentimiento o permiso de algún familiar, como puede ser el marido o el padre (párrafo 6).

En relación con la libertad de salir de cualquier país, incluido el propio, que preserva el párrafo 2 del artículo 12 del Pacto, el Comité señala que dicha libertad tampoco puede condicionarse a algún fin u objetivo concreto, ni tampoco a algún plazo durante el que un individuo decida permanecer fuera del país. En dicho párrafo se encuentra contenida la libertad del individuo para determinar el país de destino, lo cual se aplica también a todo extranjero que sea expulsado legalmente, el cual puede elegir con libertad el país de destino, siempre que cuente con el acuerdo de este último Estado (párrafo 8).

Para poder hacer efectivo el derecho a salir de un país, se debe entender que sus autoridades están obligadas a expedir los documentos necesarios para viajar y entrar en otro país, como puede ser el pasaporte. Los derechos del artículo 12 del Pacto se violan si un Estado se niega a expedirle a uno de sus nacionales un pasaporte o si se niega a prorrogar la validez de ese documento (párrafo 9).

Por lo que hace a las restricciones establecidas en el párrafo 3 del artículo 12 del Pacto, el Comité, en la Observación General que se está comentando, hace importantes consideraciones, muchas de las cuales se podrían aplicar a los demás derechos fundamentales, pues forman parte de una especie de teoría general de las restricciones de los derechos.

Así, por ejemplo, el Comité sostiene, con base en el texto expreso del artículo 12, que las restricciones deben estar contenidas en una ley, constituyendo de esa forma una “reserva de ley” que prohíbe la creación de restricciones en otro tipo de normas (párrafo 11). Por otra parte, el Comité señala que “las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho”, haciéndose eco de la conocida teoría del “contenido esencial” de los derechos fundamentales. Para el Comité, “no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación” (párrafo 13).

Las medidas restrictivas deben ser proporcionales, señala el Comité, utilizando uno de los criterios más conocidos para considerar la adecuación de los límites a los derechos fundamentales con respecto a los textos que establecen esos derechos. En palabras del Comité, “Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse” (párrafo 14). Por ejemplo, entraría dentro de las restricciones razonables una orden que impidiera el acceso y tránsito por instalaciones militares por motivos de seguridad nacional (párrafo 16).

El Comité identifica varias conductas de las autoridades estatales como claramente violatorias del artículo 12 del Pacto (párrafo 17); se trata de un elenco de la mayor importancia, pues contiene indicaciones prácticas para ayudarnos a precisar en qué momento nos encontramos ante situaciones que vulneran los derechos de libre circulación y libre residencia.

Para el Comité, entre tales conductas se encuentran las siguientes:

- Cuando se niega el acceso de los solicitantes a las autoridades competentes.

- Cuando se impide el conocimiento de los requisitos necesarios para ejercer algunos de los derechos del artículo 12.

- Cuando se crea la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud del pasaporte.

- Cuando se hacen necesarios certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo a la solicitud.

- Cuando se requiere la descripción exacta del itinerario.

- Cuando la expedición de pasaportes se condiciona al previo pago de tasas elevadas, que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración.

- Las demoras injustificadas en la expedición de los documentos de viaje.

- Las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia.

- El requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta.

- El requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él.

- El hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo a través de la intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de los hijos de la escuela o la universidad.

- La negativa a expedir el pasaporte con el argumento de que el solicitante perjudica el buen nombre del país.

Por lo que hace al derecho a entrar en el propio país, contemplado en el párrafo 4 del artículo 12 del Pacto, el Comité señala que ese derecho también le es aplicable a quien por primera vez quiere entrar en su país, si ha nacido fuera de él. De particular importancia es el derecho a volver al propio país, sobre todo para quienes han salido de él con el carácter de refugiados (párrafo 19).

El Comité hace una interesante distinción entre el concepto literal de “propio país” y la noción más restringida de “país de su nacionalidad”, en los siguientes términos:

El alcance de la expresión “su propio país” es más amplio que el de “país de su nacionalidad”. No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Éste sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega.

El derecho a entrar en el propio país, en el acertado criterio del Comité, es prácticamente ilimitable, pues en sus propias palabras, “hay pocas circunstancias, si es que hay alguna, en que la privación del derecho a entrar en su propio país puede ser razonable. Un Estado Parte no debe impedir arbitrariamente a una persona el regreso a su propio país por la vía de despojarla de su nacionalidad o de expulsarla a un tercer país” (párrafo 21).

Aparte de lo dispuesto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, otros instrumentos sectoriales de derecho internacional de los derechos humanos hacen referencia a la libertad de tránsito y de residencia. Uno especialmente importante por razón de su objeto y de la actualidad que ha cobrado en los últimos años a raíz de las migraciones masivas, es la Convención de los Derechos del Niño, que en su artículo 10 hace referencia a la obligación que tienen los Estados Partes de facilitar la entrada o salida del país a los padres de los menores o a los propios menores para conseguir la “reagrupación familiar”; este concepto es de la mayor importancia, pues

uno de los derechos fundamentales de todos los menores de edad es a mantenerse en contacto con sus progenitores.⁷⁶

Sobre el mismo tema de la “reagrupación familiar”, hay que tener en cuenta que el artículo 5, apartado 4 de la *Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del País en que Viven*, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 13 de diciembre de 1985, dispone que: “Con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él”.

La reagrupación familiar debe facilitarse por parte de los Estados especialmente en el caso de los refugiados; al respecto, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR), ha señalado que: “En aplicación del principio de unidad de la familia, y por razones humanitarias obvias, es preciso hacer todo lo posible para reunificar a las familias separadas de refugiados”; dicha reunificación se deberá producir “con la menor demora posible”; “Al decidir sobre la reunificación de la familias, la ausencia de prueba documental de la validez formal del matrimonio o de la filiación de los hijos no debe considerarse impedimento *per se*”.⁷⁷

Como puede observarse, el debate de filosofía política en torno a la función de las fronteras y el alcance de la libertad de tránsito puede ser alimentado tomando en consideración los documentos jurídicos que tienen por objeto la protección

⁷⁶El artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño es muy claro al establecer el principio general de que: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos...”.

⁷⁷Los entrecomillados provienen de las Conclusiones Generales del Comité Ejecutivo de la ACNUR sobre la protección internacional de los refugiados, número 24, adoptada en el 32º periodo de sesiones del Comité Ejecutivo, en 1981; el texto puede consultarse en *Colección de instrumentos jurídicos internacionales relativos a refugiados, derechos humanos y temas conexos*, t. IV (Conclusiones del Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR 1975-2000), México, CNDH, UIA, UNHCR-ACNUR, 2002, pp. 82-83.

internacional de los derechos fundamentales. Un ejercicio parecido podría hacerse con el derecho interno de cada Estado nacional, lo que probablemente nos llevaría a identificar fuertes incongruencias entre las declaraciones constitucionales y las regulaciones que se contienen en la legislación inmigratoria.

EL TRAZADO DE LAS FRONTERAS Y LA CONVIVENCIA MULTINACIONAL

El análisis sobre el papel de las fronteras en el mundo contemporáneo debe hacerse cargo de otro tema, de la mayor relevancia, y que suele despertar enormes sensibilidades. Me refiero al asunto del derecho de secesión ejercido a través de una revisión del trazado de las fronteras.

Partamos de una certeza difícil de rebatir si tenemos en cuenta la historia. Las fronteras han sido trazadas por medios que hoy en día consideramos ilegítimos: invasiones, anexiones, colonización, compra ilegal de territorio, etcétera.⁷⁸ Los límites fronterizos terminaron incluyendo dentro del territorio que conforma al Estado nacional a distintos grupos étnicos y culturales que, muchas veces sin quererlo, se vieron sometidos a un régimen jurídico (con todo lo que ello implica en términos de uso obligatorio de la lengua oficial, historia oficial, instituciones de gobierno, creación de leyes, reglas de participación e inclusión ciudadanas, etcétera), determinado por el gobierno nacional. Hoy en día es obvio, como señala Kymlicka, que “las fronteras de los Estados rara vez coinciden con las identidades nacionales de los pueblos”.

La pregunta importante en este punto es: ¿por qué debemos aceptar como legítimas unas fronteras que de origen no tienen una justificación razonable? Pudiendo contestar esta

⁷⁸Véase, al respecto, el completo estudio de Malcolm Anderson, *Frontiers. Territory and state formation in the modern world*, Cambridge, Polity Press, 1996.

pregunta habría que hacer otra de igual o mayor importancia: ¿puede el método de la decisión democrática por mayoría servir para determinar un replanteamiento de las fronteras y, en ese sentido, para determinar el derecho de secesión?

Esto nos lleva a preguntarnos sobre el sentido y la justificación del dominio que un Estado hace sobre su territorio. ¿Puede decirse que el Estado pertenece a la mayoría del grupo nacional?⁷⁹ ¿El territorio sería “propiedad” del grupo nacional mayoritario? ¿Podría una minoría nacional o étnica pedir “su parte” del territorio para poder organizarse de forma independiente y de la manera que mejor les parezca? ¿Es legítimo o incluso razonable representar al territorio de los actuales Estados-nación como un “acuerdo inestable” entre diversos grupos nacionales?

Pensemos en el caso de España, que lleva algunos años debatiendo con intensidad sobre su configuración territorial. ¿Tienen derecho la mayoría de los habitantes del País Vasco de considerar su separación del Estado español? ¿Pueden las autoridades de Cataluña plantear como ejercicio de su “autogobierno” la competencia exclusiva en materia tributaria, en cuestiones de seguridad pública o en la atención de los hospitales? Si todo lo anterior se acepta, ¿quién puede tomar las decisiones y cuáles son los límites que habría dentro de ese proceso de redefinición nacional?

Lo que parece obvio, aunque en el debate español no se ha notado mucho, es que la pertenencia o no de un grupo nacional a un Estado debe siempre ser discutible. Es decir, un régimen democrático no puede excluir de su esfera pública discursiva un tema determinado, por incómodo que sea. La discusión acerca del derecho de secesión o de un nuevo trazado de fronteras para España (insisto: la discusión) tiene absoluta legitimidad democrática y en consecuencia no puede ser criminalizada o sancionada en forma alguna.

⁷⁹ Will Kymlicka, *Fronteras territoriales*, *op. cit.*, pp. 49 y siguientes.

Otra obviedad es que esa discusión se ve inevitablemente alterada (para mal) cuando uno de los sujetos de la misma recurre a la violencia o cuando de forma violenta se intenta generar algún tipo de resultado. Esto es, para cualquier teórico liberal y para cualquier sistema democrático, simplemente inaceptable. Pero, desde luego, la discusión pacífica sobre este tipo de temas debe estar permanentemente abierta, si es que así lo deciden quienes participan en ella.

Algunos teóricos como Will Kymlicka justifican y defienden la idea de la construcción nacional, siempre que se haga sobre las bases de una política liberal. Dicha construcción permite crear identidades nacionales que pueden tener fines legítimos y por tanto aceptables para una teoría liberal de la justicia. Por ejemplo, la construcción de una identidad nacional permite mejorar la igualdad de oportunidades en el mercado laboral (lo que le da sentido al requisito que exigen algunos países para que los inmigrantes que quieran adquirir la ciudadanía conozcan el idioma del país). La identidad nacional refuerza el sentido de solidaridad de los miembros de una sociedad respecto a los grupos más desaventajados de la misma, dice también nuestro autor. Además, la construcción nacional y su identificación por parte de los habitantes del Estado pueden contribuir a promover la libertad individual y la democratización.

Lo anterior supone que existen elementos razonables para aceptar una construcción estatal plurinacional de forma limitada, es decir, siempre y cuando cumpla con los requisitos del respeto a la dignidad, la autonomía (también colectiva) y los derechos fundamentales de las personas que conviven en el interior del Estado-nacional. Ese respeto se podría dar, por ejemplo, a través de la organización federal de los Estados, donde las partes integrantes del territorio tuvieran grandes ámbitos de autonomía. De esta manera se podría proteger la libertad para circular, pero también las identidades nacionales

como creadoras de bienestar colectivo. Con todo, soluciones de este tipo tendrían la limitación de no resolver el problema, sino de llevarlo a un ámbito más amplio, representado a final de cuentas por las nuevas fronteras que se establecerían hacia fuera del conjunto multinacional organizado a través de los principios federales.

CONCLUSIÓN

La determinación de cuándo una sociedad es justa no puede hacerse, hoy en día, prescindiendo de los criterios con base en los cuales determinamos qué personas pertenecen a ella, con qué criterios abrimos o cerramos nuestras fronteras y cuál es la extensión y ubicación que deben tener éstas.

Se trata de temas, además, que tienen profundas consecuencias individuales y colectivas. Individuales ya que a partir de las definiciones que se hagan de estos temas se podrá tener garantizada la libertad de tránsito, que todos los ordenamientos constitucionales democráticos y el derecho internacional de los derechos humanos reconocen como un derecho fundamental. Colectivas en tanto que la determinación de si se pertenece o no a un Estado-nacional, y en caso afirmativo bajo qué condiciones, es relevante para determinar cuestiones tan básicas como la lengua con la que se estudia y trabaja, el tipo de impuestos que se pagan o los hospitales en que puede una persona atenderse de cáncer o hepatitis.

Para el caso de México, por si fuera poco, la reflexión sobre las fronteras constituye un tema de vida o muerte.

No olvidemos que, en el fondo de cualquier reflexión sobre las fronteras se encuentra un tema de mucha mayor importancia, que es la consideración que les damos a las personas migrantes, no solamente en el momento en que deciden cruzar un paso fronterizo, sino también cuando ya se encuentran

dentro de un país que no es el suyo. Ése es, en verdad, el fondo de la cuestión. En este punto cualquier análisis no puede dejar de tomar en cuenta la enorme crueldad que día tras día se ceba en contra de los migrantes, las dificultades de todo tipo con que se topan estando en el país de destino, el desprecio que les merecen a muchos de los ya residentes, el trato infrahumano que les dan las leyes (trato de no-persona, en muchos casos). Tiene razón Ermanno Vitale cuando afirma que nuestro punto de partida debe consistir en

tratar de imaginar la experiencia de sufrimiento interior y de aniquilación de la propia dignidad que pueden padecer aquellos que migran en condiciones y por razones totalmente diferentes: es decir, para huir de la miseria y la hambruna, las catástrofes naturales, las persecuciones de regímenes violentos y despóticos, o cultivando la ilusión de una vida mejor, y se ven rechazados, cuando no abiertamente hostigados, por una gran mayoría de la población que les acoge.⁸⁰

Creo que el futuro del constitucionalismo democrático pasa por reconocer la dignidad de los “otros”, de esas personas que son migrantes y que representan la cara oculta de nuestro régimen de libertades; sobre todo en el caso de modelos constitucionales y democráticos como el mexicano, que expresan en diversos puntos un fuerte componente xenófobo.⁸¹ Pero los migrantes son los *otros* solamente de manera coyuntural, pues en un mundo unido por la velocidad de los transportes todos somos potencialmente migrantes, sino es que no lo hemos sido ya.

Es de nuevo Vitale quien nos advierte que reflexionar sobre los migrantes significa reflexionar sobre nosotros mismos,⁸²

⁸⁰ Ermanno Vitale, *Ius migrandi*, op. cit., pp. 6-7.

⁸¹ Miguel Carbonell, “La xenofobia constitucionalizada”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 246, México, julio-diciembre de 2006, pp. 189-204.

⁸² Ermanno Vitale, *Ius migrandi*, op. cit., p. 9.

sobre aquellos de nosotros que son los más débiles, los recién llegados, los que no tienen todos los derechos y deben enfrentar un entorno social, político, económico, laboral, personal y hasta jurídico sumamente adverso. Aunque sólo fuera por este cúmulo de adversidades, los migrantes deberían ser hoy en día un tema fundamental de cualquier teoría de los derechos fundamentales, si entendemos –como lo ha explicado Luigi Ferrajoli– que tales derechos son precisamente las “leyes del más débil”.

Capítulo 4

Derechos fundamentales y emergencias terroristas

EL 11-S Y EL DERRUMBE DE LOS DERECHOS

De acuerdo con algún modelo ideal, la narración histórica de una determinada época debe llevarse a cabo cuando exista la distancia temporal suficiente para poder contar con los elementos objetivos necesarios para hacer una correcta valoración de su impacto. Es decir, entre el hecho histórico y su narración debe mediar un cierto número de años. Esto tiene justificación en la medida en que el transcurso del tiempo nos permite evaluar probablemente con mayor objetividad un determinado acontecimiento, por un lado, y por otro nos permite tener claridad sobre la importancia del mismo, ya que la cercanía temporal nos puede hacer pensar que estamos ante un hecho muy importante del que, sin embargo, pasados unos años ya nadie se acordará.

¿Cómo enfrentar, en este contexto tan delicado, el tema del presente de los derechos fundamentales a partir de la enorme herida que supusieron los ataques terroristas del 11 de septiembre y sus posteriores secuelas en Londres, Madrid y muchas otras ciudades? Partamos de una certeza: desde el 11-S cambiaron o se pusieron a prueba varias de nuestras concepciones sobre los derechos y se ha impuesto una nueva forma del discurso político que ha acorralado a algunos de esos derechos en nombre de la “seguridad nacional” o incluso de la “seguridad global o mundial”. ¿Qué tan profundo ha sido ese

cambio? ¿Las ideas de la derecha militar estadounidense que durante años ha ocupado el gobierno de ese país podrán imponerse más allá de sus fronteras o incluso dentro de una nación como Estados Unidos, que tiene entre uno de sus valores sociales más arraigados a los derechos fundamentales?

Quizá es demasiado pronto para poder realizar un diagnóstico concluyente. Pero por lo que hasta ahora se observa, el 11 de septiembre será una fecha que recordaremos como un día de luto en materia de derechos, pues junto con el derrumbe de las Torres Gemelas y la muerte de casi 3,000 personas vimos caer también varios de nuestros más consolidados logros en dicha materia.

En las siguientes páginas me gustaría discutir acerca de la guerra que parece haberse instalado de nuevo como un recurso al alcance de los Estados poderosos, por un lado, y por otro sobre la “normalización” que estamos presenciando del fenómeno de la emergencia constitucional; tal parece que los gobernantes pudieran utilizar el miedo a los ataques terroristas como una suerte de recurso permanente para dominar a sus ciudadanos.

Parece estarse dando, a partir de ambos fenómenos, un cambio de mentalidad importante respecto de nuestras concepciones anteriores al 11-S. Lo que está en juego, en definitiva, es la posibilidad de seguir defendiendo los valores constitucionales tal como hasta ahora los hemos entendido. Cualquier análisis sobre el tema de la defensa de la Constitución debe hoy en día, lamentablemente, partir de la idea de que las coordenadas básicas de estudio han cambiado, quizá de forma profunda. Veamos estas cuestiones con mayor detalle.

GUERRA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Hay fenómenos sociales frente a los que los juristas guardan un increíble silencio. Tal parece que el derecho como orden

rector de la convivencia no tuviera nada que decir ante los problemas de este mundo y se contentara con escarbar en los significados posibles o imposibles de tal o cual artículo del código civil.

Uno de esos fenómenos ante los que los juristas parecen haber claudicado es el de la guerra; el silencio ha sido la regla de actuación de muchos desde hace más de diez años, con ocasión de la primera guerra del Golfo, y luego en los numerosos conflictos armados que se han dado en los tiempos recientes (desde la intervención en la ex Yugoslavia hasta la reciente guerra de Irak). ¿Es que frente a la guerra el derecho no puede aportar nada? ¿Es que los juristas no somos capaces de procesar desde las coordenadas de nuestra disciplina científica eventos tan miserables?⁸⁵

No faltarán los que digan que estudiar la guerra desde la óptica jurídica equivale a perder cualquier rastro de cientificidad, puesto que el análisis jurídico debe permanecer, como bien lo enseñó Kelsen, “puro” y limitarse al mundo de las normas jurídicas, sin hacer caso de otros fenómenos “extrajurídicos”. Pero a lo que llevan esas posturas es a la claudicación de la razón jurídica frente a un fenómeno gravísimo, en el que se ponen en juego diversos y muy relevantes bienes jurídicos (comenzando por el bien jurídico de la “paz”).

Seamos claros: la guerra es la negación más radical y absoluta de los derechos fundamentales. No hay ninguna posibilidad de librar una guerra de “carácter humanitario” o una guerra que tenga por objeto defender los derechos. Quien sostenga esa posibilidad miente o intenta engañar a su auditorio. Guerra y derechos son, bajo cualquier prisma que se quiera

⁸⁵Desde luego, algunos juristas sí que han hecho importantes reflexiones sobre el tema. Una de ellas, muy convincente y sólidamente fundada, puede verse en Jorge Carpizo, “Autodeterminación, no intervención y justicia internacional”, en varios autores, *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, t. 1, Navarra, Thompson-Aranzadi, 2006, pp. 43 y siguientes.

emplear, incompatibles. “La guerra” –escribe Luigi Ferrajoli– “es la negación del derecho y de los derechos, ante todo del derecho a la vida, así como el derecho, fuera del cual no es concebible ninguna tutela de los derechos, es la negación de la guerra”.⁸⁴

La guerra de agresión, explica Ferrajoli, está prohibida desde la promulgación de la Carta de las Naciones Unidas, que limita las intervenciones bélicas exteriores a las “guerras de defensa”, las cuales pueden ser autorizadas por el Consejo de Seguridad cuando concurren determinadas circunstancias. Dicha Carta, en su artículo 2.4, establece la prohibición de la “amenaza y uso de la fuerza”, a efecto de atentar “contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas”; esta prohibición es omnicomprendensiva, de modo que a partir de ella podemos decir que cualquier utilización de la fuerza armada de un Estado para atacar a otro es ilícita.⁸⁵ El mismo artículo 2 de la Carta impone la obligación de resolver las controversias internacionales por medios pacíficos, sin que se ponga en peligro la paz y la seguridad internacionales.

Para que se surta la hipótesis de una guerra de defensa, prevista por el artículo 51 de la Carta, se requiere de un ataque previo o inminente y la respuesta debe atender los principios de necesidad, inmediatez y proporcionalidad.⁸⁶ Es de puro sentido común: para que exista una guerra de defensa es necesario que se haya dado una agresión previa de la que defen-

⁸⁴ *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 45.

⁸⁵ Véase Jaime Saura Estapá, “Legalidad de la guerra moderna a propósito de la invasión de Irak”, en varios autores, *Guerra y paz en nombre de la política*, Madrid, Calamar Ediciones, 2004, p. 120.

⁸⁶ Jaime Saura Estapá, “Legalidad de la guerra moderna a propósito de la invasión de Irak”, *op. cit.*, p. 122. En este mismo trabajo pueden verse los argumentos con que se detalla la ilicitud de la intervención en Irak (pp. 126 y siguientes).

derse, o que se trate de una agresión inminente, basada en datos objetivos que acrediten suficientemente la realidad del peligro. Dicha agresión no puede consistir en los ataques terroristas perpetrados con aviones comerciales en Nueva York y Washington en septiembre de 2001, ya que la información sobre sus autores remite a una banda terrorista internacional (Al-Qaeda), que opera en muchos países y cuyos líderes no son funcionarios públicos, gobernantes o militares de un Estado. Tampoco constituían un riesgo inminente las supuestas “armas de destrucción masiva” que según el gobierno de Estados Unidos almacenaba Sadam Hussein, pues tales armas no pudieron ser localizadas por los inspectores de la ONU, que son la fuente más fiable de información en esta materia.⁸⁷ De hecho, con el paso del tiempo los gobiernos involucrados en la guerra de Irak han terminado por reconocer que tales armas eran inexistentes y que, en esa virtud, las razones esgrimidas para la invasión no tenían fundamento. Todo fue un gran engaño, *muy bien planeado y dirigido por la administración del gobierno de Bush.*

No sobra recordar que la guerra está tipificada como delito en el Tratado de Roma que crea el Tribunal Penal Internacional, lo cual refuerza la idea de que la guerra está prohibida y por tanto no puede ser bajo ninguna hipótesis una guerra lícita.

Por desgracia, la retórica sobre la necesidad y la legitimidad de la guerra parece estarse asentando en la opinión pública de un número importante de países; sobre todo en aquellos en los que el debate público sobre el tema no ha sido muy vigoroso, como es el caso de México. Una parte importante de ciudadanos puede verse confundida al oír en los medios de comunicación justificaciones de la guerra (patrocinadas por los gobiernos y por las grandes empresas que obtienen jugosos contratos béli-

⁸⁷ Una minuciosa reconstrucción periodística de los motivos que llevaron a la guerra y de su desarrollo se encuentra en Stefan Aust y Cordt Schnibben (eds.), *Irak. Historia de una guerra moderna*, Madrid, Círculo de Lectores, 2004.

cos durante la guerra y de reconstrucción una vez que concluye), sin que las voces en contra se aseguren de ocupar también un espacio en la esfera pública de discusión. En este contexto, se podría estar asentando una especie de justificacionismo de acuerdo con el cual la guerra habría tomado carta de naturaleza como medio de solución de las controversias internacionales. Frente a esto, autores como Ferrajoli denuncian como falsas las premisas que han justificado las intervenciones armadas de los últimos años y expone una batería de argumentos para demostrar su carácter antijurídico e inmoral.

Es falso que tales intervenciones se apoyen en el viejo concepto de “guerra justa” que durante siglos fue utilizado para valorar una intervención armada. Ese concepto fue creado y bien o mal aplicado para guerras muy distintas a las que se libran en la actualidad.⁸⁸

Las guerras actuales tienen efectos devastadores y aniquiladores sobre la población civil; las guerras antiguas limitaban sus efectos a los adversarios, pero nunca tuvieron la capacidad de aniquilar totalmente al enemigo, al que más bien había que doblar para que se rindiera. Las guerras antiguas se llevaban a cabo entre Estados o entre un Estado y un territorio, es decir, entre poderes formales y más o menos identificados.

Actualmente las guerras se celebran por un país o por una coalición de países en contra de “ejes del mal”, de “grupos subversivos” o “redes terroristas” que nunca son plenamente identificados, ni en cuanto a su ubicación territorial ni en cuanto a sus integrantes (lo cual justificaría, según los defensores de la guerra, que se puedan tirar bombas por todo el territorio de Afganistán o que las detenciones de “terroristas” abarquen a simples “sospechosos”, ubicados en razón de su apellido o por su presencia física, que son tratados como “no-personas” y des-

⁸⁸ Una explicación de las “novedades” que suponen las guerras de los últimos años puede verse en Danilo Zolo, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 113 y siguientes.

pojados de todos sus derechos fundamentales).⁸⁹ Más que de guerra justa, hoy en día, sostiene Ferrajoli, habría que entender que la guerra “es de por sí un mal absoluto”.⁹⁰

Es falso en segundo lugar que las guerras puedan ser “humanitarias” o “éticas”.⁹¹ Ferrajoli subraya que “la idea de que el bien pueda alcanzarse con cualquier medio, incluso al precio de enormes sufrimientos y sacrificios (sobre todo, de los otros), representa el rasgo característico del fanatismo”.⁹²

Como apunta Gerardo Pisarello,

si algo han dejado claro las intervenciones militares de la última década ha sido su incapacidad para cumplir con los fines “éticos” y “humanitarios” que en teoría pretendían asumir. Y todo ello por varias razones. En primer lugar, porque han violado de manera abierta tanto el principio hipocrático que obliga a minimizar el daño como el principio hobbesiano que prohíbe sancionar al inocente, causando innumerables víctimas entre la población civil y forzando desplazamientos y migraciones masivas. En segundo término, porque al destruir infraestructuras productivas, sistemas de agua potable, escuelas, hospitales y barrios enteros han condenado a otros tantos miles de personas a la privación futura de derechos civiles, sociales y ambientales básicos. En tercer lugar, porque en lugar de contribuir a la apertura y a la convergencia de espacios democráticos dentro de las sociedades atacadas, han ahondado las rivalidades étnicas y la indignación contra “Occidente”, además de desprestigiar el discurso de los derechos humanos, rebajándolo a simple ideología de cobertura

⁸⁹ De hecho, no son pocos los autores que señalan que en la persecución de bandas terroristas no es aplicable el concepto de guerra, sino que se trata de la persecución de criminalidad organizada; véase por ejemplo las observaciones en este sentido de Bruce Ackerman, “This is not a war”, *The Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 8, New Haven, 2004, pp. 1871 y siguientes.

⁹⁰ *Razones jurídicas del pacifismo*, op. cit., p. 31.

⁹¹ Sobre la cuestión de las “intervenciones humanitarias” véase el deslumbrante análisis de Ernesto Garzón Valdés, “Intervenciones humanitarias armadas”, en su libro *Calamidades*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 33-92.

⁹² *Razones jurídicas del pacifismo*, op. cit., p. 42.

de los imperativos económicos y militares de las grandes potencias.⁹⁵

Es falso, en tercer lugar, que con la guerra se logre el propósito anunciado por el gobierno de Estados Unidos de terminar con el terrorismo. Por el contrario, luego de años de intervenciones bélicas el terrorismo parece haber crecido a escala global y hay regiones enteras del planeta que están a un paso de incendiarse por completo. El terrorismo, lejos de debilitarse, ha golpeado de lleno el corazón de los países occidentales, como lo demuestran las barbaries del 11-S en Nueva York y del 11-M en Madrid, pero también los atentados en Bali, Casablanca, Beslán, Yakarta, Estambul, Moscú, Londres y un largo etcétera.

Esto no significa que no se deba combatir al terrorismo; al contrario, se trata de hechos delictivos que deben ser perseguidos conforme lo establece la legislación nacional e internacional y que pueden y deben ser castigados, dentro de los límites que marcan las leyes, con penas muy severas. Al respecto Ferrajoli apunta:

...con sus inútiles destrucciones la guerra sólo ha agravado los problemas que pretendía resolver[...] reforzó enormemente al terrorismo, al elevarlo a la categoría de Estado beligerante, convirtiendo un crimen horrendo en el primer acto de una guerra santa y transformando a Bin Laden, a los ojos de millones de musulmanes, en un jefe político, y a su banda de asesinos, en la vanguardia de un ejército de fanáticos... (la guerra) ha contribuido a desestabilizar todo el Oriente Medio, incluido el polvorín (nuclear) pakistaní, y a desencadenar una espiral irrefrenable de odios, fanatismos y otras terribles agresiones terroristas.⁹⁴

⁹⁵“Prólogo. El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli”, en *Razones jurídicas del pacifismo*, op. cit., p. 14.

⁹⁴*Razones jurídicas del pacifismo*, op. cit., p. 55.

Lo que más bien nos indica la situación actual es que lanzar bombas desde el aire sobre grandes extensiones de territorio o invadir un país entero no pueden lograr la finalidad de acabar con el terrorismo. Si las intervenciones tienen esa intención están fracasando palmariamente; no debemos sin embargo descartar, en este contexto, dos hipótesis: o los responsables de la guerra son estúpidos y no se dan cuenta de su clamoroso fracaso (lo cual, si bien no es descartable, no tiene demasiado sentido) o bien se está utilizando al terrorismo para justificar guerras que tienen otros objetivos, de orden geopolítico o incluso económico.

¿Cómo remediar el enorme caos bélico en el que los halcones de la administración estadounidense nos han sumido? ¿Cómo restaurar una legalidad internacional que es la única base razonable que tenemos para extender el paradigma del Estado de derecho hacia el ámbito de las relaciones internacionales? La idea sería crear un sistema de garantías que permita hacer efectivas las normas del derecho internacional.

La primera entre todas debe ser la garantía de la paz, que se podría lograr sobre todo desarmando a los Estados y reservando en favor de la ONU un monopolio de la fuerza internacional. Ferrajoli destaca lo absurdo que resulta que se prohíba la utilización de armas de destrucción masiva (armas químicas y bacteriológicas, bombas de fragmentación, armas incendiarias, armas nucleares, etcétera) y sin embargo se siga permitiendo y no se sancione en todos los casos su producción y comercialización.⁹⁵

En esto tienen una gran responsabilidad los Estados democráticos del Primer Mundo, pues es dentro de su territorio donde se producen las armas cuya utilización está prohibida por el derecho internacional. El comercio de armas, tanto el "lícito" como el que se produce en la ilegalidad, constituye una

⁹⁵ *Razones jurídicas del pacifismo, op. cit.*, p. 86.

gran fuente de riqueza para muchas personas, que tienen formas de “presionar” a los responsables políticos para que los dejen seguir con sus negocios.

En el caso de las armas de destrucción masiva es donde más se nota la corrupción de muchos gobiernos, por ejemplo el de Rusia y de varias ex repúblicas soviéticas, pero el mismo discurso puede hacerse para las “armas ligeras”, que se siguen vendiendo por cientos de miles cada año, en muchos casos a gobiernos que tienen bien comprobadas prácticas autoritarias contra su propia población o contra la de países vecinos; una cantidad importante de esas armas termina cayendo en manos de bandas terroristas y del crimen organizado.

Según Ferrajoli,

Las armas están destinadas por su propia naturaleza a matar. Y su disponibilidad es la causa principal de la criminalidad común y de las guerras. No se entiende por qué no deba ser prohibido como ilícito cualquier tipo de tráfico o de posesión. Es claro que el modo mejor de impedir el tráfico y la posesión es prohibiendo su producción: no sólo por tanto el desarme nuclear, sino la prohibición de todas las armas, excluidas las necesarias para la dotación de las policías, a fin de mantener el monopolio jurídico del uso de la fuerza. Puede parecer una propuesta utópica: pero es tal sólo para quienes consideraran intocables los intereses de los grandes *lobbies* de los fabricantes y de los comerciantes de armas y, por otro lado, las políticas belicistas de las potencias grandes y pequeñas.

En el nivel local se han producido algunas experiencias positivas en materia de desarme, que bien podrían intentarse llevar a la esfera internacional. Así, por ejemplo, el gobierno brasileño aprobó a mediados de 2004 el Estatuto de Desarme, que detalla un muy interesante programa de entrega voluntaria de armas por parte de la población. El gobierno ha establecido que por cada arma que se entregue se otorgará un pago

de entre 40 y 400 dólares, dependiendo del estado que guarde y del tipo de arma de que se trate. A juzgar por sus primeros resultados, el programa está siendo todo un éxito.⁹⁶ Solamente en los primeros nueve días de funcionamiento se habían entregado más de 17,000 armas de fuego. Según una encuesta, el proceso de desarme es aprobado por una amplia mayoría de brasileños (más del 67 por ciento de los encuestados dijo estar a favor del programa).

El éxito ha sido tan grande que el gobierno de Lula se está planteando aumentar el fondo para compensar la entrega, que era inicialmente de casi 4 millones de dólares. Antes de hacerlo en el nivel nacional, la experiencia se había desarrollado en el Estado de Paraná, donde en los primeros meses de 2004 se habían recolectado más de 13,000 armas. Resultado: en las mismas fechas el número de asesinatos había disminuido un 30 por ciento. ¿Sería muy difícil pensar en una aplicación extensiva de estas sencillas ideas? No dudo que también estas propuestas tengan inconvenientes (como lo podría ser el precio pagado por las armas, que si es muy alto podría servir para financiar la compra de nuevo armamento), pero creo que a corto plazo aportan más ventajas que desventajas.

Por otro lado, el desarme de los Estados y el freno de la carrera armamentista liberaría una enorme cantidad de recursos que hoy en día se invierten en industrias para matar. Esos recursos podrían dedicarse a cuestiones humanitarias, contribuyendo de esa forma a evitar que en el futuro se sigan nutriendo en la miseria, el analfabetismo y la marginación los movimientos fundamentalistas y fanáticos en los que se forman los terroristas.

Por otro lado, Ferrajoli también propone una reforma “en sentido democrático” de la ONU, a través de la reconsideración

⁹⁶ *La Vanguardia*, Barcelona, 10. de agosto de 2004.

del papel del Consejo de Seguridad.⁹⁷ La reforma, basada en el principio de igualdad, “pasa obviamente por la supresión de la posición de privilegio que hoy detentan en el Consejo de Seguridad las cinco potencias vencedoras de la segunda guerra mundial y la instauración de un sistema igualitario de relaciones entre los pueblos”.⁹⁸ Desde luego, la reflexión sobre la reforma de la ONU tiene que ser objeto de un análisis más detenido, que no puede ser abordado en este espacio, pero que debería suscitar la reflexión comprometida de los juristas mexicanos y de otros países.⁹⁹

LA NORMALIZACIÓN DE LA EMERGENCIA

En una época como la nuestra, en la que un país se ha convertido en nuestro imperio contemporáneo (para utilizar la terminología de Hardt y Negri), es posible que la historia de los derechos esté determinada por las prácticas y por las discusiones que se generan en ese país. En ese sentido, uno de los aspectos más destacados de discusión sobre los derechos fundamentales es la posibilidad que tiene el Estado constitucional para responder adecuadamente (es decir, a través de los medios ordinarios de defensa que ya conocemos) a las amenazas de ataques terroristas a gran escala.¹⁰⁰ Aunque en el apartado

⁹⁷ Sobre el tema se ha detenido, entre otros muchos, Juan Carlos Velasco, “La democratización pendiente de la esfera internacional”, en Varios autores, *Guerra y paz en nombre de la política*, op. cit., pp. 147 y siguientes.

⁹⁸ *Razones jurídicas del pacifismo*, op. cit., p. 88.

⁹⁹ La propia ONU se ha dado cuenta de lo mucho que ha cambiado el mundo desde su creación en 1945 y ha generado diversos documentos de reflexión acerca de su papel en la nueva realidad. Uno de ellos es el muy interesante reporte encargado a un equipo de alto nivel por el secretario general, referido a la seguridad en el mundo: *A more secure world: our shared responsibility. Report of the Secretary-General's High-level panel on threats, challenges and change*, Nueva York, Naciones Unidas, 2004.

¹⁰⁰ Un buen panorama sobre el tema puede verse en Michael Ignatieff, *El mal menor*, Madrid, Taurus, 2005.

anterior hemos intentado demostrar la incompatibilidad total y completa entre la guerra y los derechos fundamentales, lo cierto es que debemos intentar afinar la mirada para ir más allá del fenómeno de la guerra (que en cualquier caso, por fortuna, de momento solamente ha sido utilizado por pocos países como arma de respuesta frente al terrorismo), para discutir el impacto de los atentados terroristas sobre la comprensión contemporánea de los derechos. Un análisis completo de este tema requeriría el espacio no de un ensayo como el presente, sino de varios libros; sin embargo, creo que es posible apuntar al menos algunas líneas básicas que se deben tomar en cuenta.

Sería ideal para quien hace un análisis teórico poder defender sin más la idea de que los derechos fundamentales deben ser respetados siempre y que ninguna afrenta terrorista debe minar nuestro apoyo convencido hacia ellos. Sería ideal, pero no estaría teniendo en cuenta la nueva realidad que parece estarse configurando luego del 11-S. Lo cierto es que, sin poner en duda nuestras firmes convicciones en favor de los derechos, debemos asumir que ningún Estado democrático podría dejar de dar respuesta a una serie de atentados terroristas que se llevaran a cabo en su territorio y que es probable que la población exigiera acciones contundentes para garantizar la seguridad, incluso si como parte de esas respuestas se tienen que sacrificar uno o varios derechos fundamentales: como ha recordado algún autor, la Constitución no es un “pacto suicida”.¹⁰¹

Alguna película estadounidense previa al 11-S ha dado en el blanco al estudiar la psicología de la población frente a amenazas terroristas: primero comienzan a demandarse más policías en las calles, pero frente a un segundo o un tercer atentado masivo se terminan justificando los campos de concentración

¹⁰¹ Richard Posner, *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency*, Nueva York, Oxford University Press, 2006. La frase original es del juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Robert H. Jackson.

y la internación en ellos de personas con base en sus rasgos físicos o en sus vínculos con determinadas religiones. La tortura de los detenidos con base en meras sospechas es el corolario natural que se presenta en tales escenarios.

De hecho, luego del 11-S se ha debatido con intensidad en Estados Unidos sobre la posibilidad de aplicar la tortura para evitar nuevos ataques terroristas; y, por primera vez en muchos años, ese debate no se ha circunscrito a la ultraderecha militarista, sino que ha alcanzado a medios de comunicación serios y tradicionalmente centrados y objetivos en sus análisis.¹⁰² Lo que parece evidente es que la amenaza terrorista ofrece un desafío nuevo al Estado constitucional y que quizá sea oportuno pensar en nuevas formas de defensa de la Constitución (lo que equivale a decir que hay que imaginar nuevas formas de defensa de los derechos).

En este punto hay varios aspectos por discutir. Uno habría que dejarlo claro desde el principio: la aplicación de torturas no se justifica bajo ningún concepto; el pretexto de hacer frente a una amenaza incluso nuclear, radioactiva, biológica o de otro tipo no permite que se utilice a una persona como medio para conseguir información y se vulnere su dignidad a través de la tortura. No importa que se trate del peor terrorista del planeta o que supuestamente sepa dónde puede estar una bomba: la tortura es una línea que nunca debemos cruzar si es que queremos mantener alguna diferencia entre los terroristas y los demócratas. Pensar que al sostener lo anterior estamos renunciando a medios legítimos de combatir al terrorismo o pensar que de esa forma se pone en una situación de irremediable debilidad al Estado constitucional es desconocer la historia.

Al terrorismo se le debe combatir dentro de la legalidad; podemos discutir si el marco jurídico que tenemos es o no

¹⁰² Karen J. Greenberg (ed.), *The torture debate in America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; Sanford Levinson (ed.), *Torture. A collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

suficiente para enfrentar el desafío terrorista,¹⁰³ pero no es razonable suponer que ante la estrategia del miedo debamos abandonar más de dos siglos de civilización constitucional.¹⁰⁴ A la pregunta de si se puede, bajo alguna circunstancia límite, torturar para obtener alguna confesión, la respuesta siempre, siempre y sin excepción alguna, debe ser negativa. Cuando un Estado democrático cede a la tentación de torturar a un detenido ya ha traspasado la línea que lo separaba de los terroristas y ha perdido su principal arma de diferenciación: la legitimidad que le da el apego a ciertos valores, encarnados en buena medida en un ordenamiento jurídico.¹⁰⁵

De igual manera, habría que sospechar de cualquier solución jurídica del fenómeno terrorista que suponga la imposición de regímenes completa y totalmente excepcionales. Pueden existir, de forma limitada y siempre bajo control judicial, restricciones de derechos que sean específicas para personas acusadas de terrorismo (como lo reconoce, por ejemplo, el artículo

¹⁰³ Éste es el tema que se aborda, por ejemplo, en Bruce Ackerman, *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006. Véase también Mark Tushnet (ed.), *The constitution in wartime. Beyond alarmism and complacency*, Durham, Duke University Press, 2005.

¹⁰⁴ Frente a riesgos objetivos de que se produzcan graves daños (ya sean producto de ataques terroristas o de desastres naturales) debemos adoptar como primera premisa el “principio de precaución”, que hubiera servido en muy buena medida para evitar los atentados del 11-S, tal como lo han reconocido diversos reportes oficiales generados por el gobierno de Estados Unidos. Sobre este punto véase el libro *The 9/11 commission report. Final report of the national commission on terrorist attacks upon the United States*, Nueva York, Norton and Company, sin fecha; sobre el “principio de precaución” véase Cass Sunstein, *Laws of fear. Beyond the precautionary principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

¹⁰⁵ Michael Ignatieff, “Si la tortura funciona”, en *Claves de razón práctica*, Madrid, mayo de 2006, pp. 4-7. Para este autor la prohibición de la tortura es lo que permite identificar políticamente a una democracia; si un Estado es democrático entonces estará limitado por normas jurídicas, entre ellas la que incluye “la prohibición absoluta de someter a las personas a formas de dolor que las despojan de su dignidad, su identidad e incluso su cordura” (p. 7).

55 de la Constitución española de 1978),¹⁰⁶ pero de ahí no se puede dar el paso hacia el vaciamiento de los derechos fundamentales de tales personas, como lo ha hecho el gobierno de Estados Unidos con los detenidos en el campo de concentración de Guantánamo. Y esto aplica lo mismo a los derechos “sustantivos” (por llamarlos así) que a los “derechos procesales” o vinculados con el acceso a la justicia; esta observación es importante para poner bajo sospecha la peligrosa tendencia de crear tribunales militares encargados de conocer de juicios contra civiles vinculados con hechos de terrorismo o con otras manifestaciones de la criminalidad organizada.¹⁰⁷

Los juristas mexicanos, a la luz de lo anterior, podrían preguntarse sobre la pertinencia de reformar el artículo 29 de la Constitución de 1917, que prevé precisamente la forma en que deben enfrentarse las situaciones extraordinarias.¹⁰⁸ El texto de dicho artículo es el siguiente:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los Titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con aprobación del Congreso de la Unión, y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculos para hacer

¹⁰⁶ Un análisis de este precepto puede verse en María Dolores Martínez Cuevas, *La suspensión individual de derechos y libertades en el ordenamiento constitucional español: un instrumento de defensa de la Constitución de 1978*, Granada, Comares, Universidad de Granada, 2002.

¹⁰⁷ La doctrina norteamericana, por razones obvias, ha tenido que reflexionar detenidamente sobre este punto. Un punto de partida de tales análisis puede verse en Louis Fisher, *Military tribunals and presidential power. American revolution to the war on terrorism*, Lawrence, University Press of Kansas, 2005, con abundantes referencias históricas.

¹⁰⁸ Una propuesta en este sentido puede verse en Miguel Carbonell, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, IJ-UNAM-CNDH, 2007, pp. 41 y siguientes.

frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.

La suspensión de derechos dentro de un Estado democrático es una medida que debe ser utilizada con mucha precaución. La experiencia histórica nos indica que, a pesar de que su finalidad consiste en la protección excepcional del Estado cuando se deben enfrentar retos mayúsculos, muchas veces se ha utilizado para lo contrario; es decir, en diversos momentos de la historia –sobre todo en América Latina– se ha acudido a la suspensión de derechos para liquidar sistemas democráticos e imponer gobiernos *de facto* de corte autoritario o dictatorial.

Conviene recordar que la suspensión de derechos es una institución que no tiene por efecto aumentar los poderes de los gobernantes, sino permitir tomar medidas de carácter extraordinario dentro del marco de las reglas del Estado de derecho. No es una invitación a la arbitrariedad, sino justamente su mecanismo de contención bajo situaciones de emergencia. Debe en todo caso estar fundada y motivada. Debe también disponer medidas de respuesta proporcionadas a la situación de peligro por la que se están suspendiendo los derechos.

La decisión de decretar una suspensión de derechos debe ser siempre revisable por los tribunales nacionales e internacionales, ya que la mejor forma de evitar abusos por parte del gobierno utilizando esta figura es a través de su judicialización, como lo ha propuesto Héctor Fix Zamudio.¹⁰⁹ De esta manera

¹⁰⁹ Héctor Fix Zamudio, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2005, p. 136.

se someten las decisiones gubernativas en la materia a un control de constitucionalidad y legalidad a cargo de los jueces y, sobre todo, se pone de manifiesto que no se trata de una “cuestión política” que queda fuera del ámbito de supervisión del Poder Judicial. El mismo autor afirma que

*la revisión judicial de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas puede utilizarse durante las situaciones de emergencia o de excepción, para examinar la concordancia y proporcionalidad de las medidas generales que se adoptan con motivo de las declaraciones de los estados de excepción, incluyendo las declaraciones mismas, en cuanto afectan la normalidad constitucional y los derechos fundamentales de los gobernados.*¹¹⁰

Aunque la Constitución no lo establece expresamente, en México no todos los derechos pueden suspenderse. No lo pueden ser por mandato de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 27.2 no permite la suspensión de los derechos previstos en sus artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal),¹¹¹ 6 (prohibición de la esclavitud); 9 (principios de legalidad y retroactividad), 12 (libertad de conciencia y religión), 17 (protección a la familia), 18 (derecho al nombre), 19 (derechos de la niñez), 20 (derecho a la nacionalidad) y 23 (derechos políticos), así como de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.¹¹²

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ Véase el artículo 5 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, que establece la prohibición de justificar la tortura aun en estados de guerra, emergencia, sitio, conmoción interior, etcétera.

¹¹² En sentido parecido debe verse el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 8/87 “El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)” y 9/87 “Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”;

ambas opiniones consultivas se pueden consultar en Miguel Carbonell,

Si en el futuro se decide reformar la Constitución mexicana en lo referente a la suspensión de derechos sería importante que se precisaran los supuestos para que dicha suspensión tenga lugar,¹¹³ se podría prever un régimen diferenciado dependiendo del tipo de amenaza que requiere una suspensión de derechos y garantías. Las causas de la suspensión podrían ser de tres tipos: emergencias generadas por fenómenos naturales que pongan en peligro a una parte de la población (lo que podría calificarse como estado de calamidad o de catástrofe), emergencias generadas por problemas graves de seguridad pública (que podrían redundar en una eventual restricción de la libertad de tránsito) y emergencias generadas por situaciones de tipo militar tales como invasiones armadas del territorio nacional. En el mismo sentido sería importante tener una redacción clara y concisa, que evite en lo posible la utilización de conceptos ambiguos como “perturbaciones del orden público” o “grave peligro social”.

Durante muchos años el tema de la suspensión de derechos y garantías ha tenido un desarrollo menor al que hubiera sido oportuno dentro de la teoría constitucional mexicana. Este fenómeno quizá esté justificado por el hecho, ciertamente plausible, de que en México no se ha acudido a las medidas de suspensión con la frecuencia que lo han hecho otros países de América Latina.¹¹⁴ Si bien es deseable que nuestro país se man-

Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, t. II, 2a. ed., México, Porrúa-CNDH, 2003, pp. 869 y siguientes.

¹¹³Una reflexión más amplia sobre el tema en Carlos M. Pelayo Möller, *La suspensión de derechos y garantías en el Estado constitucional*, Mazatlán, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2004, pp. 256 y siguientes.

¹¹⁴Héctor Fix Zamudio, en referencia al siglo XIX latinoamericano, apunta que “...en una época de inestabilidad política en Latinoamérica, debido a las continuas revueltas y los golpes de Estado auspiciados por los caudillos, predominantemente militares, abundaron las represiones extraconstitucionales, ya que las declaraciones de emergencia se utilizaron con el fin contrario a su regulación, es decir, en lugar de la conservación del orden constitucional se produjeron largos periodos de gobiernos autoritarios...”, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, op. cit., p. 130.

tenga en esa posición y no caiga en tentaciones represivas de corte autoritario, lo cierto es que hay elementos en el contexto internacional que nos permiten sostener la pertinencia de reflexionar con una mirada nueva sobre el tema. De hecho, algunos de los teóricos más destacados a nivel mundial dentro del campo del constitucionalismo han dedicado importantes esfuerzos a replantear la representación tradicional que tenemos de la forma en que el Estado constitucional debe responder frente a las emergencias, sobre todo frente a las derivadas de posibles ataques terroristas.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Como puede verse, la situación del presente ofrece nuevos retos para quienes estudian los derechos fundamentales. No son retos imaginarios, puesto que es evidente que el peligro de las armas de destrucción masiva y de su posible utilización por los terroristas está ahí afuera, acechando a los regímenes democráticos que existen en muchos países. No se trata de negar lo evidente y cualquier teórico que lo haga estaría incurriendo en una grave irresponsabilidad.

De lo que se trata es de discernir acerca de la manera en que el Estado constitucional, sin perder de vista los valores que lo justifican y le dan legitimidad, debe enfrentar los cambios que se han dado desde los ataques del 11-S. ¿Cómo debe defenderse la Constitución en tiempos como los que vivimos actualmente? La respuesta es seguramente muy compleja y los puntos de vista en ocasiones podrán ser divergentes. Lo que se ha intentado hacer en las páginas precedentes es ofrecer algunos elementos contextuales para emprender una reflexión que a todas luces parece inaplazable y en la que los juristas tienen mucho por aportar.

Un nuevo órgano constitucional autónomo

En el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de abril de 2006 apareció publicada una reforma constitucional a los artículos 26 y 73 la cual, en síntesis, crea un nuevo órgano constitucional autónomo y eleva a rango constitucional el sistema nacional de información estadística y geográfica.

A partir de la mencionada reforma el artículo 26 se divide en dos apartados. El segundo de ellos tiene un contenido completamente nuevo, en el sentido de que ninguna de sus disposiciones figuraba hasta ahora en el artículo 26, dedicado como se sabe al tema de la planeación democrática del desarrollo nacional (asunto del que se sigue ocupando su inciso A).

El actual apartado B del artículo 26 ordena crear un sistema nacional de información estadística y geográfica, en los siguientes términos: “El Estado contará con un Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica cuyos datos serán considerados oficiales...”.

El carácter nacional de dicho sistema se refuerza con el mandato de la segunda frase del párrafo primero del apartado B en el sentido de que sus datos –que tienen carácter “oficial” por mandato de la Constitución–¹¹⁵ serán de uso obligatorio para todos los niveles de gobierno: federación, entidades federativas, municipios y Distrito Federal.

¹¹⁵ Esto significa que están asistidos por una presunción muy fuerte de veracidad y que, en cualquier caso, será la base a partir de la cual se deberán tomar un número importante de decisiones gubernamentales.

Para llevar a cabo la realización del sistema nacional en materia de geografía y estadística el apartado B dispone la creación de un nuevo órgano constitucional autónomo,¹¹⁶ que viene a sumarse a los otros cuatro ya existentes (tribunales agrarios, Banco central, Instituto Federal Electoral y Comisión Nacional de los Derechos Humanos).

Al revés de lo que sucede con algunos otros órganos constitucionales autónomos, el que está previsto en el artículo 26 es de carácter innominado, es decir, no recibe nombre específico alguno, por lo que será el legislador federal quien disponga acerca de su denominación concreta. Esto no sucede, por ejemplo, con el Instituto Federal Electoral, que está directamente nominado en el artículo 41, ni con la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, cuyo nombre también viene directamente establecido por el apartado B del artículo 102 de la Carta Fundamental.

Pese a no estar previsto un nombre en concreto para el órgano en cuestión, lo cierto es que el texto del artículo 26 lo caracteriza como un órgano constitucional autónomo al señalar que tendrá autonomía técnica y de gestión, personalidad jurídica y patrimonio propios. Es decir, se trata de un órgano que en virtud de contar con personalidad jurídica propia por mandato constitucional no puede ubicarse dentro de la esfera orgánica de ninguno de los tres poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

Además, la Constitución le “reserva” una esfera competencial propia, la cual es intangible para cualquier otro poder (incluyendo al Poder Legislativo, que no podría a través de una ley afectar dicha esfera de atribuciones). En concreto, la Cons-

¹¹⁶Respecto de las implicaciones, características y régimen jurídico general de los órganos constitucionales autónomos puede verse Miguel Carbonell, *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2006 (reimp.), pp. 103 y siguientes; Miguel Carbonell, “Órganos constitucionales autónomos”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, t. v, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2004, pp. 378 y siguientes.

titución señala que le corresponde a este órgano normar y coordinar el sistema nacional de información estadística y geográfica, así como regular la captación, procesamiento y publicación de la información generada y proveer a su observancia (es decir, que se tome en cuenta para los efectos legales y administrativos que sean conducentes).

El párrafo tercero del nuevo apartado B se refiere a la estructura orgánica del órgano constitucional autónomo al que estamos haciendo referencia. Precisa la forma en que se integra su Junta de Gobierno (compuesta por cinco miembros) y la manera en que sus integrantes son nombrados (el siguiente párrafo se encarga de dejar al legislador ordinario la facultad de determinar los requisitos que se deben cumplir para ocupar el cargo, la duración en el mismo y el escalonamiento). Sobre este punto se puede señalar que quizá no sea muy apropiado el haber dejado tan amplia libertad al legislador para disponer la duración en el cargo de los miembros de la Junta de Gobierno, ya que eventualmente podría disponerse una duración tan corta que afectara el buen desempeño del cargo o implicara una merma en su independencia. ¿Qué pasaría –por poner un ejemplo extremo– si el legislador dispone que la duración en el cargo es de un año o de seis meses? ¿Sería posible ejercerlo de forma adecuada con un periodo tan corto de nombramiento? La Constitución no señala el periodo de duración de los directivos del Banco de México, pero dispone que será un periodo que provea al ejercicio autónomo de su competencia; sí está previsto constitucionalmente el periodo de los integrantes del Consejo General del IFE y del presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. No se establece por mandato de la Constitución el periodo de duración de los magistrados de los Tribunales Agrarios.

Los nombramientos de los integrantes del nuevo órgano constitucional autónomo son realizados conforme a lo que en general sucede con otros órganos constitucionales autónomos:

propuesta del Poder Ejecutivo Federal y aprobación de una de las cámaras del Congreso de la Unión (o de la Comisión Permanente si el Congreso está en periodo de receso). Es lo que sucede con la Junta de Gobierno del Banco de México y con los magistrados de los Tribunales Agrarios. En ambos casos la Constitución establece la participación del Senado de la República en el proceso de nombramiento. El presidente y los integrantes del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos son nombrados por el Senado sin intervención del Ejecutivo, y los consejeros electorales y el consejero presidente del Consejo General del Instituto Federal Electoral son nombrados por la Cámara de Diputados únicamente.

La Constitución remite a la ley para efecto de determinar la organización y funcionamiento del sistema nacional de estadística y geografía, pero dispone cuatro criterios que deberán ser observados al momento de realizar la configuración legislativa del sistema: accesibilidad de la información, transparencia, objetividad e independencia. A partir de la determinación constitucional de estos cuatro principios podemos afirmar que el sistema estará asistido por características muy semejantes a las del Poder Judicial, por ejemplo. Los jueces, como se sabe, también deben desempeñar sus funciones de forma transparente, objetiva e independiente.¹¹⁷

El principio de accesibilidad de la información supone un mandato para que el organismo difunda los datos que recabe de forma que cualquier persona pueda entenderlos; se deberá procurar –para cumplir con el mandato constitucional– una presentación ágil de las estadísticas, lo que sin duda beneficia-

¹¹⁷Por cierto, el artículo 26 es el primer dispositivo constitucional que recoge expresamente el concepto de “transparencia” que tan benéficos efectos ha tenido en México en los años recientes. Se trata de un concepto especialmente importante en tareas de recopilación y difusión estadística, como es obvio.

rá no solamente a los órganos públicos obligados a tomarlas en cuenta, sino también a los estudiantes, a los investigadores y en general a cualquier persona interesada en conocer a través de cifras, mapas y tablas el estado real que guarda un determinado ámbito del país.

El último párrafo del apartado B del artículo 26 asimila a los integrantes de la Junta de Gobierno a aquellos otros funcionarios que están protegidos por el llamado “fuero constitucional”. En efecto, el texto constitucional dispone que dichos integrantes no podrán ser removidos de sus cargos sino por “causa grave” y estarán sujetos al Título Cuarto de la Constitución (que prevé, entre otras cuestiones, la declaración de procedencia y el juicio político). El mismo párrafo establece una incompatibilidad general entre el desempeño del cargo de miembro de la Junta de Gobierno y cualquier otra actividad profesional, con excepción de las de carácter docente, científico, cultural o de beneficencia, siempre que no sean remuneradas. También en esto la Constitución asimila a los miembros de la Junta de Gobierno con los integrantes de los demás órganos constitucionales autónomos, que están protegidos por disposiciones semejantes por lo que hace a la remoción del cargo.

La modificación producida en el artículo 73 es relativamente menor y se limita a su fracción XXIX-D, la cual a partir de la reforma dispone que el Congreso de la Unión tiene competencia para “expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social, así como en materia de información estadística y geográfica de interés nacional”.

El decreto de reforma que estamos comentando se acompaña de siete artículos transitorios, la mayoría de los cuales tienen como objetivo darle continuidad al órgano encargado de realizar las tareas de información estadística y geográfica al momento de entrar en vigor la reforma, incluyendo la continuidad de las normas que lo rigen, hasta en tanto se dicten

las que deban sustituirlas. También se dispone una protección especial para sus trabajadores (transitorio tercero). Se le concede al Congreso de la Unión un plazo de 180 días naturales para que expida la ley de desarrollo del apartado B del artículo 26 (transitorio sexto). Sabemos por experiencias recientes que estos plazos rara vez se cumplen, pero es oportuno que al menos se establezcan con precisión para que sea posible poner en evidencia la consiguiente violación constitucional.

La reforma del artículo 26, además del significado concreto que tiene y que acabamos de explicar, suscita una reflexión de más largo alcance acerca del contenido que debe tener el título primero, capítulo primero de la Constitución. En efecto, dicho capítulo está reservado a los derechos fundamentales (o a las “garantías individuales”, como todavía las llama la Constitución, de forma tan anticuada). ¿Es aconsejable o razonable que junto a la libertad de expresión o la prohibición de discriminar convivan disposiciones referidas estrictamente a cuestiones orgánicas? ¿No estamos abusando de una cierta laxitud en el contenido constitucional para alcanzar una mezcla ya indefendible y mucho menos comprensible de temas y materias?

Quizá ha llegado el momento de proponer una revisión constitucional de fondo para crear un nuevo título en la Carta Magna dedicado a la regulación de los órganos constitucionales autónomos, la mayoría de los cuales está fuera de lugar. Recordemos que el Banco central y los tribunales agrarios también están contemplados en la parte de derechos fundamentales, mientras que la CNDH está ubicada dentro del capítulo dedicado al Poder Judicial (como lo está también, por una indebida reminiscencia histórica, el ministerio público federal, en el artículo 102 apartado A).

Para poner un poco de orden y sistematizar el contenido de nuestra Constitución, de forma que sea más comprensible

y accesible para sus destinatarios (cualidades que han sido desdeñadas desde hace décadas por los responsables de las sucesivas e interminables reformas constitucionales), sería por tanto deseable crear un nuevo título constitucional, para contemplar a los órganos constitucionales autónomos ya existentes y a los que se pudieran agregar en el futuro.

La ruta de la evasión: sobre la teoría constitucional mexicana en el siglo xx

1

La teoría constitucional mexicana en el siglo xx estuvo marcada por dos procesos de cambio político y social que transformaron profundamente al país: el primero de ellos fue sin duda alguna la revolución social mexicana que combatió durante las dos primeras décadas del siglo contra la dictadura del general Porfirio Díaz; el segundo fue el lento tránsito a la democracia que comienza a dar sus primeros pasos a partir de 1968.¹¹⁸

La influencia de la Revolución mexicana de las primeras décadas del siglo xx sobre la teoría constitucional no fue inmediata. De hecho, comienza a cobrar fuerza a partir de 1929 cuando se forma el Partido Nacional Revolucionario, que con el tiempo terminaría dando lugar al Partido Revolucionario Institucional (PRI). La creación del PRI fue una opción del grupo ganador de la Revolución para comenzar a darle estabilidad e institucionalidad al nuevo régimen. El efecto aglutinador que tuvo sobre la clase política se dejó sentir de muchas maneras en la teoría constitucional de esos años, durante los que no pocos intelectuales fueron cooptados por el régimen para ser-

¹¹⁸ Algunos analistas pondrían una fecha distinta; se suelen citar, aparte del año de 1968, los años de 1977, 1988, 1994 y 2000 como años clave en la evolución democrática de México. En virtud de que se trata de ofrecer solamente un panorama general, es mejor tomar como punto de partida la fecha más lejana en el tiempo, sin que esto signifique desconocer la importancia de las demás.

vir como funcionarios públicos de alto y mediano rango.¹¹⁹ Con frecuencia fueron recompensados con buenos salarios y hasta con embajadas importantes, lo que tenía un efecto “silenciador” sobre la tarea crítica que desde la teoría constitucional se habría podido articular como una forma de denuncia de la manipulación a la que fue sometida la Constitución de 1917.

Una consecuencia de tal “efecto silenciador” fue que en casi todos los libros de texto que se utilizaban en las escuelas y facultades de derecho se omitían las graves violaciones constitucionales que se produjeron en esos años; así, por ejemplo, en ningún libro dedicado a la enseñanza de los derechos fundamentales se hablaba de las restricciones a la libertad de expresión, de la ilegal utilización del ejército en los controles carreteros, de la represión en contra de los movimientos sindicales que se atrevían a desafiar al oficialismo y así por el estilo. Leyendo esos libros los jóvenes que estudiaban en ese entonces la carrera de derecho deben haber pensado que vivían en el mejor de los mundos posibles.

2

Lo anterior tuvo efectos no sólo en el nivel de la enseñanza del derecho, sino también en la interpretación que se hacía del texto de la Constitución por los principales operadores jurídicos. Por un lado, tanto el Poder Legislativo como el Judicial se desentendían del texto constitucional y dejaban toda la iniciativa en la materia al presidente de la República. Esto significaba en la práctica que todas las reformas constitucionales tenían su origen en el presidente y que el texto de la Carta Mag-

¹¹⁹Al respecto puede verse el completo análisis de Roderic A. Camp, *Los intelectuales y el Estado en el México del siglo XX*, México, FCE, 1995; también el ensayo de Octavio Paz titulado “La *intelligentsia* mexicana”, recogido en su libro *Sueño en libertad. Escritos políticos*, Barcelona, Seix Barral, 2001, pp. 313-314.

na se solía interpretar tomando como base la exposición de motivos con que se acompañaba cada iniciativa de reforma.

Aunque hubo iniciativas de reforma constitucional generadas por los partidos de oposición que tenían representación en el Congreso de la Unión, ninguna de ellas pudo prosperar debido a la abrumadora presencia del PRI en ambas Cámaras.

Se cerraba de esa manera un círculo perverso y regresivo que además estaba condenado a perpetuarse gracias al poco contacto de los constitucionalistas mexicanos con sus colegas de otros países. Solamente una pequeña elite de juristas tuvo contacto durante esos años con la literatura constitucional generada fuera de nuestras fronteras. Las sentencias de tribunales extranjeros o internacionales no eran conocidas y lo poco que llegaba se solía rechazar con la excusa de que podía servir como elemento extranjerizante, lo que podía poner en riesgo (no se sabe de qué forma) la soberanía y la unidad del país.

Esta forma de concebir la Constitución se mantenía a sí misma a salvo en la medida en que los puestos clave que podían hacer una interpretación constitucional con efectos prácticos eran ocupados por mandato presidencial y siempre se hacían recaer en miembros del partido oficial o personas vinculadas con su ideología. Era impensable que en esa época hubiera surgido en la Suprema Corte de Justicia de la Nación un ministro que fuera “el gran disidente” a la manera en que lo fueron Oliver Wendell Holmes o John Harlan Marshall en la Corte de los Estados Unidos. Incluso en la actualidad se mantiene la idea de nombrar a personas con “bajo perfil”, que administren con visión burocrática las instancias de decisión del Estado mexicano. No cabe, en este contexto, extrañarse de que la mediocridad galope a sus anchas en tales instancias.

Tampoco hubiera sido posible que durante la época de mayor esplendor del PRI hubiera surgido una voz crítica desde el sector académico. Hubo alguna, como la del conocido maestro de la Facultad de Derecho de la UNAM Ignacio Burgoa, que

a mediados de los años sesenta comenzó a elevar críticas coyunturales ante las violaciones de sentencias de amparo o de autos de suspensión. No tuvieron el menor efecto en la práctica, aunque sirvieron a su autor para hacerse fama de abogado que peleaba decididamente contra el gobierno. Muchos jóvenes acudieron masivamente a escuchar su clase en la Facultad de Derecho y a leer sus libros, los cuales sin embargo se fueron quedando cada vez más atrás por cuanto hace a su actualización doctrinal y bibliográfica.

La literatura constitucional más conocida e influyente durante los primeros 60 años del siglo xx fue la producida por Emilio Rabasa, Manuel Herrera y Lasso, Felipe Tena Ramírez e Ignacio Burgoa. Algunos de estos autores adoptaron una cierta actitud crítica con el texto constitucional de 1917 y con su antecesor de 1857. Particularmente lúcido en su crítica fue Manuel Herrera y Lasso, quien se atrevió a escribir sobre los “enormes disparates técnicos de la Constitución”. También Rabasa había sido muy crítico con la Constitución de 1857, pero no había acertado a proponer una evolución del Estado mexicano en sentido democrático, sino que por el contrario había sugerido como cura para los defectos constitucionales la instauración de la dictadura.

A partir de las cátedras de los autores mencionados se van formando generaciones de discípulos que continúan con sus propias líneas metodológicas el estudio de la Constitución de 1917. La enorme mayoría se aglutina en dos centros docentes que durante muchos años fueron los más importantes de México: la Facultad de Derecho de la UNAM y la Escuela Libre de Derecho. La primera estuvo tradicionalmente más ligada al PRI y en la segunda tuvieron cabida algunos militantes distinguidos del Partido Acción Nacional (PAN), que en la práctica era el único partido que hacía algún tipo de oposición al PRI; los demás partidos políticos que existían entonces eran alimentados por el partido oficial para simular que había competencia electoral.

Si la venta de libros fuera un indicador de la influencia de los constitucionalistas que desarrollan tareas académicas, entonces la palma del siglo XX se la llevarían Felipe Tena Ramírez con su libro *Derecho constitucional mexicano* e Ignacio Burgoa con sus textos de *Garantías individuales y sociales* y *El juicio de amparo*. Los tres llevan actualmente el sello de la Editorial Porrúa y aparecieron en la primera mitad de los años cuarenta. De entonces a nuestros días deben haberse vendido de cada uno de ellos cerca de 300,000 ejemplares (quizá algunos más de *El juicio de amparo* de Burgoa, que ha pasado ya de 40 ediciones).

3

Luego de años y años de inmovilidad intelectual y de una mediocre interpretación constitucional a cargo tanto de los académicos como de los jueces, el escenario mexicano comienza a cambiar en los años setenta. En el campo judicial destacan algunas sentencias redactadas por un personaje sin igual, buen lector de las decisiones de la Suprema Corte de Estados Unidos y dotado de un espíritu libertario como no ha habido otro en la judicatura nacional: don Guillermo Guzmán Orozco. Aunque sus pronunciamientos no podían ser más que leves molestias para un régimen que ya para entonces era en verdad paquidérmico, sirvieron para sembrar algunas semillas de progresismo judicial que serían aprovechadas décadas después por sus sucesores, sobre todo en la jurisdicción del amparo en materia administrativa.

En la arena académica se produce un cambio radical de enfoques cuando se publica la tesis doctoral de un joven y brillante profesor de la UNAM. *El presidencialismo mexicano* de Jorge Carpizo causó una convulsión en los estudios constitucionales. Desde el punto de vista metodológico se atrevió a

saltar los confines que limitaban los estudios constitucionales a la realización de la exégesis de las exposiciones de motivos; Carpizo mezcló en su tesis doctoral elementos de análisis político, sociológico, económico y desde luego jurídico. Pero además enderezó por medio de un aparato conceptual rigurosamente científico una crítica feroz contra los excesivos poderes del presidente de la República. El texto forma parte desde su aparición de las lecturas obligatorias en los cursos de derecho constitucional tanto de las escuelas de derecho como de las de ciencias políticas.

Años antes de la publicación de la obra de Carpizo (que también es autor de otro libro clásico en la materia, originalmente presentado como tesis de licenciatura en la Facultad de Derecho de la UNAM: *La Constitución mexicana de 1917*) comenzó a publicar una cantidad impresionante de artículos, reseñas y comentarios Héctor Fix Zamudio, formado bajo la tutela intelectual de Niceto Alcalá Zamora y Castillo, eminente procesalista español que radicó en México durante varias décadas (y que también es responsable en parte de la formación inicial de Sergio García Ramírez, quien seguramente es el mejor penalista mexicano nacido en el siglo XX). Las propuestas de Fix sobre el juicio de amparo y sus alcances fueron en su momento (a partir de la primera mitad de los años sesenta) y siguen siendo todavía hasta nuestros días, de gran originalidad. Su metodología ha estado basada en buena medida en el derecho comparado, lo que ha permitido avances sustanciales para el constitucionalismo mexicano. Gracias a la visión orientadora de Fix Zamudio y luego de muchos años de haberlas propuesto, se terminaron incorporando al ordenamiento jurídico mexicano instituciones tan relevantes para el entramado constitucional como el *ombudsman* y los consejos de la judicatura.

El talento de Fix y su enorme capacidad de trabajo lo llevaron a ocupar un sitio en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la que llegó a ser presidente (como años

después lo ha sido también el ya mencionado Sergio García Ramírez). Es el peldaño más alto que un constitucionalista mexicano ha ocupado.

La presencia de Fix, así como el trabajo constante que ha desarrollado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM permitió el surgimiento de una nueva generación de constitucionalistas, muchos de los cuales tuvieron la oportunidad de formarse en cursos de posgrado del extranjero, lo cual inyectó nuevas perspectivas al panorama constitucional mexicano. Sería imposible mencionar a los centenares de discípulos de Fix Zamudio o a las personas que gracias a él se fueron vinculando al Instituto de Investigaciones Jurídicas; para poner solamente algunos ejemplos podemos mencionar al propio Jorge Carpizo (que también fue discípulo de Mario de la Cueva), Diego Valadés, José Francisco Ruiz Massieu, Mario Melgar Adalid, J. Jesús Orozco, Manuel González Oropeza, José Luis Soberanes, Salvador Valencia Carmona, Arturo Zaldívar, Eduardo Ferrer MacGregor, entre otros muchos.

4

La producción constitucional mexicana tuvo un giro completamente radical en los años noventa, cuando una nueva generación comienza a publicar sus trabajos de investigación y muchos temas hasta entonces no estudiados se asoman al escenario académico mexicano. El centro de dicha producción sigue siendo (como lo ha sido desde los años setenta) el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pero también hay aportaciones muy importantes realizadas desde la Escuela Libre de Derecho, la Universidad Iberoamericana, la Universidad Panamericana, el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

La trinchera académica se comienza a nutrir por primera vez en la historia de forma numerosa de monografías que estudian aspectos determinados de la Constitución mexicana. Poco a poco las monografías comienzan a competir –sin desplazarlos, desde luego– con los grandes manuales de los años cuarenta. La mayoría de esos trabajos, sin embargo, se enfocan a la parte orgánica de la Constitución, siendo muy poca la atención que se pone al tema de los derechos fundamentales (con excepción de los múltiples estudios dedicados a analizar las funciones, competencias y procedimientos desarrollados por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones estatales en la materia, que obtienen rango constitucional en 1992).

A partir de 1994 surge un tema que seguramente mantendrá la atención de los constitucionalistas durante los años por venir: el de la nueva Constitución. La transición democrática y la apertura hacia el exterior, sumadas a la mayor circulación de las ideas y experiencias constitucionales de otros países, hicieron que varios autores se comenzaran a preguntar si la consolidación democrática se podía realizar contando con un texto constitucional creado, reformado y operado durante el régimen autoritario en el que el PRI fue el partido hegemónico. En los años recientes la propuesta de dejar atrás el texto constitucional de 1917 ha ido ganando lentamente adeptos, si bien la posibilidad de convocar a un congreso constituyente sigue pareciendo remota.

5

A inicios del siglo XXI tenemos una perspectiva radicalmente distinta de la que tuvieron los estudiosos de comienzos del siglo XX. Para empezar, hoy en día existe en México una comunidad de constitucionalistas que trabajan sin descanso para

dotar al país de mejores instituciones, de análisis más rigurosos y de libros de texto y monografías más actualizados y modernos. En buena medida, el trabajo de esta generación ha sido posible debido al apoyo que desde el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM han prestado Fix Zamudio, Carpizo, Soberanes y Valadés, gracias al cual muchos de sus integrantes han podido cursar estudios de posgrado en el extranjero.

Con el tiempo la nueva generación de constitucionalistas irá cambiando la forma en que se entiende el derecho constitucional e irá influyendo la actuación de los órganos más importantes del Estado mexicano. Habrá una gran diferencia cuando quienes actualmente leen en sus clases de derecho constitucional a Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Francisco Rubio Llorente, Pedro de Vega, Laurence Tribe, Cass Sunstein, Carlos Nino, Owen Fiss, Ronald Dworkin, además de a los autores mexicanos más importantes, lleguen a ocupar los cargos de ministro de la Suprema Corte o cuando sean elegidos senadores, diputados o presidentes de la República. Ese momento tarde o temprano llegará y para entonces estaremos, sin duda alguna, en un México que no caminará más sobre la ruta de la evasión que por tanto tiempo transitaron los constitucionalistas mexicanos.

Las fronteras y los derechos fundamentales

¿PARA QUÉ SIRVEN LAS FRONTERAS?

Actualmente las fronteras tienen un uso principalmente discriminador: sirven para determinar quién entra en la comunidad política y quién permanece fuera. La decisión se basa siempre en razones que no aceptaría nadie si se tratara de un asunto diferente. Por ejemplo: ¿aceptaríamos que a una persona se le impidiera atenderse en un hospital público por no haber nacido en un cierto país? ¿Nos parecería razonable que un menor de edad no pudiera estudiar por no tener X o Y nacionalidad?¹²⁰ La única respuesta posible es: no. ¿Por qué entonces vemos como natural que a las personas se les impida ejercer la libertad de tránsito que establecen todas las constituciones de los países democráticos y un número considerable de tratados internacionales de derechos humanos? ¿Por qué subordinamos el ejercicio de dicha libertad al cumplimiento de requisitos que son notablemente discriminatorios?¹²¹

¹²⁰ El tema de la discriminación en el acceso a financiamiento para las escuelas públicas que atienden mayoritariamente a migrantes llegó hasta la mesa de la Suprema Corte de Estados Unidos y provocó una interesante polémica desde el punto de vista jurídico; véase al respecto Paul A. Sracic, *San Antonio V. Rodríguez and the pursuit of equal education*, Lawrence, University Press of Kansas, 2006.

¹²¹ Una reflexión complementaria sobre el tema puede verse en Miguel Carbonell, “¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?”, en *Este País. Tendencias y opiniones*, núm. 189, México, diciembre de 2006, pp. 4-12.

Tal parece que las fronteras se han instalado también en la mentalidad de algunos teóricos: no se cuestionan, se aceptan como algo ya dado, como un hecho no reversible.¹²² ¿Pero es ésta una actitud que corresponda con la mentalidad crítica que debe animar cualquier ejercicio de la inteligencia? ¿Cómo es que intelectuales tradicionalmente críticos con muchas áreas del acontecer social enmudecen cuando se les pregunta sobre la justicia o la pertinencia del uso de las fronteras?

Quizá es por esta especie de “conspiración silenciosa” que agudos analistas como Ermanno Vitale señalan la insatisfacción que produce mirar a los filósofos de la política más destacados de nuestro tiempo, que hacen caso omiso en sus construcciones teóricas de los migrantes, de los rostros de esa humanidad que camina de un lado a otro, asediada desde tantos flancos.

Quizá se piense que cuestionar las fronteras es un ejercicio utópico, más propio del diletantismo académico que del rigor que debe acompañar a la ciencia jurídica en todas sus manifestaciones. En realidad, más bien parece que la falta de crítica respecto de las fronteras y de su utilización refleja una actitud claudicante de la ciencia jurídica, una especie de renuncia tácita para entrar a combatir con una noción (la de “frontera”) que parece estar ya instalada para siempre como un presupuesto necesario y no removible de todos nuestros enfoques. La pregunta importante es si la ciencia jurídica debería seguir así o si por el contrario se podrían adelantar algunas hipótesis para remontar la actual situación de renuncia por parte de los especialistas y estudiosos.

Desde el ámbito del derecho constitucional se han hecho algunos esfuerzos, por desgracia todavía minoritarios, anclados casi todos ellos al concepto de “constitucionalismo global” que ha venido construyendo por ejemplo Luigi Ferrajoli en

¹²²Véanse al respecto los importantes planteamientos que hace Will Kymlicka en *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.

varios de sus trabajos¹²³ y que en México ha sido objeto de un muy relevante ensayo de Rodrigo Brito Melgarejo.¹²⁴ De hecho, la noción misma de “constitucionalismo global” indica la necesidad de prescindir de las fronteras, al menos tal como se las entiende actualmente, para avanzar hacia una protección universal de los derechos fundamentales, comenzando por la protección de la libertad de tránsito.

El constitucionalismo global (también llamado cosmopolitismo constitucional) toma en consideración la necesidad de abrir las fronteras a los derechos en términos semejantes a lo que ya sucede para los bienes que están en el comercio. No deja de resultar paradójico que hoy en día cualquier objeto o sustancia (legal y, en muchas ocasiones, ilegal) pueda atravesar cualquier frontera, pero que las personas sean detenidas y criminalizadas si intentan hacerlo.

La globalización permite que una señal de satélite pueda atravesar todo el planeta en cuestión de segundos y llegar hasta un aparato receptor se encuentre donde se encuentre. Las inversiones de capital, la compraventa de divisas, la transmisión electrónica de datos y las ondas de radio no se detienen ante ninguna patrulla fronteriza, ni deben cargar con pasaporte. No sucede lo mismo, sin embargo, con las personas, que no han visto en la globalización una oportunidad para poder mudar su lugar de residencia. O mejor dicho, sí que han tenido esa oportunidad en virtud de los avances en los transportes, pero frente a las posibilidades de movilidad que ofrecen las nuevas tecnologías los Estados han contestado fortaleciendo sus controles fronterizos, endureciendo sus leyes migratorias y permitiendo retrógradas manifestaciones de xenofobia y racismo dentro de sus territorios. Roberto Toscano describe con mucho

¹²³ Algunos de ellos han sido reunidos en Luigi Ferrajoli, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2005.

¹²⁴ Rodrigo Brito Melgarejo, *Constitucionalismo global*, México, Porrúa, 2005.

acierto el nuevo papel de los Estados en su tarea de reprimir la libre circulación de las personas, antes que la de las mercancías: “Incapaces ya de controlar los flujos del capital, la localización de las empresas, los tipos de cambio de la moneda, los Estados demuestran una patética crueldad compensatoria en el control de las fronteras, en la vigilancia de la entrada de los *diversos*, en la tentativa de excluirlos”.¹²⁵ Danilo Zolo ha afirmado, con razón, que la contestación de los Estados frente al fenómeno migratorio, que se concreta en expulsiones y persecuciones, o a través de la negación de la calidad de sujetos a los inmigrantes, “está escribiendo y parece destinada a escribir en los próximos decenios las páginas más luctuosas de la historia civil y política de los países occidentales”.¹²⁶

¿QUÉ DERECHOS PARA QUIENES CRUZAN LAS FRONTERAS?

Para quienes se dedican al estudio del derecho las fronteras plantean cuestiones adicionales a las ya señaladas: ¿qué pasa cuando una persona logra superar una frontera, a veces de forma “ilegal”, y se interna en el territorio de un país que no es el suyo? ¿Una persona que no cuente con un cierto estatus migratorio pierde por esa razón el resto de sus derechos? ¿Puede ser asesinada, discriminada, rechazada en una asociación, impedida para afiliarse a un sindicato, restringida en su libertad de expresión? Si la respuesta a las anteriores cuestiones es negativa (es decir, si contestamos que no se le pueden condicionar a un migrante irregular sus derechos fundamentales en virtud de no contar con un estatuto migratorio deter-

¹²⁵ Roberto Toscano, “Interrogantes éticos sobre la globalización” en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), *Estado constitucional y globalización*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2003, p. 59.

¹²⁶ Danilo Zolo, “La strategia della cittadinanza” en Danilo Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2a. ed., Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 42.

minado), entonces saltan nuevas preguntas: ¿una persona que se encuentre irregularmente en el territorio de un país que no es el suyo qué derechos tiene? Si se le pueden restringir algunos de sus derechos, pero no otros, ¿cómo saber en qué casos procede la limitación y en qué otros casos no procede?

Algunos de estos cuestionamientos le fueron planteados hace unos años a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La solicitud para que la Corte emitiera una opinión consultiva al respecto provino del gobierno de México, como parte de una estrategia de litigio en el conocido “Caso Avena”, que se ventiló ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya.¹²⁷ El “Caso Avena” estaba referido a la condena a pena de muerte que diversos jueces estadounidenses habían impuesto a ciudadanos mexicanos acusados de haber cometido delitos que conllevan dicha sanción. El gobierno mexicano había demandado al estadounidense ante los tribunales internacionales debido a que a muchos de esos ciudadanos no se les había respetado el derecho a la asistencia consular. Este derecho consiste en la obligación que tienen las autoridades de un país, cuando detienen a una persona extranjera, de avisar a su representación consular a fin de que pueda asistir legal, psicológica e incluso económicamente a su conacional. Si no se cumple con este requisito, que se debe verificar tan pronto como ocurre la detención, se violan una serie de normas del derecho internacional de los derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en respuesta a la solicitud del Estado mexicano, emitió la Opinión Consultiva 16/99.¹²⁸

¹²⁷ Juan Manuel Gómez Robledo, “El caso Avena (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 5, México, 2005, pp. 173-220.

¹²⁸ Su texto puede ser consultado en Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, t. II, 2a. ed., México, CNDH, Porrúa, 2003, pp. 1003-1097.

En su Opinión la Corte considera que existe un derecho a la libre comunicación entre el nacional de un Estado que se encuentra privado de su libertad y la representación consular de ese mismo Estado (párrafo 78). Ese derecho de libre comunicación tiene un doble propósito: “reconocer el derecho de los Estados de asistir a sus nacionales a través de las actuaciones del funcionario consular y, en forma paralela, reconocer el derecho correlativo de que goza el nacional del Estado que envía para acceder al funcionario consular con el fin de procurar dicha asistencia” (párrafo 80). La asistencia consular comprende varias cuestiones; entre ellas la Corte menciona el otorgamiento o contratación de patrocinio letrado, la obtención de pruebas en el país de origen, la verificación de las condiciones en que se ejerce la asistencia legal y la observación de la situación que guarda el procesado mientras se halla en prisión (párrafo 86).

El derecho de libre comunicación crea, a su vez, una obligación para el Estado receptor. Las autoridades que detienen por cualquier motivo a un extranjero, deben hacerle saber que tiene derecho a comunicarse con su representación consular. Dicha obligación no está condicionada por ningún requisito; en su caso, la persona detenida puede decidir libremente no hacer uso de su derecho.

¿Porqué es importante esta Opinión Consultiva? Porque reconoce, en primer término y sin dejar lugar a dudas, que los inmigrantes ilegales tienen derechos. Se podrá discutir qué derechos tienen y con qué alcance debe respetárselos un Estado que no es el suyo, pero lo que queda claro a partir del pronunciamiento de la Corte es que un inmigrante no es una especie de *res nullius*, sino que sigue siendo un sujeto de derechos.

En este contexto, México tiene, en el terreno de las fronteras, un doble interés (o, si se quiere, una doble responsabilidad): por un lado, comparte su línea fronteriza con uno de los principales focos de atracción de las migraciones contemporáneas, que es Estados Unidos, país conformado –aunque a veces se olvide– por inmigrantes desde el siglo XVIII; por otra parte, México es un país por cuyo territorio circulan un buen número de migrantes, los cuales buscan atravesar las fronteras mexicanas, a veces en ruta hacia Estados Unidos, pero otras veces para quedarse en suelo nacional. ¿Cómo se comporta México en este doble escenario? Me parece que, respecto de los migrantes mexicanos que intentan cruzar hacia Estados Unidos, las autoridades han demostrado una actitud mesurada, pero inteligente: han abogado por la defensa de los derechos de los migrantes, en el terreno jurídico, y han intentado empujar (sin mucho éxito) una reforma migratoria profunda en Estados Unidos, desde una perspectiva política.

En el frente interno, sin embargo, la política migratoria mexicana es una verdadera vergüenza. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha constatado en varios informes y recomendaciones el permanente abuso que las autoridades mexicanas realizan sobre los migrantes que se internan en el país, sobre todo si entran por la frontera sur de México.¹²⁹

Con frecuencia son asaltados con la complacencia o la participación directa de la policía, se les discrimina, no se les respeta su derecho de audiencia (son deportados sin que puedan interponer un recurso judicial para que se verifique la legalidad de su expulsión) y se les mantiene privados de su libertad

¹²⁹ El problema es de tal gravedad que la CNDH tuvo que dedicarle una Recomendación general solamente a una de las expresiones del mismo; se trata de la RG número 13, expedida el 15 de noviembre de 2006, sobre el tema de la práctica de verificaciones migratorias ilegales.

en condiciones infrahumanas (las estaciones migratorias han sido objeto de un sinnúmero de observaciones y recomendaciones de la CNDH, sin que hasta el momento se haya hecho nada por mejorar el trato que se les da a los migrantes detenidos).¹³⁰

Los dramas de los migrantes, cuya narración podría ocupar centenares o incluso miles de páginas, comienzan en las fronteras. Esas vallas de separación, de segregación, de discriminación y, sobre todo, de vergüenza. ¿No es momento de comenzar a cuestionarlas? ¿No ha llegado la hora de que los científicos sociales comiencen a preguntar sobre el uso que se les da o todavía más: sobre el trazado que tienen actualmente las fronteras? ¿Por qué debemos aceptar que las fronteras sirvan para mantener como condenados al subdesarrollo a millones de personas o que sean la excusa para que a otras se les otorgue un trato indigno?

CONCLUSIÓN

En suma, lo que tenemos frente a nosotros es un panorama extremadamente complejo, sobre cuyos problemas deben estar advertidos los científicos sociales. Pero de esa complejidad y de esa problemática tan ardua no puede derivarse un llamamiento a la simple contemplación. Por el contrario, hoy las ciencias sociales y concretamente la ciencia jurídica tienen sobre sus espaldas la enorme responsabilidad de imaginar rutas alternativas y de ofrecer debates que cuestionen los efectos más negativos que las fronteras tienen sobre millones de vidas humanas.

De la misma forma, la ciudadanía no puede ni debe permanecer pasiva, esperando que las soluciones lleguen de los go-

¹³⁰ Sobre la situación de las estaciones migratorias hay incluso un informe especial de la CNDH, dado a conocer en el año 2005, consultable en www.cndh.org.mx.

biernos o de las instituciones internacionales. La respuesta a muchos problemas sigue estando, hoy como ayer, en nuestras manos. Pero esa solución requiere de una sociedad alerta, permanentemente crítica y movilizadada, capaz de hacer valer sus derechos en, fuera e incluso contra los órganos estatales e internacionales, cuestionando la pertinencia y la legitimidad de las fronteras, al menos tal como están concebidas en la actualidad.

Ni los ciudadanos ni mucho menos los científicos sociales pueden desatender las responsabilidades señaladas argumentando que frente a la complejidad de los problemas es muy poco lo que puede hacerse y que muchas de las alternativas que se señalan al actual trazado de las fronteras son simplemente utópicas, lo cual haría inviable cualquier intento de respuesta teórica alternativa. Como señala Ferrajoli, hay que distinguir entre los problemas políticos y los problemas teóricos. No se puede presentar como utópico o irrealista lo que simplemente no se quiere hacer porque no conviene a ciertos intereses políticos dominantes, lo cual, en esa virtud y solamente por ella, presumiblemente no se hará. No hay que confundir realismo con conformismo, pues éste segundo sirve solamente para legitimar y apoyar como algo inevitable lo que obviamente es obra de las personas, sobre lo cual tienen una buena parte de responsabilidad los poderes políticos y económicos que son, hoy en día, hegemónicos.

Capítulo 8

El futuro de la Constitución

El 5 de febrero de 1917 fue publicada la Constitución que actualmente nos rige. Al día siguiente, como si fuera premonitorio, aparecía en el *Diario Oficial* una fe de erratas. De entonces hasta ahora se le han hecho a la Constitución unas 600 modificaciones, contenidas en casi 179 decretos de reforma (hasta los primeros días de junio de 2008); es decir, hemos cambiado nuestro código supremo unas seis veces cada año, lo que equivale a una modificación cada dos meses durante más de 90 años consecutivos.

Cualquier lector, incluso un lector informado, podría preguntarse si ese número aparentemente tan grande de modificaciones es usual para este tipo de textos. En otras palabras, la pregunta que surge es si nuestra Constitución ha sido mucho más reformada que otras. Podemos recurrir a dos ejemplos cercanos para dar con la respuesta. La Constitución de Estados Unidos es de 1787; tiene, por tanto, 220 años de haber sido expedida. Hasta el día de hoy se le han hecho 27 enmiendas, es decir, una cada ocho años. Segundo ejemplo: la Constitución española de 1978, con 30 años de vida, ha sufrido una modificación; sí, una sola, producto de un tratado de la entonces Comunidad Europea firmado en 1992 en la ciudad holandesa de Maastrich, que entre otras cuestiones preveía permitir el sufragio de los no nacionales en las elecciones municipales.

La respuesta a la pregunta planteada, a la luz de los ejemplos citados, parece obvia: la Constitución mexicana ha sido

inusualmente reformada. Ha sufrido constantes modificaciones, las cuales han hecho muy complicada la tarea de conocerla, en primer lugar, y de interpretarla adecuadamente, en segundo término.

Ahora bien, el mismo lector podría pensar que, a la luz de tantas reformas, es probable que tengamos una Constitución bastante “actualizada”, por decirlo de alguna manera. Creo, sin embargo, que no es así. De hecho, parte del debate público nacional de los últimos años ha consistido precisamente en la necesidad de abordar nuevas reformas a nuestra Carta Magna. Para algunos se trataría de llevar a cabo modificaciones puntuales, para arreglar simples detalles de funcionamiento. Para otros las reformas deben ser profundas, pues se necesita –según ellos– hacer surgir un Estado prácticamente nuevo. Para algunos más lo que se requiere es avanzar hacia un nuevo texto constitucional, desechando por completo el que tenemos actualmente.

Como quiera que sea, lo cierto es que parece inevitable la necesidad de proceder a realizar, al menos, algunas reformas constitucionales más. En su mayor parte tales reformas deben servir para “normalizar” algunas instituciones de la democracia mexicana que siguen estando fuera del parámetro internacionalmente aceptado sobre diseños institucionales. Pongo un ejemplo: debemos modificar los artículos 59 y 116 para permitir la reelección consecutiva de los legisladores federales y locales. La reelección legislativa es ampliamente aceptada por casi todos los países democráticos (en América Latina solamente México y Costa Rica no la prevén); a través de la reelección o no reelección se llama a cuentas a los representantes populares, los cuales de otra manera sólo deben mostrar fidelidad hacia los dirigentes de los partidos que los pueden postular hacia un nuevo cargo. Igualmente, deberíamos pensar en permitir la reelección de presidentes municipales, como una forma de ir profesionalizando la gestión de ese nivel de gobierno y como un incentivo para la rendición de cuentas.

Otro ejemplo: hay que caminar hacia un diseño institucional que permita la autonomía de los órganos encargados de la procuración de justicia.¹³¹ En muchos países plenamente democráticos las agencias encargadas de investigar y perseguir los delitos tienen autonomía respecto del Poder Ejecutivo. En México el procurador general de la República y los procuradores estatales dependen del presidente y de los gobernadores, respectivamente. Esa dependencia no impide, al menos en teoría, que el desempeño de las procuradurías se lleve a cabo de forma imparcial y apegada a la ley. Pero hay elementos que nos permiten sospechar que esto no se verifica en la práctica, o al menos no en todos los casos. La falta de autonomía de los fiscales ha producido en el pasado y seguirá produciendo en el futuro fundadas sospechas sobre el uso partidista de la acción penal. En algunos casos se decide no investigar ciertas conductas delictivas cuando son cometidas por personas que tienen la misma filiación partidista que el gobierno en turno o que son cercanas (incluso familiares) a los gobernantes. En otros se integra una averiguación previa bastante ligera y luego se le hecha la culpa a los jueces por no haber condenado al presunto responsable. Si queremos combatir a fondo la corrupción deberemos darle autonomía a los órganos encargados de procurar justicia.

Otras reformas deberían tener como objetivo “adelgazar” el texto constitucional. La Constitución se ha ido expandiendo continuamente en las últimas décadas, sobre todo desde el gobierno de Miguel de la Madrid. Los partidos políticos han visto a la Constitución como un elemento de garantía de sus propios proyectos. Esto ha propiciado, por ejemplo, que los partidos que eran la oposición al PRI hayan intentado y logrado ampliar desmesuradamente la regulación constitucional de

¹³¹ Véase al respecto el punto de vista de varios de los autores que participan en Miguel Carbonell (coord.), *Retos y perspectivas de la procuración de justicia*, México, UNAM, 2004.

los municipios (artículo 115) y del Distrito Federal (artículo 122). Hoy tenemos en la Constitución una suerte de “mini-constitución” municipal y algo muy parecido para el caso del DF. Habría que llevar esos contenidos constitucionales a algún otro tipo de norma; podría ser por ejemplo alguna “ley orgánica” o un “Estatuto constitucional” en el caso del DF.

Lo importante es tener claridad respecto de lo que debe contener y no lo que no debe contener una Constitución. Las constituciones deben ser breves para poder ser comprendidas por todos sus destinatarios. Las constituciones no son códigos civiles ni reglamentos de tránsito. Los textos constitucionales deben limitarse a establecer los principios generales de la vida en sociedad, las grandes decisiones del diseño institucional y los derechos fundamentales de todas las personas. Lo demás debe quedar dentro de la competencia del legislador ordinario, y por tanto sujeto a la discusión que cotidianamente tiene que producirse en los ámbitos parlamentarios.

Aparte de lo anterior, que no es poco, cualquier reflexión sobre nuestro texto constitucional debe suscitar al menos una cuestión adicional: ¿qué hay que hacer para que la Constitución se cumpla más? Se trata de una pregunta que mira hacia la *eficacia* de las normas constitucionales. Es importante esta cuestión, que a veces se da por hecha, ya que de otra forma permaneceremos condenados a tener constituciones puramente simbólicas, que no despliegan efectos prácticos en la vida de sus destinatarios. No ha sido infrecuente, en general en toda América Latina, el uso puramente retórico de los textos constitucionales. Poner cosas en la Constitución sin que luego se esté dispuesto a cumplirlas ha sido una actitud común entre todo tipo de gobiernos de la región. Por eso es que junto a las “reformas normalizadoras” que ya se han mencionado, el futuro de la Constitución mexicana depende en buena medida de que estemos dispuestos a cumplirla.

¿Reforma del Estado o nueva Constitución?

INTRODUCCIÓN

Casi nadie duda de la necesidad de realizar una reforma más o menos profunda a nuestro texto constitucional. Parece haber un cierto consenso académico y político sobre la pertinencia de tal reforma,¹³² si bien es cierto que existe una diversidad de opiniones acerca de dos de sus aspectos más relevantes: a) ¿qué tan profunda debe ser la reforma?, y b) ¿qué procedimiento es más adecuado para llevarla a cabo?

La primera cuestión tiene que ver con los aspectos de contenido o materiales: ¿qué se debe reformar y qué se debe mantener? En lo que hay que reformar: ¿habrá que proceder a una reforma “fundacional” o basta con una serie de modificaciones “de ajuste”? En el caso de que reforma sea de tipo “fundacional”: ¿existe algún modelo que nos pueda ser de utilidad o habría que intentar seguir una ruta propia, distinta de la que han explorado otros países?

El segundo tema se refiere a aspectos procedimentales o de forma: ¿qué pasos formales se deben dar para la realización de una reforma como la que se necesita? ¿Es mejor abordar los cambios a través de la ruta tradicional prevista en el artículo 135 de la Constitución de 1917 o bien es preferible

¹³²Las razones que sustentan tal consenso han sido explicadas con amplitud por César Cansino, *El desafío democrático. La transformación del Estado en el México postautoritario*, México, CEPACOM, 2004.

convocar a un congreso constituyente? En caso de convocar a un constituyente: ¿quién emitiría la convocatoria y con qué facultades? ¿Cómo se integraría la asamblea constituyente? ¿Cuánto tiempo tendría para redactar una nueva Constitución? ¿Quién estaría facultado para presentar un primer borrador? ¿Estaría condicionada su entrada en vigor a la ratificación popular a través de un referéndum?¹³³

Como puede verse, hay todavía muchas dudas que es necesario despejar antes o durante el tránsito hacia una modificación profunda de nuestra Constitución. En las siguientes páginas intentaré ofrecer algunos elementos para ir pensando en las posibles respuestas, en el entendido de que cualquier análisis completo sobre el tema debería llevarse a cabo en un espacio mucho mayor al que tiene este ensayo. Lo que sigue son simplemente algunas consideraciones académicas sobre el gran tema de la democracia constitucional mexicana del presente: la necesidad de reformarse para avanzar hacia una etapa de mayor fortaleza y consolidación, alejándose de esa manera del peligro nada incierto que supondría un retorno al autoritarismo.

CONTENIDOS POSIBLES DE LAS REFORMAS

Respecto del contenido de las reformas, conviene poner por separado los dos grandes temas del constitucionalismo, tal como fueron definidos por el conocido artículo 16 de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789: la división de poderes y los derechos humanos. Comencemos por los derechos.¹³⁴

¹³³ Varias de estas preguntas han sido analizadas por Jaime Cárdenas, "El procedimiento para la revisión integral de la Constitución de 1917", en *Cuestiones constitucionales*, núm. 12, México, enero-junio de 2005, pp. 73 y siguientes.

¹³⁴ Algunas propuestas adicionales sobre el mismo tema pueden verse *infra* en el ensayo titulado "Reforma del Estado y derechos fundamentales: algunas propuestas".

En términos generales hace falta que la futura reforma a la Constitución mexicana sea capaz de darle coherencia y sistematicidad al capítulo de los derechos, características que hoy no tiene.¹³⁵ Habría por tanto que proceder a una revisión de la manera en que se enuncian los derechos, el orden en el que aparecen, la forma en que se agrupan, etcétera. Además, habría que modernizar al catálogo de derechos, agregando algunos que hoy no están recogidos, como por ejemplo el derecho al honor, el derecho a la propia imagen, el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la renta básica, el derecho al agua, el derecho a la alimentación, las acciones afirmativas, entre otros.¹³⁶

Respecto a los derechos que ya existen habría que proceder a mejorar algunos aspectos sumamente deficientes; por ejemplo, todo el capítulo de los derechos de las personas sujetas a un proceso penal, de las víctimas de los delitos y de las personas sentenciadas a penas privativas de la libertad merece una revisión a fondo. El propósito de tal revisión debería ser el de incorporar un modelo acusatorio de proceso penal, en el que predomine el principio de oralidad, se respete la presunción de inocencia, se inhiba o prohíba tajantemente el uso de pruebas ilícitamente obtenidas, se exija al legislador penal que respete los principios de taxatividad, proporcionalidad y lesividad, se permitan salidas alternativas al proceso penal, se aseguren condiciones de dignidad para las personas sentenciadas dentro de los espacios de las cár-

¹³⁵ Argumentos adicionales al respecto pueden encontrarse en Miguel Carbonell, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, UNAM-CNDH, 2007.

¹³⁶ Aunque no están previstos expresamente en nuestra Constitución, me he permitido analizar estos derechos en Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM-CNDH, 2006.

celes y se premie no la integración de un expediente, sino la búsqueda efectiva de la verdad material.¹³⁷

Habría que moderar el uso actualmente excesivo de la prisión preventiva; se estima que en México existen aproximadamente –la cifra varía día con día– unas 210 mil personas privadas de su libertad;¹³⁸ de ellas, un 40 por ciento se encuentran en régimen de prisión preventiva, es decir, no existe una sentencia de un juez que los haya declarado responsables de la comisión de una conducta delictiva, sin embargo están tras las rejas, cumpliendo una especie de “condena anticipada” por un hecho que legalmente no ha sido todavía acreditado.¹³⁹

Esta situación es contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por lo que debe ser inmediatamente modificada; para ello es necesario derogar la figura de los “delitos graves”, a partir de la cual una persona acusada por uno de esos delitos no tiene derecho a la libertad caucional.

Ahora bien, en virtud de que la Constitución no define qué debe considerarse como delito grave, el legislador ordinario (tanto federal como local) ha ido inflando el catálogo de delitos graves hasta tal punto que actualmente la regla es que todo sea grave (y no exista derecho a la libertad caucional) y la excepción es que se trate de delitos no graves, al

¹³⁷ Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 4a. ed., México, UNAM, Porrúa, RENACE, 2009.

¹³⁸ El mantenimiento de los poco más de 450 establecimientos penitenciarios que existen en México le cuestan a los contribuyentes más de 12 mil millones de pesos anuales; casi 30 millones de pesos diarios. Véase al respecto Guillermo Zepeda Lecuona, “El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México”, en *Panorama internacional sobre justicia penal. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (Olga Islas y Sergio García Ramírez, coords.), México, UNAM, 2007, p. 233.

¹³⁹ Guillermo Zepeda Lecuona, “El uso excesivo e irracional...”, *op. cit.*, p. 231.

revés de como debería ser de acuerdo con la Convención Americana.¹⁴⁰

Como puede verse, se trata, solamente en el capítulo del proceso penal, de un cambio de fondo respecto al paradigma procesal penal hoy vigente en México.

También dentro del capítulo de derechos sería interesante precisar dos cuestiones de orden general: a) los tratados nacionales en materia de derechos humanos deben tener rango constitucional (es decir, deben estar por encima de todo el derecho local y ser de aplicación preferente siempre que extiendan el ámbito protector o tutelador de los derechos), y b) las causas y consecuencias de la suspensión de derechos y garantías, prevista actualmente por el artículo 29 de la Constitución, deben ser precisadas, a fin de ajustarlas a las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos; sería muy grave que se intentara aplicar el artículo 29 constitucional con la redacción que actualmente tiene, pues permite un ámbito muy amplio de discrecionalidad por parte del Congreso de la Unión y del Poder Ejecutivo Federal.¹⁴¹

Pasemos ahora a algunas consideraciones sobre las reformas necesarias en el tema de la división de poderes.

¹⁴⁰En parte la reforma constitucional del 18 de junio de 2008 soluciona este problema.

¹⁴¹Con un contexto internacional dominado en parte por la lucha contra el terrorismo, las medidas excepcionales dentro del Estado constitucional deben estar sujetas a fuertes controles. La problemática ha sido ampliamente discutida en otros países y, aunque México afortunadamente no ha sufrido atentados tan severos como los que han padecido otros países, no puede descartarse que algún día debamos considerar seriamente el tipo de reacción que el Estado mexicano debe ofrecer frente a la violencia terrorista. Sobre el tema puede verse Michael Ignatieff, *El mal menor*, Madrid, Taurus, 2005; Richard Posner, *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency*, Nueva York, Oxford University Press, 2006; Bruce Ackerman, *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006 y Mark Tushnet (ed.), *The constitution in wartime. Beyond alarmism and complacency*, Durham, Duke University Press, 2005, entre otros.

A diferencia de lo que sucede con el capítulo relativo a los derechos fundamentales, en materia del régimen constitucionalmente previsto de división de poderes hay cientos –quizá miles– de iniciativas y propuestas. No tiene caso volver sobre las más conocidas, por lo que me limitaré a recordar algunas que son especialmente urgentes o que pueden tener positivos efectos en la sistemática constitucional.

Habría que revisar la gran definición del régimen político mexicano: el presidencialismo. La mejor alternativa es caminar poco o poco, pero de manera decidida, hacia un sistema de corte parlamentario. Se pueden dar los primeros pasos a través de modificaciones puntuales que permitan la ratificación parlamentaria del gabinete, el sistema de doble candidatura para los aspirantes a la Presidencia de la República (de modo que figuren a la vez como cabezas de lista de su partido para el Senado y queden como líderes de la oposición en caso de que no obtengan la presidencia), etcétera.

Dentro del mismo ámbito del Poder Ejecutivo sería importante darle autonomía constitucional al Ministerio Público, tanto a nivel federal como local. La autonomía de los órganos de procuración de justicia es necesaria y puede ser muy positiva dentro de cualquier proceso de reingeniería del Estado mexicano. Sergio García Ramírez ha escrito sobre el tema que “ha llegado el tiempo de que el Ministerio Público se asuma como órgano autónomo del Estado mexicano[...]. En mi opinión debiera cumplirse de una vez la independencia de la institución, porque existe la necesidad y la posibilidad de hacerlo: un órgano autónomo recorrería con vientos más favorables su misión en el Estado moderno, que es el Estado de hoy. Vale la pena intentarlo. No sería aventura, sino culminación de un ascenso, favorecido por las nuevas

circunstancias”.¹⁴² Por su parte, Fix Zamudio explica esta idea con las siguientes palabras:

...es preciso lograr que el Ministerio Público no dependa jerárquica y discrecionalmente del Poder Ejecutivo, tanto en el ámbito federal como de las entidades federativas, y en esta dirección basta pasar revista a los cambios recientes que se observan en varios ordenamientos latinoamericanos, en los cuales o bien se adscribe al Ministerio Público al Poder Judicial, o bien se le otorga autonomía respecto del Ejecutivo, con el objeto de conferirle una mayor independencia.¹⁴³

La autonomía del Ministerio Público es necesaria para permitir la eficaz persecución de delitos cometidos desde el poder público. Si se combina la dependencia jerárquica del Ministerio Público con el monopolio de la acción penal en su favor, se tiene casi el peor de los escenarios posibles para combatir la corrupción y se incentivan fenómenos de protección de la clase político-partidista en el poder respecto de actos delictivos cometidos por funcionarios públicos o por militantes de la propia fuerza política. Como lo señala Perfecto Andrés,

...repensar seriamente el proceso penal, en particular la posición institucional de los sujetos encargados de gestionarlo y, más todavía, la del responsable del ejercicio de la acción pública, exige dotar a unos y otros de un estatuto que les haga realmente capaces de actuar con independencia y eficacia, desde la legalidad, sobre las manifestaciones delincuenciales que se produzcan en el interior del propio Estado.¹⁴⁴

¹⁴² “A manera de prólogo” en Héctor Fix Zamudio, *Función constitucional del Ministerio Público*, México, UNAM, 2002, p. 14.

¹⁴³ *Función constitucional del Ministerio Público*, op. cit., p. 171.

¹⁴⁴ “Por un ministerio público dentro de la legalidad”, *Nueva Doctrina Penal*, Madrid, 1998, p. 439.

según el mismo autor, como pone en evidencia el caso italiano en los procesos iniciados en el movimiento que fue conocido como *Mani Pulite*, “sólo desde la independencia ha resultado posible hacer frente –en la limitada medida que cabe hacerlo, no nos engañemos– a la brutal evidencia de una clase política y un Estado masivamente delincuentes”.¹⁴⁵

Junto a la autonomía del Ministerio Público habría que considerar también la necesidad de romper con el monopolio de la acción penal que actualmente tiene el mismo órgano (monopolio que ha sido tímidamente removido por la reforma al artículo 21 constitucional publicada en el *Diario Oficial* el 18 de junio de 2008). La idea sería abrir la posibilidad para que los particulares, cumpliendo ciertos requisitos legales, pudieran acudir directamente ante un juez para solicitar la apertura de un proceso penal. De esa forma se eliminaría el enorme poder que hoy día tiene el Ministerio Público en forma casi monopólica para solicitar la apertura de un proceso penal. Dicho cuasi monopolio ha generado graves perjuicios a la sociedad mexicana, ha permitido altos grados de impunidad y ha favorecido abiertamente la corrupción. Debe ser eliminado lo antes posible.

Respecto al Poder Legislativo es mucho lo que debe revisarse y casi todo ha sido profusamente estudiado por los especialistas, por lo que una simple enunciación será suficiente: reelección legislativa inmediata, ampliación de los periodos ordinarios de sesiones, mejoramiento de las facultades de las comisiones de investigación, facultad para comparencias del presidente de la República (o del jefe de Gabinete, si se crea la figura), modificación del formato del informe, precisión sobre los alcances del veto presidencial dentro del procedimiento legislativo, etcétera.

También en materia del Poder Judicial se requiere de profundas modificaciones. Unas tienen que ver con los procedimientos a través de los que se desarrollan los juicios (como por ejemplo los juicios penales, sobre los que ya se ha hecho un

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 463.

comentario) y otras se refieren más bien a la estructura orgánica del Poder Judicial, tanto en las entidades federativas como en el nivel federal.

La propuesta quizá más interesante e innovadora en este punto es la que considera la creación de un tribunal constitucional. Aunque desde la Suprema Corte se nos dice día tras día que ellos ya son un tribunal constitucional, lo cierto es que todavía les falta un buen trecho para parecerse a lo que esta figura significa en otros países. Los tribunales constitucionales han jugado en otros países un papel esencial en la consolidación democrática (son muy elocuentes las experiencias de Sudáfrica, Colombia, India, Canadá, España y, en forma un tanto diferente desde el punto de vista institucional, de Estados Unidos).

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

Pero quizá el reto mayúsculo en materia de impartición de justicia en México sea el de permitir un acceso en plano de igualdad a la justicia para todos los habitantes. En un país como el nuestro, con elevados niveles de pobreza y de desigualdad en el ingreso, hacen falta mecanismos que permitan que la pobla-

ción de menores recursos pueda acceder en condiciones equitativas a los tribunales. La falta de acceso a la justicia contribuye a generar una *discriminación jurídica*, que se suma a las múltiples discriminaciones que las personas padecen simplemente por ser pobres, mujeres, indígenas, campesinos, migrantes, tener alguna discapacidad, vivir en el medio rural, etcétera.

Como indica Boaventura de Sousa,

Estudios revelan que la distancia de los ciudadanos en relación con la administración de justicia es tanto mayor mientras más bajo es el estrato social al que pertenecen y que esa distancia tiene como causas próximas no sólo factores económicos, sino también factores sociales y culturales, aunque unos y otros puedan estar más o menos remotamente relacionados con las desigualdades económicas. En primer lugar, los ciudadanos de menores recursos tienden a conocer muy poco sus derechos y, en consecuencia, a tener más dificultades para reconocer un problema que los afecta como un problema jurídico. Pueden ignorar los derechos en juego o ignorar las posibilidades de arreglo jurídico[...] Los datos muestran que los individuos de las clases bajas dudan mucho más que los otros para recurrir a los tribunales, incluso cuando reconocen que están frente a un problema legal.¹⁴⁶

Como puede verse, la ruta para la transformación del Estado mexicano es todavía muy larga. Los temas que se han apenas esbozado en los anteriores párrafos deberían dar lugar a una detenida reflexión y cada uno de ellos ameritaría un tratamiento pormenorizado por parte de nuestra clase política. Pero ninguno de ellos agota el enorme campo de posibilidades que nos demanda la nueva realidad política y social de México. A lo que se ha dicho podríamos sumar varias docenas

¹⁴⁶ Boaventura Sousa Santos, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1998, pp. 204-205.

de temas y subtemas (por ejemplo, no hemos mencionado el amplio universo de las reformas electorales o el no menos complejo del federalismo y el modelo adecuado para la distribución territorial del poder). De ahí la importancia de tomarlos en serio el tema de la reforma del Estado y de hacerlo con cierta premura, de forma que los cambios que la sociedad mexicana ya está viviendo vayan acompañados por una institucionalidad constitucional que les permita desarrollarse a plenitud. De eso depende la consolidación de la democracia mexicana.

Reforma del Estado y derechos fundamentales: algunas propuestas

INTRODUCCIÓN: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ENCRUCIJADA DEL CAMBIO ESTATAL

Es frecuente que cuando se habla de la reforma del Estado se piense en modificar las facultades de los poderes públicos o en cambiar la manera en que tales poderes se relacionan entre ellos. No se suele reparar en el elemento central de cualquier Estado democrático: el ciudadano.

Ahora bien, hay que ser muy claros en sostener que una reforma del Estado que no cuente con el ciudadano no puede ser calificada como democrática. La reforma *democrática* del Estado debe aspirar a modificar no solamente la relación entre los poderes, sino también la relación del Estado con los ciudadanos, por un lado, y las relaciones de los ciudadanos con otros ciudadanos, por otro.

Para tal efecto, cualquier proceso de reforma del Estado debería concentrar una parte importante de su tiempo y energía en generar un marco constitucional moderno y adecuado en materia de derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son la “carta de navegación” que rige las relaciones del Estado con el ciudadano y, según las más modernas teorías constitucionales, también las relaciones de los ciudadanos entre sí.¹⁴⁷

¹⁴⁷La proyección horizontal o entre particulares de los derechos fundamentales ha suscitado una bibliografía cuantiosa en otros países y más esca-

Si aceptamos la premisa anterior, debemos poner manos a la obra para poder mejorar el texto de la Constitución mexicana, que tiene importantes déficits en la regulación que hace de los derechos fundamentales.¹⁴⁸

En las páginas siguientes se esbozan algunas propuestas de cambio constitucional que sería deseable abordar en el futuro. Se trata de ideas sueltas que no tienen aspiración alguna de ser exhaustivas, pero que podrían tener relevancia como elementos a tomar en cuenta el día que los legisladores decidan tomarse en serio el tema de reformar el Estado mexicano con vocación y sentido democráticos.

Antes de pasar a la exposición de las propuestas concretas vale la pena apuntar dos asuntos de corte general. El primero de ellos se refiere a la necesidad de que la reforma constitucional en materia de derechos humanos sirva para poner orden

sa, aunque ya significativa, en México. Entre las referencias más importantes se encuentran las siguientes: Juan María Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997; Juan María Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997; Pedro de Vega, "La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)", en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002; Luigi Ferrajoli, "Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado", en Varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, 2002; Alexei Julio Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Javier Mijangos y González, "El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 14, México, 2003; Javier Mijangos y González, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004 y Diego Valadés, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, SCJN, 2005.

¹⁴⁸ Algunas críticas al contenido constitucional en materia de derechos fundamentales pueden verse en Miguel Carbonell, *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, 2004 y en Miguel Carbonell, *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, IJ-UNAM-CNDH, 2007.

en el texto constitucional. Si aspiramos a que los ciudadanos conozcan sus derechos, lo primero que tenemos que hacer es ofrecerles un elenco ordenado, claro, sistemático y bien escrito de tales derechos, que sea comprensible por cualquiera y no que esté al alcance solamente de los expertos, como sucede en buena medida con el texto vigente.

La ordenación sistemática de los derechos debe tener como objetivo ofrecer un relato constitucional que pase de manera ordenada por los siguientes temas: a) aspectos o principios generales; b) derechos de igualdad; c) derechos de libertad; d) derechos de seguridad jurídica; e) derechos sociales, y f) derechos colectivos.¹⁴⁹

La segunda cuestión de orden general que vale la pena apuntar tiene que ver con el marco de referencia que debe considerar una futura reforma a la Constitución mexicana en materia de derechos humanos. Es decir, se trata de saber de dónde se van a sacar ideas para llevar a cabo la renovación de los contenidos constitucionales. Y en esto lo peor que puede pasar es que nuestros legisladores intenten ser absolutamente originales. Tal originalidad no puede llevarnos más que a un clamoroso fracaso. Hay experiencias muy alentadoras y del todo verificadas en el derecho comparado que podríamos perfectamente adoptar, con las modalidades y límites que se quiera. Para tal efecto deberíamos reparar en las mejores experiencias latinoamericanas, para compararnos con países que nos son cercanos y que han tenido que enfrentar en

¹⁴⁹Aunque hay una amplia disputa teórica sobre el concepto de derechos colectivos, me parece que para efectos del proceso de reforma del Estado, en esta parte de la Constitución podrían incluirse solamente los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Para la discusión teórica acerca del concepto de derechos colectivos es importante revisar el ensayo de Juan Antonio Cruz Parceró, "Sobre el concepto de derechos colectivos", en *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 12, Madrid, 1998. Del mismo autor es también muy relevante el libro *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

tiempos recientes problemas muy parecidos a lo que sufre México. Con ese objetivo creo que nuestros legisladores se podrían beneficiar de la regulación constitucional de los derechos humanos que aparece en la Constitución de Brasil de 1988, de Colombia de 1991 y la de Argentina luego de la reforma integral de 1994. En esas tres cartas constitucionales hay ciertos aspectos que podrían inspirar a los reformadores mexicanos.

También se debería tomar en cuenta la enorme riqueza que actualmente nos ofrece el derecho internacional de los derechos humanos, tanto el derecho contenido en los tratados internacionales (firmados y ratificados por México en un número considerable) como el derecho derivado de los propios tratados y la jurisprudencia internacional. En particular, creo que la reforma mexicana puede y debe aprender mucho de las convenciones sectoriales de la ONU (CEDAW, Convención de los Derechos del Niño, Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, etcétera), así como de la luminosa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en los últimos años ha venido construyendo un *corpus* dogmático de gran calidad.

Si se toman en consideración los grandes avances del derecho comparado y las aportaciones del derecho internacional, los legisladores mexicanos tendrían, en principio, una adecuada guía para modernizar la Constitución mexicana; estarían de esa forma aprovechando una de las grandes ventajas de la globalización y de la “migración” de criterios jurídicos.

*La prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos, al estilo del artículo 9.3 de la Constitución española de 1978*¹⁵⁰

La prohibición constitucional de la arbitrariedad añade un componente cualitativo muy importante a las clásicas garantías de fundamentación y motivación de los actos de los poderes públicos. Aunque esta prohibición tiene como premisas las dos garantías que se acaban de mencionar, su incorporación posibilita un control jurisdiccional más intenso sobre las facultades discrecionales que otorgan todos los ordenamientos jurídicos modernos.

De entrada conviene asentar que no es lo mismo *arbitrariedad* que *discrecionalidad*. Una facultad discrecional, si bien otorga márgenes más o menos amplios de actuación a algún órgano del poder, debe estar suficientemente motivada para no dar a lugar a un ejercicio arbitrario del poder. Desde luego, un acto de cualquier poder público que no esté motivado es por ese solo hecho arbitrario (y, en México, violatorio del artículo 16 párrafo primero de la Constitución).

La motivación de un acto discrecional debe tener por objeto: a) hacer del conocimiento de la persona afectada las razones en las que se apoya el acto;¹⁵¹ b) aportar la justificación

¹⁵⁰ Véanse las consideraciones de Diego Valadés, "La Constitución y el poder", en Diego Valadés y Miguel Carbonell (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, IJ-UNAM, 2000, pp. 156 y ss. (reproducido en Diego Valadés, *Constitución y democracia*, México, IJ-UNAM, 2000), así como las de García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1998; Tomás Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1994; Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad del legislador*, Madrid, Civitas, 1998; Tomás Ramón Fernández, "Principios y reglas: la discrecionalidad administrativa y la judicial", en *La experiencia jurisdiccional: del Estado legislativo al Estado constitucional de derecho*, Madrid, CGPJ, 1999.

¹⁵¹ Dichas razones no deben verse como un requisito puramente formal consistente en citar algunos elementos fácticos aplicables a un caso concreto,

fáctica del acto en razón del objetivo para el cual la norma otorga la potestad que se ejerce en el caso concreto; c) permitir al afectado interponer los medios de defensa existentes, si lo considera oportuno.¹⁵²

El Tribunal Supremo de España ha afirmado que el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta en causa de decisiones que no resultan justificadas;¹⁵³ además, dicho principio no es tanto prohibición de actuaciones administrativas ilícitas, cuanto necesidad por parte del poder público de justificar en cada momento su propia actuación, y es también respeto al ciudadano al que hay que oír antes de adoptar decisiones que inciden en su ámbito existencial.¹⁵⁴

En tanto que estuviera consagrado en la Constitución, el principio de prohibición o interdicción de la arbitrariedad también operaría sobre el legislador, como ha reconocido para el caso del ordenamiento jurídico español el Tribunal Constitucional de ese país.¹⁵⁵ Si bien es cierto que bajo el modelo de las “Constituciones abiertas”, el Poder Legislativo tiene una amplia libertad de conformación del ordenamiento, también es verdad que, como escribe Tomás Ramón Fernández,

Por muy grande que sea la libertad de decisión que reclame la naturaleza específica de un poder determinado, por mucha que

sino como una necesidad sustantiva consistente en la obligación del órgano público de aportar “razones de calidad”, que resulten “consistentes con la realidad y sean obedientes, en todo caso, a las reglas implacables de la lógica”, Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad del legislador*, op. cit., p. 97.

¹⁵² Tomás Ramón Fernández, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, op. cit., pp. 81-85.

¹⁵³ Sentencia de la antigua Sala 4a. de 19 de mayo de 1987.

¹⁵⁴ Sentencia de la Sala 3a. de 17 de abril de 1990.

¹⁵⁵ Un repaso de las sentencias del Tribunal Constitucional español sobre la arbitrariedad del legislador puede encontrarse en Tomás Ramón Fernández, *De la arbitrariedad del legislador*, op. cit., pp. 41 y siguientes.

sea la discrecionalidad que tenga reconocida su titular, por mucho que quiera enfatizarse ese carácter discrecional repudiando, incluso, el empleo mismo del término discrecionalidad para subrayar la libertad de decisión que extraña, como suele hacerlo la doctrina iuspublicista de nuestros días cuando, al referirse al Legislador, prefiere aludir a su libertad de configuración (*Gestaltungsfreiheit*) para evitar que ésta se confunda con la mera discrecionalidad administrativa, ese poder no tiene que ser, ni puede ser arbitrario, no puede afirmarse sobre el solo asiento de la voluntad o el capricho de quien lo detenta, porque también debe contar inexcusablemente con el apoyo de la razón para poder ser aceptado como un poder legítimo.¹⁵⁶

*La inviolabilidad del domicilio y de todas las comunicaciones –no solamente las postales– privadas*¹⁵⁷

Me parece que en la actualidad ya no hay justificación para que en el texto constitucional aparezcan prevenciones como la establecida en el último párrafo del artículo 16 constitucional, que establece lo siguiente: “En tiempos de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente”; es un ejemplo del tipo de contenidos constitucionales que deben ser derogados para modernizar las disposiciones de la Carta Fundamental.

Un modelo de redacción constitucional de estos derechos se encuentra en el artículo 18 de la Constitución española, que

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 94-95.

¹⁵⁷ Sobre este punto, Ricardo Martín Morales, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995 y Javier Jiménez Campo, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, Madrid, mayo-agosto de 1987.

establece en sus párrafos 2 y 3 que: “2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito; 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”¹⁵⁸.

Las comunicaciones que se encuentran protegidas son las transmitidas por cualquier vía¹⁵⁹ y con independencia de su contenido,¹⁶⁰ incluyendo las que se generen mediante el uso de nuevas tecnologías como internet. Nadie puede revisar la correspondencia electrónica que circule por la red; ninguna autoridad y ningún particular pueden violar ese sector de la privacidad de las personas, protegida por el secreto de las comunicaciones.

Obviamente, el secreto de las comunicaciones puede ser interrumpido por un mandamiento judicial, que se puede emitir cuando existan elementos racionales que hagan presumir la posible comisión de un delito, o cuando sea un medio indispensable para investigar dicha posible comisión. Solamente la autoridad judicial, bajo su más estricta responsabilidad, puede emitir una orden para poder interceptar una comunicación privada. Por ningún motivo y bajo ningún supuesto una autoridad administrativa puede realizar tal interceptación, ni si-

¹⁵⁸ En México la entrada en un domicilio cuando exista delito flagrante no podría permitirse debido a las enormes deficiencias que persisten en el nivel de profesionalización y honestidad de nuestros cuerpos policíacos, problema que en España han resuelto de manera al menos aceptable.

¹⁵⁹ Véase Ricardo Martín Morales, *El régimen constitucional...*, *op. cit.*, pp. 44 y siguientes.

¹⁶⁰ Sobre el punto de contenido de las comunicaciones para efectos de su protección constitucional, el Tribunal Constitucional español ha determinado que “el concepto de ‘secreto’ en el artículo 18.3 (de la Constitución española) tiene un carácter ‘formal’, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (Sentencia 114/1984, fundamento jurídico 7).

quiera en casos de urgencia o de delincuencia organizada. No hay salvedad alguna en este supuesto: las comunicaciones privadas se tutelan constitucionalmente y su limitación queda –en un caso extremo y por tanto excepcional– en manos de los jueces, nunca de una autoridad diferente.

Como apunta Ricardo Martín Morales,

Hoy día, en las sociedades posindustriales altamente tecnificadas, la garantía constitucional de la inviolabilidad de las comunicaciones adquiere una especial relevancia ante la extraordinaria facilidad tecnológica para la interceptación de todo tipo de comunicaciones. A ello hay que añadir los aportes tan “ventajosos” que esta actividad ilícita comporta en una sociedad donde la información es poder: ventajas electorales, bursátiles, etcétera.¹⁶¹

Derecho a la posesión y portación de armas

En el derecho comparado existen en muy raros casos previsiones parecidas a la del artículo 10 de la Constitución mexicana. Quizá hay dos circunstancias que justifican la existencia de ese tipo de preceptos en los textos constitucionales: a) la mayor o menor dificultad para asegurar el monopolio de la violencia por parte de las instituciones públicas, y b) la mayor o menor influencia del constitucionalismo de Estados Unidos en cada país.

Obviamente, el derecho a portar armas aparece en aquellos textos constitucionales de países que han tenido grandes dificultades para establecer la seguridad mínima que los habitantes deben tener en cualquier Estado de derecho (países caracterizados por continuas revueltas y por el uso intensivo de la violencia por parte del Estado en contra de la población).

También aparecen disposiciones parecidas a la del artículo 10 de la Constitución mexicana en países que tienen una mayor

¹⁶¹ *El régimen constitucional...*, op. cit., p. 22.

influencia por parte del constitucionalismo de Estados Unidos, que es de donde parte la matriz histórica del derecho a la posesión y portación de armas.¹⁶²

Las dos circunstancias mencionadas están presentes, con diferente intensidad según el caso, en los países de América Latina. Con todo, los textos constitucionales más recientes de la región parecen inclinarse por una prohibición amplia de la tenencia y portación de armas, a la que se añade algún tipo de posible autorización en casos excepcionales y siempre atendiendo a lo que disponga una ley, que incluso puede ser una ley que requiera de una votación agravada para poder ser aprobada. En este sentido puede citarse, por ejemplo, la Constitución de Chile, cuyo artículo 92 dispone que:

Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta.

El Ministerio encargado de la Defensa Nacional o un organismo de su dependencia ejercerá la supervigilancia y control de las armas en la forma que determine la ley.

Por su parte, la Constitución de Colombia establece en su artículo 223 que:

Sólo el Gobierno puede introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos. Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente. Este permiso no podrá extenderse a los casos de concurrencia a reuniones políticas, a elecciones, o a sesiones de corporaciones públicas o asambleas, ya sea para actuar en ellas o para presenciarlas.

¹⁶² Miguel Carbonell, "Un contrasentido constitucional: el derecho a la tenencia y portación de armas", *op. cit.*, *Lex. Difusión y análisis*, núm. 124, México, octubre de 2005, pp. 34-41.

Los miembros de los organismos nacionales de seguridad y otros cuerpos oficiales armados, de carácter permanente, creados o autorizados por la ley, podrán portar armas bajo el control del Gobierno, de conformidad con los principios y procedimientos que aquélla señale.

Finalmente puede citarse el caso de Venezuela, en cuyo texto constitucional de 1999 se dispone por el artículo 324 que:

Sólo el Estado puede poseer y usar armas de guerra. Todas las que existan, se fabriquen o se introduzcan en el país, pasarán a ser propiedad de la República sin indemnización ni proceso. La Fuerza Armada Nacional será la institución competente para reglamentar y controlar, de acuerdo con la ley respectiva la fabricación, importación, exportación, almacenamiento, tránsito, registro, control, inspección, comercio, posesión y uso de otras armas, municiones y explosivos.

Es importante mencionar que la misma Constitución venezolana limita incluso el uso de las armas a cargo de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado en el tercer párrafo de su artículo 55, que establece lo siguiente: “Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. El uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionariado policial y de seguridad estará limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley”.

Como puede verse, en ninguno de los tres casos citados las respectivas Constituciones establecen un “derecho” a poseer armas, sino que, al contrario de lo que hacen las Constituciones de Estados Unidos y de México, prohíben dicha tenencia en principio y remiten a la ley para la regulación de los casos excepcionales. Es mucho más apropiada esta regulación que la que actualmente existe en la Constitución mexicana.

Una parte sustantiva de la reforma constitucional en materia de derechos humanos debe tener por objetivo la racionalización del derecho penal mexicano, puesto que la regulación vigente ha dado lugar a una verdadera “zona de desastre” que afecta por igual a procesados, víctimas del delito y autoridades encargadas de hacer funcionar un sistema que está en completa bancarrota.¹⁶⁵ Un primer paso para racionalizar el derecho penal sustantivo sería introducir con rango constitucional el principio de lesividad.

Mediante la introducción en el nivel constitucional del principio de lesividad se buscaría asegurar que el legislador no considerara como delito más que aquellas conductas que lesionan bienes jurídicos de relevancia constitucional o derechos fundamentales. De esta forma se evitaría la tentación de algunos legisladores para reconducir penalmente conductas que pueden ser indeseables o nocivas, pero que admiten una sanción diferente a la penal.

Además, mediante el principio de lesividad podría exigirse al legislador un ejercicio de justificación objetivo al momento de determinar qué conductas caen bajo la esfera de regulación penal.

No olvidemos que cualquier sistema penal garantista debe considerar como penalmente reprochables solamente aquellas conductas que, por sus efectos, sean más lesivas de los intereses y derechos de terceros. Sólo dichos efectos lesivos son los que justifican y legitiman el ejercicio de la represión penal de cierta conducta. De hecho, en términos generales el derecho penal se legitima y se justifica sólo si es capaz de lograr un doble efecto: a) prevenir la comisión de conductas delictivas,

¹⁶⁵ La fundamentación de lo que se acaba de afirmar puede verse en Miguel Carbonell y Enrique Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 4a. ed., México, Porrúa, RENACE, UNAM, 2009.

y b) prevenir la realización de sanciones informales, a través de la venganza y las demás formas de violencia extrainstitucional que pueden darse en ausencia de una institucionalidad penal encargada de procesar y, en su caso, sancionar las conductas delictivas.¹⁶⁴

El principio de lesividad evitaría considerar como delitos los comportamientos meramente inmorales, los estados de ánimo que en algún tiempo se han considerado como perversos, hostiles o peligrosos, así como todas aquellas conductas que no se proyectaran causando un daño a intereses, bienes, valores o derechos constitucionalmente relevantes. Los delitos sin daño estarían constitucionalmente prohibidos; es el caso de los delitos que castigan las ofensas a entidades abstractas como la personalidad del Estado, los símbolos nacionales o la moralidad pública. También estarían prohibidos aquellos delitos de bagatela, que deberían ser considerados como meras contravenciones administrativas, además de los delitos de peligro abstracto o presunto y todos aquellos que estuvieran descritos en términos vagos o indeterminados, caracterizados unos y otros por el carácter altamente hipotético y hasta improbable del resultado lesivo.¹⁶⁵

Ferrajoli explica que la exigencia de la lesividad ya estaba presente en el pensamiento de Aristóteles y de Epicuro, así como en toda la filosofía penal de la Ilustración (Hobbes, Pufendorf, Locke, Beccaria, Bentham, etcétera).¹⁶⁶ El mismo Ferrajoli explica que:

Históricamente, por los demás, este principio (se refiere al de lesividad) ha jugado un papel esencial en la definición del moderno Estado de derecho y en la elaboración, cuando menos teórica, de un derecho penal mínimo, al que facilita una

¹⁶⁴ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, t. II, Roma, Laterza, 2007, p. 356.

¹⁶⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., p. 475.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 466-467.

fundamentación no teológica ni ética, sino laica y jurídica, orientándolo hacia la función de defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos e intereses que se consideran *necesarios* o *fundamentales*.¹⁶⁷

El principio de lesividad, además, serviría para reforzar la exigencia de taxatividad que actualmente ya figura en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución mexicana, por virtud del cual los textos que contengan normas penales tienen que describir claramente las conductas que están regulando y las sanciones penales que se pueden aplicar a quien las realicen. La taxatividad es una especie del genérico principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica (que a su vez es una especie de la seguridad jurídica) y la imparcialidad en la aplicación de la ley penal.¹⁶⁸ Del principio de taxatividad penal no puede desprenderse la *cantidad* de penalización que un ordenamiento puede imponer a ciertas conductas ni tampoco el número de conductas que pueden caer bajo la consideración de las leyes penales; lo que sí asegura la taxatividad es que toda regulación penal tenga cierta *calidad*, de forma que sea clara y pueda ser comprendida por sus destinatarios. La taxatividad, como lo indica Ferreres, “no se refiere a la ‘cantidad’ de libertad, sino a su ‘calidad’: garantiza que la libertad individual se pueda desplegar dentro de fronteras seguras”.¹⁶⁹ Para regular la “cantidad” de conductas que se pueden criminalizar y la “cantidad” de sanción que se puede imponer a quienes las realicen se utiliza el criterio de proporcionalidad, al que nos referiremos enseguida.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 467. Otras aportaciones del propio Ferrajoli sobre el tema pueden verse en su libro *Derecho penal mínimo y otros ensayos*, presentación de Miguel Carbonell, Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos, 2006.

¹⁶⁸ Víctor Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002, p. 21.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 45.

De acuerdo con lo anterior, violarían el principio de taxatividad penal todas las disposiciones legislativas que sancionaran penal o administrativamente una conducta vagamente descrita o aquellas que dispusieran consecuencias jurídicas también indeterminadas. Al suponer una exigencia de que las normas penales se refieran a una lesión objetiva, material, evidente, de un bien jurídico de relevancia constitucional, resulta obvio que el principio de lesividad empata y refuerza al principio de taxatividad que ya está constitucionalmente previsto.

Ahora bien, bajo el principio de lesividad la determinación de que una conducta pueda ser penalmente relevante no estará determinada solamente por la afectación que tal conducta realice sobre bienes, valores o derechos constitucionalmente protegidos, sino que además la prohibición penal tendrá que ser “idónea”; es decir, tendrá que servir para desplegar un cierto efecto intimidante. Si tal efecto no se realizara al menos en un cierto grado el derecho penal tendría que abandonar la pretensión de prohibir cierta conducta. Ferrajoli pone como ejemplo de conductas que no deberían estar penalmente reguladas, por no ser la prohibición penal idónea para impedir la conducta, el aborto, el adulterio, la mendicidad, la evasión de presos y la tóxico-dependencia. Para Ferrajoli,

está claro que si la cantidad de hechos no penalizados no supera de forma relevante la de los penalizados, la introducción o la conservación de su prohibición penal no responde a una finalidad tutelar de bienes que, más aún, resultan ulteriormente atacados por la clandestinización de su lesión, sino a una mera afirmación simbólica de “valores morales”, opuesta a la función protectora del derecho penal.¹⁷⁰

De la anterior afirmación de Ferrajoli cabe desprender al menos dos reflexiones. La primera es que en contextos socio-

¹⁷⁰Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., p. 473.

jurídicos que mantienen altas tasas de impunidad (como sucede en el caso de México), la cantidad de conductas penalmente prohibidas que no son sancionadas puede llegar a ser muy alta respecto de una gran variedad de delitos. La segunda reflexión tiene que ver con el efecto “clandestinizador” que puede tener el uso del derecho penal; ningún ejemplo más claro al respecto que el de la prohibición del aborto, con el agravante de que no solamente clandestiniza, sino que lo hace afectando sólo a las mujeres, y además a las mujeres que son pobres.

Como quiera que sea, la constitucionalización del principio de lesividad sería el primer paso hacia el ideal ilustrado de un “derecho penal mínimo” que estuviera regido, en su base, por una idea clara del bien jurídico que debe protegerse penalmente y por una noción igualmente idónea acerca de la mejor forma de hacerlo.¹⁷¹

Principio de proporcionalidad

Otra reforma que podría contribuir a racionalizar el sistema penal mexicano sería la introducción del principio de proporcionalidad en la Constitución mexicana.¹⁷²

Recordemos de forma sumaria que el principio de proporcionalidad exige que cualquier determinación de una autoridad que restrinja los derechos fundamentales es aceptable en caso de que no vulnere el contenido esencial del derecho de que se trate y siempre que sea proporcional. En términos ge-

¹⁷¹ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris*, t. II, *op. cit.*, p. 357.

¹⁷² La llamada “reforma judicial” aprobada en el año 2008 constitucionaliza el principio de proporcionalidad en la relación entre los delitos y las penas, lo que supone un avance de enormes dimensiones. Pero quizá se pudo haber hecho una previsión más amplia, de forma que el principio abarcara también otros aspectos del derecho penal. Un análisis de su contenido y de los debates previos que fueron apuntalando su concreción puede verse en Sergio García Ramírez, *La reforma penal constitucional 2007-2008*, México, Porrúa, 2008.

nerales podemos afirmar que una medida que afecte un derecho fundamental (por ejemplo el derecho de libertad personal), es proporcional si respeta los siguientes tres subprincipios a través de los cuales se articula precisamente el principio de proporcionalidad:¹⁷³ a) el subprincipio de idoneidad,¹⁷⁴ también conocido como subprincipio de adecuación, según el cual toda intervención legislativa o judicial sobre un derecho fundamental debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (la finalidad debe tener anclaje constitucional); b) subprincipio de necesidad,¹⁷⁵ según el cual toda medida de intervención sobre un derecho fundamental debe ser la más benigna de entre todas aquellas que revistan por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo previsto; c) subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto,¹⁷⁶ según el cual la importancia de la intervención sobre un derecho fundamental se justifica solamente en virtud de la importancia del fin que persigue la medida (las ventajas de la medida deben ser suficientes como para compensar el sacrificio del derecho, que nunca podrá llegar hasta la afectación del contenido esencial).

¿Cómo se aplica lo anterior a las leyes en materia penal? La reflexión sobre este tema debe partir del hecho de que cualquier ley penal supone una intervención en los derechos fundamentales, concretamente sobre el derecho de libertad según el cual toda persona puede hacer todo aquello que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico. La proporcionalidad supone un límite a la “cantidad” de prohibiciones que el legislador puede establecer, así como a la cantidad de “penali-

¹⁷³ La mejor explicación de este principio en lengua castellana, hasta donde nuestra información alcanza, es la de Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

¹⁷⁴ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 687.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 734.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 757.

zación” que se puede determinar para una conducta penalmente regulada. Es decir, la proporcionalidad en materia penal vendría dada por el monto de la sanción que el legislador decide imponer para la realización de x o y conducta.

La proporción que debe existir entre los delitos y las penas había sido advertida ya por Beccaria, quien señalaba de forma tajante que debe “haber una proporción entre los delitos y las penas”. Esta necesidad surge, para el autor, de la siguiente consideración:

Si el placer y el dolor son los motores de los entes sensibles, si entre los motivos que impelen a los hombres aun a las más sublimes operaciones, fueron destinados por el invisible legislador el premio y la pena, de la no exacta distribución de éstas nacerá aquella contradicción (tanto menos observada, cuanto más común) que las penas castiguen los delitos de que hayan sido causa. Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja.

A partir de la proporcionalidad se puede enjuiciar tanto el límite mínimo como el límite máximo de la pena establecida para cierto delito. Es decir, la proporcionalidad puede ser vulnerada tanto porque la pena máxima es muy alta como por el hecho de que lo sea la pena mínima. Para Ferrajoli la pena mínima debería de quedar prácticamente abierta en la ley a lo que dispusiera el juez; “a mi juicio” –escribe Ferrajoli–, “al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo”.¹⁷⁷ Sin embargo, en términos generales nuestro

¹⁷⁷ *Derecho y razón. op. cit.*, p. 400.

autor sostiene que la pena mínima debe ser más desventajosa que la ventaja que se obtiene de cometer un delito, pues de otra manera la pena sería vista como una especie de *tasa* que se tendría que cubrir por el responsable de la conducta delictiva, lo que le quitaría cualquier pretensión disuasoria.¹⁷⁸

Por lo que hace al límite máximo de la pena, Ferrajoli considera que no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas, aunque reconoce que este criterio no se presta para una comparación precisa entre la cantidad de pena que se asigna a un delito y la cantidad de pena que se asigna a otro.¹⁷⁹ La consideración de conjunto que el autor hace sobre el límite máximo que puede tener una pena para no romper el principio de proporcionalidad se encuentra en el siguiente párrafo.¹⁸⁰

Aunque sea imposible medir la gravedad de un delito singularmente considerado, es posible, por tanto, afirmar, conforme al principio de proporcionalidad, que desde el punto de vista interno, si dos delitos se castigan con la misma pena, es que el legislador los considera de gravedad equivalente, mientras que si la pena prevista para un delito es más severa que la prevista para otro, el primer delito es considerado más grave que el segundo. De ello se sigue que si desde el punto de vista externo dos delitos no son considerados de la misma gravedad o uno se estima menos grave que el otro, es contrario al principio de proporcionalidad que sean castigados con la misma pena o, peor aún, el primero con una pena más elevada que la prevista para el segundo. En todos los casos el principio de proporcionalidad equivale al principio de igualdad en materia penal.

Un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad en la legislación penal lo encontramos en la sentencia

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 399-400.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 401.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 402.

136/1999 del Tribunal Constitucional español (caso de la Mesa Nacional de Herri Batasuna). En ese caso, el Tribunal considera que la sanción penal que se podía imponer a los acusados

podrá estimarse constitucionalmente legítima si en la formulación del tipo y en su aplicación se han respetado las exigencias propias del principio de legalidad penal[...] y si además no han producido, por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan o un efecto que en otras resoluciones hemos calificado de disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada (Fundamento Jurídico 20).

Es decir, el Tribunal va más allá del simple principio de reserva de ley e introduce la consideración de la proporcionalidad de la pena, poniéndola en relación con el efecto disuasorio que pudiera tener respecto del ejercicio de los derechos fundamentales. En concreto, el Tribunal expresa preocupación por el posible efecto que la criminalización excesiva de ciertas conductas (como la apología del terrorismo) pudiera tener sobre libertades tan importantes como la de expresión, la de participación política o la de información. El Tribunal reconoce que el ejercicio ilícito de esas libertades puede dar lugar a una sanción, pero reitera que una reacción penal excesiva frente a ese ejercicio puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos, ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos ante el temor de que cualquier extralimitación sea sancionada con severidad.¹⁸¹

¹⁸¹ Sobre este punto Luis Prieto advierte lo siguiente: "Una condición de legitimidad de toda pena es que resulte proporcionada, pero en ese juicio de proporcionalidad ha de reconocerse un peso importante al argumento en favor de los derechos, admitiendo que, si bien inevitablemente toda medida punitiva tiene efectos disuasorios sobre el uso de la libertad, se convierte en inaceptable cuando dicha disuasión resulta excesiva. En pocas palabras, ya sea argumentando a partir de las penas, ya haciéndolo a partir de las conductas

¿Cómo saber si estamos frente a una determinación legislativa que resulta no proporcional? El Tribunal afirma que,

para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes”[...] En segundo lugar, deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena (Fundamento Jurídico 23).

Con el ejemplo anterior y con los fundamentos doctrinales que hemos citado se puede advertir con claridad la pertinencia y efectos positivos que tendría el recoger en el nivel constitucional el principio de proporcionalidad.

La reserva de Código Penal

Una tercera propuesta para racionalizar el sistema penal mexicano tiene que ver con la introducción a nivel constitucional de una “reserva de Código Penal”.

tipificadas, a mi juicio la proporcionalidad representa una exigencia constitucional que pesa sobre el conjunto del derecho punitivo”. “La limitación constitucional del legislador penal” en su libro *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 296.

En efecto, como una medida adecuada para reforzar el principio de libertad personal el propio Ferrajoli ha propuesto constitucionalizar una “reserva de código penal”. Esta reserva tendría un doble objeto: en primer término que ninguna medida privativa de la libertad pudiera establecerse fuera del código penal (con excepción de ciertas medidas administrativas como los arrestos); en segundo lugar, que el código penal fuera aprobado y reformado por una mayoría calificada en las Cámaras legislativas. En palabras de Ferrajoli,

Esta *reserva de código* habría de suponer que todas las normas en materia de delitos, penas y procesos deberían contenerse en el código penal o en el procesal y no podría introducirse ninguna si no es mediante la correspondiente reforma de uno u otro, que tendría que aprobarse por procedimientos legislativos agravados. Se trata de una medida indispensable para devolver la credibilidad al derecho penal y restituirle su naturaleza de *extrema ratio*. Una nueva codificación informada en el principio “todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos”, por más compleja y voluminosa que pudiera resultar, siempre lo sería incomparablemente menos que el actual cúmulo de leyes especiales; aunque sólo fuera porque la prohibición de la dispersión en materia de legislación penal constreñiría al legislador a hacerse cargo de la unidad y de la coherencia del conjunto, al legislar en la materia. Por lo demás, puesto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos, tiene una relevancia cuasi constitucional, y no resulta tolerable que quede cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y a la eventual producción de nuevas emergencias.¹⁸²

Esta medida serviría para detener el caótico desarrollo de la legislación penal mexicana, que junto a una incomprensible

¹⁸² “Jurisdicción y democracia”, trad. de Perfecto Andrés, incluido en Miguel Carbonell, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, 2004, p. 112. El mismo autor ha desarrollado esta tesis en *Principia iuris*, t. II, *op. cit.*, pp. 388-391.

e injustificada inflación penalizadora ha generado un enorme conglomerado de normas privativas de la libertad repartidas a todo lo largo y ancho del ordenamiento federal y de los locales. Tal parece que el legislador asume que cada vez que dicta una nueva ley o reforma una ya existente debe incluir disposiciones penales para que los destinatarios “se la tomen en serio” o, como se dice, “para que la norma tenga dientes”, olvidando de esa forma los principios del derecho penal mínimo.

La reserva de Código Penal tendría, en síntesis, el efecto de obligar al legislador a sistematizar las disposiciones penales dentro de un único cuerpo normativo, impediría su fácil reforma y permitiría tener una regulación penal mucho más adecuada al principio de proporcionalidad, pues estando todos los tipos penales y sus sanciones en un único ordenamiento sería mucho más obvio el hacer la comparación para determinar si existe o no proporcionalidad en dichas disposiciones.

La reserva de código penal quizá comparte los objetivos de una antigua propuesta de varios penalistas mexicanos:¹⁸³ la de unificar la legislación penal, de forma que hubiera un único ordenamiento punitivo en el nivel nacional. La idea que persiguen ambas propuestas es darle elementos de certeza y de seguridad a los particulares, evitando que a partir de la dispersión normativa (ya sea sobre un único nivel de gobierno o entre los niveles federal y local) se cometan arbitrariedades que vayan en demérito de los derechos fundamentales.

No es momento de analizar con detalle la propuesta de unificar la legislación penal, pasando de los actuales 33 códigos penales y 33 códigos de procedimientos penales a solamente un código sustantivo y uno adjetivo, pero si queríamos al menos apuntar el tema, ya que la idea de unificar los códigos penales está contenida en la iniciativa de reforma constitucional

¹⁸³ Recientemente, Sergio García Ramírez, “Los sistemas de enjuiciamiento y los órganos de acusación” en Cipriano Gómez Lara y Marcel Storme (coords.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, vol. IV, México, UNAM, 2005, pp. 8-10.

presentada por el presidente Felipe Calderón ante el Senado de la República el 9 de marzo de 2007 y ha sido defendida con anterioridad, desde los años 40 del siglo xx, por muy distinguidos penalistas. Sin embargo, consideramos que se trata de una propuesta sobre la que debe meditar con detenimiento, sobre todo a la luz de los avances que en materia de reformas penales se han realizado en diversas entidades federativas, a través del desarrollo muy dinámico de un conjunto de reformas que, en conjunto, parecen bastante positivas. No hay rastro alguno de ese dinamismo en el nivel del Congreso de la Unión, que ni siquiera ha podido dar cumplimiento a los principios de la justicia para adolescentes contenidos en el artículo 18 constitucional a partir de una reforma de diciembre de 2005.¹⁸⁴

Lectura de derechos

Otro principio que debería estar presente en una reforma modernizadora de nuestro sistema procesal penal previsto en la Constitución es el que se resume en la obligación de las autoridades que practiquen cualquier detención de informar a la persona detenida sobre los derechos que la asisten.

Para tal efecto creemos que se podría incorporar al texto constitucional la obligación de toda autoridad que lleva a cabo una detención de informar sobre la causa de su detención y sobre sus derechos.¹⁸⁵ Se trata de una práctica que existe en muchos países y que en México sería muy útil en la medida en que, lamentablemente, las personas conocen escasamente sus derechos. La sanción en caso de que no se le diera “lectura”

¹⁸⁴Sobre el tema de la justicia para adolescentes, Olga Islas y Miguel Carbonell, *Constitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, 2007.

¹⁸⁵Para un análisis de los elementos que componen este derecho, Silvia Barona Vilar, “Garantías y derechos de los detenidos”, en la obra colectiva *Derechos procesales fundamentales*, Madrid, CGPJ-Escuela Judicial, 2005, pp. 62 y siguientes.

a los derechos podría llegar a ser la nulidad de todo lo actuado y la puesta en completa libertad del detenido.

En Estados Unidos existe una obligación de este tipo, pero su origen no se encuentra directa y claramente establecido en el texto de su Constitución, sino en un criterio jurisprudencial. Se trata del conocido caso “Miranda versus Arizona”, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1966.¹⁸⁶

El caso *Miranda* es quizá el que más se ha visto en películas y series televisivas de Estados Unidos. En ellas es común ver que cuando arrestan a una persona la policía lo primero que hace es “leerle” sus derechos. Dicha “lectura” comienza con una frase hecha que más o menos dice así: “Tiene Usted derecho a guardar silencio; todo lo que diga podrá ser usado en su contra...”. Esta frase tiene su origen, justamente, en el precedente judicial establecido por la Suprema Corte en el caso *Miranda*.

Ernesto Miranda fue acusado de violar a una adolescente en Phoenix, Arizona. No había pruebas directas que lo incriminaran, puesto que la víctima no vio la cara del acusado durante la violación. Algunos testigos vieron su coche en el lugar de los hechos. Sin embargo, estando detenido en las dependencias policiales, después de dos horas de interrogatorios, Miranda estuvo de acuerdo en firmar una confesión reconociendo que había cometido el delito que se le imputaba.

El caso llegó ante la Suprema Corte. La cuestión constitucional debatida era el alcance de la Enmienda 5 de la Constitución de Estados Unidos, que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo. ¿La Enmienda obligaba a la policía a advertir a los detenidos de ese derecho bajo la sanción de producir una nulidad de juicio? ¿Tenía derecho el

¹⁸⁶ La bibliografía sobre el caso Miranda es muy extensa; para una primera aproximación pueden verse las voces “Miranda versus Arizona” y “Miranda warnings” en *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005, pp. 641-645.

detenido a consultar un abogado antes de hablar con cualquier oficial de la fuerza pública, ya fuera policía ya fuera fiscal?

El abogado de *Arizona* pidió en el argumento oral que la Corte no promoviera la idea de que los detenidos podían consultar a sus abogados antes de declarar ante la policía. El *chief justice* Earl Warren le preguntó entonces si consideraba que los abogados eran una amenaza.

Al final la Corte le dio la razón a *Miranda*. La ponencia del caso fue del propio Warren, quien a nombre de una escasa mayoría de *justices* consideró que el interrogatorio policial sin presencia del abogado era contrario a la dignidad humana. Para preservar el derecho a no declarar contra uno mismo la policía debía poner en conocimiento de todo detenido la “advertencia *Miranda*” (*Miranda warning*), que es justamente la que tantas veces hemos visto en las películas estadounidenses.

La sentencia detalla con gran claridad lo que debe hacer la policía al momento de practicar una detención. Algunos de sus párrafos más importantes son los siguientes:¹⁸⁷

Antes de realizar cualquier pregunta (por parte de la policía), se ha de informar al detenido que tiene derecho a guardar silencio, que todo cuanto declare puede ser utilizado como prueba en su contra y que tiene derecho a la asistencia de un abogado, de su designación o de oficio. El detenido puede renunciar a ejercer estos derechos, siempre que la renuncia sea consciente, deliberada y voluntaria. Además, si manifiesta en uno u otro modo y en cualquier momento su deseo de consultar un abogado, el interrogatorio no puede continuar hasta que no se realice la consulta.

Una persona que no está en su medio familiar u ordinario sino en una dependencia policial o bajo detención policial, rodeado de personas que puede considerar hostiles, y sometido a las técnicas de interrogatorio, está en realidad sufriendo coerción

¹⁸⁷ La traducción de la sentencia puede verse en Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, BOE, 2005, pp. 344-353.

para declarar. En términos prácticos, la intimidación para declarar en una comisaría de policía puede ser mucho mayor que ante un tribunal o ante otros funcionarios, porque en estos últimos casos suelen estar presentes personas imparciales que impiden el uso de la fuerza o de medios equívocos o tramposos...

Para empezar, a los detenidos que se va a interrogar se les debe inmediatamente informar en términos claros e inequívocos que tienen derecho a permanecer en silencio...

Sólo si las autoridades expresa y claramente le informan de sus derechos puede afirmarse sin ningún género de dudas que el detenido era del todo consciente de ellos.

El *justice* Byron White consideró en su opinión disidente que esta sentencia permitiría que violadores y homicidas volvieran a la calle para seguir delinquiendo. No fue el caso de Ernesto Miranda, quien fue condenado en un segundo juicio por un tribunal que no tomó en cuenta su confesión ante la policía, pero al que le pareció que había suficiente evidencia para demostrar su culpabilidad.

En el periodo 2003-2004 de la Corte Suprema de los Estados Unidos se presentó un caso que pudo haber echado abajo el precedente *Miranda*. Se trató del caso *Missouri vs. Seibert*, en el que se discutía si la policía podía interrogar a un detenido antes de darle a conocer la llamada "Miranda warning" y después de hacerlo; de esa manera la policía no podía utilizar la primera declaración, pero tenía elementos a fin de presionar al detenido para no desdecirse de lo que ya había confesado, aunque no tuviera valor legal. La táctica policial fue declarada inconstitucional por la Corte, pero por una ajustada votación de 5 a 4.¹⁸⁸

La lectura de los derechos de las personas detenidas cobra todo su sentido cuando se toman en cuenta los datos sobre el enorme porcentaje de detenidos que no cuentan con ninguna

¹⁸⁸ Véase la nota de Linda Greenhouse, "The year Rehnquist may have lost his court", *New York Times*, 5 de julio de 2004, p. A12.

asistencia de abogado mientras se encuentran frente al Ministerio Público e incluso cuando rinden su declaración preparatoria ante la autoridad judicial.

Ante estos extendidos y evidentes fenómenos de “desprotección” –por decirlo de alguna manera– de las personas detenidas, el hecho de que conozcan sus derechos puede ser de gran ayuda en la práctica. El impacto de una medida de este tipo puede ser muy positivo para evitar abusos tanto en el momento de la detención como incluso durante el tiempo que transcurre entre ésta y la puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial.

La obligación de informar a las personas detenidas sobre sus derechos existe tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado. Respecto de lo primero puede citarse, por ejemplo, el párrafo 2 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece: “Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”. Un precepto semejante se encuentra en el artículo 7, párrafo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En las llamadas “Reglas de Mallorca”, redactadas por un grupo de expertos a solicitud de la ONU, relativas al tema de la administración de la justicia penal, se señala que: “La persona sobre la que pesa sospecha de parte de los órganos de persecución, no podrá ser interrogada sin ser advertida, previamente, que tiene el derecho a contar con asistencia de un abogado o a guardar silencio o abstenerse de declarar contra sí mismo” (Principio Octavo, párrafo primero).

En el derecho comparado encontramos por ejemplo el artículo 17 párrafo 3 de la Constitución española que señala: “Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención”. También es de interés citar el artículo 27 párrafo 4 de la Constitución portuguesa cuyo texto

establece, de forma parecida al ejemplo español, que: “Toda persona privada de su libertad deberá ser informada inmediatamente y de forma comprensible de las razones de su prisión o detención y de sus derechos”.

CONCLUSIÓN

Como puede verse, son muchos los temas y aspectos que deberían ser objeto de reflexión dentro de una reforma constitucional en materia de derechos humanos. Como se anunciaba al principio, las páginas anteriores no tienen más objetivo que el de aportar algunas ideas sueltas que puedan servir para orientar la discusión, reparando especialmente en temas que muchas veces parecen escapar a la atención de nuestros políticos y también de nuestros académicos.

Pero con independencia de la complejidad técnica que pueda tener la reforma en materia de derechos humanos, lo cierto es que no podrá llegar a buen puerto sin la participación de la sociedad civil. La agenda de los derechos humanos no ha tenido un lugar destacado dentro del proceso de reforma del Estado que lleva ya varios años realizándose en México. No lo tendrá en el futuro si la sociedad civil no eleva la voz y pone contra la pared a sus indolentes políticos para obligarlos a tomar en cuenta la necesidad de tener un catálogo de derechos moderno, sistemático y organizado bajo ciertas reglas lógicas.

Por otro lado, es conveniente apuntar que el mejor régimen constitucional de derechos no implicará cambios sustanciales en la calidad de vida de los habitantes de México si no es secundado por una reforma profunda al sistema de “garantías” de los propios derechos, es decir, a los mecanismos de protección de los derechos. Y en esto también tenemos importantes problemas por resolver, pero su análisis y las respectivas propuestas de reforma deben ser objeto de otro ensayo.

Leer y juzgar el pluralismo religioso*

El libro que se reseña podría pensarse que es un comentario a la sentencia 154/2002 del Tribunal Constitucional español. Sin embargo, en realidad constituye un estudio más amplio acerca de la enorme litigiosidad que en los últimos años se ha presentado en torno a las libertades de conciencia y religión, tanto en Europa como en Estados Unidos.

Para México es un libro de gran interés, pese a su brevedad, ya que la doctrina nacional –al estudiar los alcances de la libertad religiosa– se ha enfocado por razones de orden histórico más que justificadas a su vertiente institucional, es decir, al análisis de las relaciones entre las iglesias y el Estado. Actualmente es momento de modificar en parte dicha perspectiva para comenzar a explicar los problemas que presenta la libertad religiosa en su vertiente individual, esto es, como consecuencia de su regulación en el texto constitucional con carácter de derecho fundamental (en el artículo 24, por lo que respecta al caso mexicano).¹⁸⁹ Para avanzar en esta nueva etapa de estudios sobre un tema clave de las sociedades contemporáneas puede ser de gran ayuda e interés conocer el libro de Ana Valero.

*Comentario bibliográfico sobre el libro de Ana Valero Heredia, *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*, Valencia, Universitat de València, 2004.

¹⁸⁹Tal como afirma la autora, “Hoy en día, el entendimiento de la libertad religiosa no se circunscribe al ámbito de las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado” (p. 25).

Valero demuestra a lo largo de su ensayo que no solamente es momento de abandonar las aproximaciones tradicionales al tema, sino que incluso se deben aplicar al análisis del mismo varias de las más sofisticadas técnicas de interpretación del Estado constitucional de derecho, debido fundamentalmente a la importancia y complejidad de los asuntos que se han presentado en los últimos años. Así, por ejemplo, los alcances de la libertad religiosa hacen posible la aplicación a una multitud de casos concretos de cuestiones como la proporcionalidad, la ponderación, la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares, etcétera. Por poner algunos ejemplos de entre los muchos que se podrían citar, la autora menciona los casos de: “Los problemas relacionados con la guarda y custodia de los hijos cuando los padres viven separados y pertenecen a distintas confesiones;¹⁹⁰ o la pertenencia de los padres y/o de los hijos a grupos pseudoreligiosos o ideológicos cuyos postulados pueden incidir en el desarrollo integral del menor”; este tipo de casos, concluye Valero, “obligan a afrontar una pluralidad de conflictos cuya relevancia jurídica está proporcionalmente relacionada con la multiplicidad ética que inunda las sociedades contemporáneas” (p. 26). Pero éstos no son, ni de lejos, los únicos conflictos de carácter complejo que se pueden presentar, tal como se encarga de explicarnos Valero a lo largo de su ensayo.

En la primera parte del libro se desarrolla una exposición que busca determinar –con base sobre todo en la jurisprudencia constitucional española– el contenido de la libertad religiosa como derecho fundamental. Según el Tribunal Constitucional español (TC, en lo sucesivo) la libertad religiosa puede ser entendida, en términos generales, como un “derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconoci-

¹⁹⁰ José Ramón Cossío, “Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas”, en *Letras libres*, núm. 112, México, abril de 2008, pp. 62 y siguientes.

miento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere lice-re* del individuo”. A partir de esta caracterización general el TC identifica dos vertientes de la libertad religiosa: una entendiendo que dicha libertad permite a toda persona asumir o rechazar una determinada creencia religiosa sin coacción alguna proveniente de los poderes públicos,¹⁹¹ y otra para sostener que toda persona está facultada para exteriorizar sus convicciones religiosas y para actuar conforme a ellas (Valero, p. 29). Desde luego, la libertad religiosa permite también a toda persona no participar en credo religioso alguno, es decir, avala el derecho de todos a no tener convicción religiosa de ningún tipo y a estar a salvo por esa razón de cualquier injerencia de terceros, ya sea el Estado o ya sea otro particular.

Ahora bien, la pregunta que han tenido que enfrentar tribunales nacionales e internacionales es la siguiente: ¿qué sucede si la exteriorización de conductas coherentes con credos religiosos choca con algún valor, bien o derecho constitucionalmente tutelado? (Valero, p. 32). Posiblemente estamos frente a una situación típica de conflictos de normas constitucionales, sin embargo, la abundante jurisprudencia que nos ofrece Valero en su libro obliga a refinar la mirada y admitir que, en efecto, estamos frente a un caso de conflicto o tensión entre normas, pero que las respuestas jurisdiccionales –no siempre acertadas, por cierto– deben tener un alto grado de complejidad argumentativa, quizá equiparable al que se ha tenido que desarrollar en el supuesto de la libertad de expresión. Esto deriva del hecho de que la constatación de la existencia de un posible conflicto de normas del máximo nivel (dado que chocan dos situaciones jurídicas que, *prima facie*, están amparadas por el texto constitucional), no es sino la primera de las cuestiones a resolver, pero

¹⁹¹Y, se podría añadir, de los particulares, si aceptamos que la libertad religiosa debe valer también en las relaciones entre particulares. En México este supuesto encuentra apoyo en la fracción XVI del artículo 9 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

hay otras tanto o más complejas, como por ejemplo la de si existen límites a la posibilidad de que el legislador castigue penalmente conductas que exceden del límite constitucionalmente establecido para la libertad religiosa. ¿Es aceptable la vía penal o la amenaza que representa puede servir para inhibir el ejercicio de aspectos poco claros de la libertad religiosa? En términos generales la autora afirma que

la armonización del derecho de libertad religiosa con el resto del ordenamiento exige determinar cuándo y en qué casos prevalece el pleno ejercicio del derecho y en qué otros dicha plenitud debe verse restringida en virtud del propio orden constitucional, aunque de éste se derivan imperativos jurídicos que atentan contra la propia conciencia (p. 34).

Y justamente a desarrollar esta tarea de precisión y detalle se han dedicado varios tribunales de constitucionalidad en la última década, como lo explica la autora en la parte central de su obra.

En el derecho constitucional español el ejercicio de la libertad religiosa no encuentra límites, siempre que dicho ejercicio no se proyecte de forma negativa sobre los derechos fundamentales de una tercera persona, si bien la manifestación pública de tal libertad está sujeta a la cláusula de orden público, de acuerdo con lo que señala el artículo 16.1 de la Constitución de 1978.¹⁹²

De la extensa casuística que cita Valero en su libro pueden destacarse, como ejemplos de la enorme complejidad argumentativa que el tema de la libertad religiosa ha exigido de los tribunales, el caso “Kokkinakis” resuelto en 1993 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En este caso el Tribunal se tuvo que pronunciar sobre una disposición del código penal de Grecia que sancionaba el “proselitismo religioso”. Con base en ese código se había procesado penalmente a

¹⁹² Véase la sentencia del TC 141/2000, fundamento jurídico 4.

una persona que pertenecía a la religión de los “Testigos de Jehová”. El TEDH hizo una muy interesante argumentación para distinguir entre el proselitismo lícito y el ilícito o abuso de proselitismo. El primero sería simplemente el testimonio religioso manifestado a través de palabras o acciones, el cual está permitido ya que forma parte esencial de la expresión de las convicciones religiosas; el segundo tipo de proselitismo se caracteriza por la oferta de ventajas materiales o sociales, por el ejercicio de presiones indebidas sobre personas que se encuentran en situaciones de dificultad o necesidad y por el uso de la violencia física o psíquica con el fin de obligar a una conversión religiosa determinada o a la adopción de la misma (Valero, p. 43). Desde luego, el primer tipo de proselitismo está justificado y entra dentro de la protección que el Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza en su artículo 9 para la libertad religiosa, mientras que el segundo no. El TEDH le dio la razón al recurrente y declaró la incompatibilidad de la previsión penal griega con el Convenio Europeo. La misma visión sobre el proselitismo fue utilizada por el TEDH en el caso “Larissis” de 1998, en el cual el Tribunal calificó como proselitismo de mala calidad el que incluye cualquier actividad que ofrezca ventajas materiales o sociales o que suponga el ejercicio de una presión abusiva con vistas a obtener adhesiones a una Iglesia.

A la luz de esta jurisprudencia Valero afirma que

el respeto de la libertad de conciencia entraña el respeto de la facultad que asiste a los individuos y grupos para dar una difusión pública a las propias creencias, así como la autonomía para adherirse voluntaria y conscientemente a determinadas convicciones siempre bajo la estricta observancia de los límites expuestos (p. 44).

En este contexto, los dilemas parecen agudizarse cuando se ven involucrados menores de edad. Por ejemplo, en el caso de menores entran en juego otros dos elementos adicionales:

la autonomía familiar (expresada, por ejemplo, en los derechos de los padres a guiar educativa y religiosamente a sus hijos de acuerdo –en principio– con sus propias convicciones) y el interés superior del niño, garantizado en diversos textos constitucionales, en tratados internacionales (destacadamente en la Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 1989) y en distintos pronunciamientos jurisprudenciales de cortes nacionales e internacionales. Para la autora, “Los derechos de los padres que inciden en la formación de la conciencia de su hijo menor están supeditados a que éstos contribuyan a garantizar una formación integral del menor que resulte acorde con su propia personalidad” (p. 49). Como principio parece difícil de refutar el criterio de Valero, pero la jurisprudencia ha tenido que emplearse a fondo para ir zanjando la forma y los límites en que deben estar interrelacionados los derechos de los padres sobre la formación del menor y los propios intereses de éste. De hecho, la sentencia 154/2002 del TC, como veremos enseguida, es una buena prueba de la dificultad que tiene la aplicación práctica del criterio de Valero.

Otro caso importante que cita la autora es el de *Kjeldsen, Bush Madsen y Pedersen*, resuelto por el TEDH en 1976. El caso trataba de tres familias de Dinamarca cuyos hijos asistían a escuelas públicas de su país y que no estaban de acuerdo con que se les enseñaran a los menores cuestiones relacionadas con la educación sexual, ya que –argumentaban– eso violaba sus convicciones religiosas. La respuesta del TEDH fue en el sentido de respaldar la ley danesa que fundamentaba la impartición de contenidos sobre educación sexual en las escuelas públicas; el TEDH señaló que el Estado debe cuidar que los contenidos educativos que se impartan en la escuela pública no tengan finalidades de adoctrinamiento, las cuales sí podrían considerarse en su caso como no respetuosas con las convicciones religiosas o filosóficas de los padres, pero el Estado puede incluir en su programa educativo cualquier infor-

mación y contenidos que se difundan de manera objetiva, crítica y pluralista (Valero, p. 52).

Desde luego, la principal veta de jurisprudencia sobre la libertad religiosa ha sido la de la Suprema Corte de Estados Unidos, que desde hace décadas se ha caracterizado –en parte por la propia composición de pluralismo religioso que tiene su país– por un uso muy intensivo de las cláusulas contenidas en la Enmienda Primera de la Constitución de 1787 sobre el tema.¹⁹⁵

Un pronunciamiento clave de la Corte es el que se contiene en la sentencia del caso *Everson versus Board of Education* de 1947, ya que en ella se recoge el que es posiblemente el párrafo más citado sobre la cuestión de la libertad religiosa de toda la jurisprudencia mundial. Se trata de un párrafo que aclara el alcance de la cláusula constitucional que impide que el Estado “establezca” religión alguna (conocida como “*establishment clause*”). El párrafo en cuestión afirma que:

La cláusula de establecimiento de la religión de la Primera Enmienda significa: Ni un Estado ni el gobierno federal pueden instaurar una iglesia. Tampoco pueden aprobar leyes que promuevan una confesión religiosa, todas las religiones o que favorezcan a una confesión frente a otras. Tampoco pueden forzar o influir a una persona para que asista o para que permanezca apartada de una iglesia en contra de su voluntad o forzarle a que profese una religión o a que no profese ninguna. Nadie puede ser desfavorecido por tener o profesar creencias religiosas o ateas, por la asistencia o no asistencia al culto. Ningún impuesto, sea cual sea su importe, grande o pequeño, puede ser recaudado para la subvención de actividad o institución religiosa alguna, sea cual sea el nombre que reciban y sea cual sea la forma que adopten para la enseñanza

¹⁹⁵ Un buen repaso de dicha jurisprudencia puede verse en Kent Greenawalt, *Religion and the Constitution. Free exercise and fairness*, Princeton, Princeton University Press, 2006; una visión más sociológica, pero igualmente importante se encuentra en Peter Irons, *God on trial. Dispatches from America's religious battlefields*, Viking, Nueva York, 2007.

y la práctica de la religión. Ni un Estado ni el gobierno federal pueden, de forma pública o encubierta, participar en los asuntos de ninguna organización o grupo religioso, ni viceversa.

Este párrafo encierra una doctrina que fue puntualmente seguida hasta hace muy poco tiempo en Estados Unidos, cuando llegó al poder un presidente que puso por delante sus convicciones religiosas para resolver problemas de Estado.¹⁹⁴

De hecho, en algunos pronunciamientos posteriores de la Corte la doctrina contenida en *Everson* fue ablandándose, por decirlo de alguna manera. Así, por ejemplo, en la sentencia del caso *Santa Fe Independent School versus Doe* del año 2000 la Corte aceptó que se pronunciara una oración al inicio de algunas actividades deportivas, realizadas fuera de horario escolar. De forma parecida, al año siguiente la Corte juzgó aceptable que grupos religiosos pudieran utilizar aulas escolares –también fuera del horario lectivo– con fines proselitistas, siempre que tal uso se hiciera sin contar para ello con ningún recurso de la escuela fuera del propio préstamo de las aulas (fue el caso *Good news club versus Milford Central School*).

Por supuesto, los pronunciamientos de la Corte estadounidense son tan variados que sería imposible que hubieran sido siquiera resumidos por Valero en su libro, en cuya última parte se analiza con gran detenimiento precisamente la sentencia 154/2002 del TC.¹⁹⁵

El caso surge porque se había impuesto una sanción de carácter penal a los padres de un menor de edad (13 años), Testigos de Jehová los tres, que murió tras negarse a que le fuera practi-

¹⁹⁴ Véase el muy documentado análisis que ofrece Peter Singer en su libro *El presidente del bien y del mal. Las contradicciones éticas de George W. Bush*, Barcelona, Tusquets, 2004.

¹⁹⁵ Esta sentencia ha merecido, en otros, un comentario muy importante de José Juan Moreso, “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales”, en Jerónimo Betegón y otros (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2004, pp. 473 y siguientes.

cada una transfusión de sangre, necesaria para salvar su vida. El Tribunal Supremo había condenado a los padres por un delito de homicidio por omisión de los deberes derivados de la paternidad. Los recurrentes en la acción de amparo que promovieron ante el TC adujeron que actuaron conforme a sus convicciones religiosas y que nunca se opusieron explícitamente a la transfusión de sangre, sino que simplemente no la secundaron de manera activa frente a su hijo, el cual además había expresamente manifestado su rechazo a la misma debido a que conculcaba sus creencias religiosas. El TC concedió el amparo al entender que el menor había hecho uso de su libertad religiosa al oponerse a la transfusión y que los padres no se habían pronunciado en contra de la misma, sino que habían guardado reserva.

Valero argumenta que la decisión del TC es equivocada, ya que no toma en cuenta la posible coacción de los progenitores sobre las convicciones del menor. La autora afirma que el TC debía haber ponderado, “El miedo a posibles represalias por los miembros de su confesión o el temor ante la reacción de los padres”, hechos que “son razones suficientes para que un menor de edad manifieste una opinión acorde a la de sus mayores sin necesidad de que el convencimiento sobre dicha postura sea absoluto” (p. 83). En este sentido, parece exagerado darle mucho valor al criterio del menor de edad como lo hace el TC en su sentencia, puesto que era conforme solamente con lo que le habían enseñado sus padres, pero no tomaba en cuenta todos los elementos para la defensa de su interés superior (que era, como es obvio, seguir con vida).

Valero no está de acuerdo en que se ponga en el mismo nivel un concepto como “el grado de madurez del menor” (palanca sobre la que el TC se apoya para reconocer validez a su oposición a la transfusión) con el mucho más preponderante de su derecho a la vida, cuya protección tenían encomendada no sólo los padres, sino también el Estado (p. 86). Cabe al menos cuestionarse –afirma– hasta qué punto deja de ser “supe-

rior” el interés del menor al hacerlo depender de su propia madurez (p. 87). En efecto, justamente porque el interés del menor es “superior”, no puede subordinarse a lo que el propio menor considere, tenga o no grado de madurez para ello. El grado de madurez debe ser reconocido –aunque no sea una cuestión fácil, desde luego– solamente cuando se traduce en un afianzamiento del interés superior, y no –como lo hace el TC– al revés, es decir, lo que no se puede hacer es utilizar el grado de madurez para oponerlo al interés superior.

Además, el propio TC había sostenido en otro caso (el de los presos del GRAPO en huelga de hambre) que el derecho a la vida no era disponible por sus titulares y que, en esa medida, estaba justificada la decisión de un juez que ordenaba a la autoridad penitenciaria suministrar alimento suficiente para impedir que un grupo de presos muriera por una huelga de hambre que había emprendido (sentencia 137/1990). Por el contrario, en la sentencia 154/2002 el TC parece reconocer que “la voluntad del sujeto implicado puede impedir una asistencia médica que resulta contraria a sus convicciones religiosas” (Valero, p. 90).

Lo que concluye el TC es que los padres no podrían haber sido obligados a actuar enérgica y positivamente para persuadir a su hijo de la conveniencia de la transfusión, porque ello hubiera ido en contra de su derecho de libertad religiosa. La amenaza penal, en este caso, no cumplía con el requisito de proporcionalidad que debe acreditar cualquier restricción de un derecho fundamental y por tanto procedió a anular la condena que les había impuesto el Tribunal Supremo a los padres.

Como se puede apreciar, la obra de Ana Valero trata sobre diferentes temas del mayor interés para la dogmática de los derechos fundamentales. Sobre todo para la que se hace en México, que se debe enfrentar a temas cada vez más complicados. Por eso es que creo que la lectura del libro que se reseña pudiera ser muy productiva para el debate mexicano en torno a los derechos fundamentales.

¿Qué es una democracia de calidad?¹⁹⁶

Una de las áreas que más se ha descuidado dentro de los estudios sobre la democratización de México tiene que ver con la calidad de la democracia que tenemos en nuestro país. Tal parece, a la luz de la postura de la mayor parte de nuestros analistas, que cualquier tipo de democracia es por sí mismo deseable o aceptable.

Sin embargo, desde hace unos años se ha desarrollado un aparato conceptual en otras latitudes que puede tener gran utilidad para comprender y analizar mejor nuestro sistema democrático. Dentro de las aportaciones más relevantes se encuentra el importante libro de Leonardo Morlino, *Democracias y democratizaciones*. Se trata de una obra plagada de aportaciones conceptuales y empíricas para medir diversos fenómenos que están presentes en los procesos de transición y consolidación de la democracia (incluyendo sus etapas intermedias, como la instauración y la crisis, por mencionar dos ejemplos).

Precisamente, una de las cuestiones más interesantes para los lectores mexicanos del libro de Morlino creo que se ubica en su capítulo siete, cuando trata el tema de la “calidad de la democracia”. En esta parte del libro el autor habla de la “buena democracia” y la contrapone a las “democracias im-

¹⁹⁶ Reseña del libro de Leonardo Morlino, *Democracias y democratizaciones*, traducción de César Cansino e Israel Covarrubias, CEPACOM, México, 2005.

perfectas o defectuosas”, las cuales pueden ser de tres tipos: a) *democracia excluyente*, que se caracteriza por garantías limitadas para los derechos políticos; b) *democracia dominada*, en la que existen grupos de poder que pueden condicionar y limitar la autonomía de los líderes electos, y c) *democracia iliberal*, en la que los derechos civiles tienen una garantía sólo parcial (p. 258).

Morlino sitúa aparte a la *democracia delegativa*, siguiendo el acertado concepto propuesto originalmente por Guillermo O'Donnell en uno de sus más conocidos ensayos. En este tipo de democracias, para decirlo de forma sintética, los electores efectúan una “delegación” a los gobernantes el día de las elecciones; una vez realizadas éstas no existe un control permanente de la acción de los órganos del poder y además el respeto de la *rule of law* por parte del gobierno se da solamente de forma parcial (p. 258).

A la luz de lo anterior podríamos preguntarnos si la propuesta conceptual de Morlino consiste en realidad en cuatro tipos distintos de democracia o si más bien se trata de cuatro distintas perspectivas para enfocar el fenómeno democrático. Si partimos de la experiencia mexicana quizá se pueda afirmar esto último, pues de otra forma no sería fácil explicar que en México tengamos a la vez y sin que haya en ello contradicción conceptual de ningún tipo una democracia excluyente, dominada, iliberal y delegativa. Veamos con algún detenimiento lo que se acaba de decir.

Democracia excluyente: cualquier análisis riguroso de nuestras reglas democráticas (las que contiene la Constitución y las que se desarrollan en nuestra legislación electoral) o, peor aún, de nuestras prácticas políticas, demuestra que todavía tenemos severos límites para los derechos políticos; tomemos por ejemplo las barbaridades que establece el artículo 38 constitucional como causas para que se suspendan los derechos políticos; por ejemplo, por estar sujeto a un proceso penal

(violando de esa forma el principio de presunción de inocencia y, por lo tanto, un buen número de tratados internacionales de los que México forma parte), o por ser vago o ebrio consuetudinario.

Democracia dominada: tampoco es difícil adivinar la presencia de grupos de poder que condicionan y limitan la autonomía de los líderes electos. Aunque en esto seguramente México no tiene la exclusiva, lo cierto es que las bases del régimen autoritario que se apoyaba en buena medida en una estructura corporativa siguen intactas o al menos todavía muy fuertes. Los sindicatos, los grupos empresariales, las fuerzas armadas, los medios de comunicación y su larga cola de intereses, sin duda alguna condicionan y limitan –hasta un grado cercano a lo insostenible– la autonomía de los gobernantes electos de forma democrática.

Democracia iliberal: el ordenamiento constitucional mexicano no solamente permite que tengamos una garantía parcial de los derechos civiles, sino que además es hoy en día el principal obstáculo para avanzar hacia una garantía plena para estos derechos y para los demás derechos fundamentales. Como parte del sistema autoritario que rigió en México durante décadas, la Constitución establece una serie de límites o candados que son no sólo absurdos e ilógicos desde el punto de vista jurídico, sino también antidemocráticos desde una óptica política. Los ejemplos podrían multiplicarse hasta alcanzar las varias docenas, pero quizá haya dos cuestiones que ilustren suficientemente lo que se acaba de decir. Por una parte, es prácticamente imposible plantear ciertos recursos constitucionales de amparo ante los jueces ya que la Constitución y la ley de amparo exigen que para presentar tales recursos el individuo que los promueva resienta sobre su esfera jurídica un “agravio personal y directo”,¹⁹⁷ requisito que hace imposible

¹⁹⁷Véase artículo 107 fracción I de la Constitución.

que se sometan a revisión judicial una gran cantidad de violaciones a los derechos fundamentales. El segundo ejemplo es todavía más patético: si se logra superar el requisito del “agravio personal y directo” y se obtiene una declaratoria de inconstitucionalidad de una norma general por parte del Poder Judicial Federal, esa sentencia solamente beneficiará a la persona que haya promovido el juicio, sin tener aplicación alguna a las demás personas que están en la misma situación jurídica; es lo que se conoce como los “efectos relativos de la sentencia de amparo” o “Fórmula Otero”,¹⁹⁸ por medio de los cuales la norma general declarada inconstitucional solamente se inaplica para el caso concreto que hayan resuelto los jueces, pero sigue estando vigente para cualquier otro supuesto en que pueda aplicarse.

Democracia delegativa: tal como está el diseño constitucional mexicano en la actualidad la democracia de nuestro país no puede ser más que delegativa. No existen los mecanismos para realizar un control permanente de la acción de los gobernantes y el apego a los axiomas más básicos de la *rule of law* es solamente parcial, en parte por lo que se acaba de decir en el inciso anterior. En el momento del voto se da una delegación que, en el caso mexicano, es además una delegación a ciegas, pues en su mayor parte las campañas electorales no se basan en propuestas o programas, sino simplemente en el predominio de la imagen de los candidatos soportada por algún eslogan vacío y retórico. Cuando el discurso político-electoral no tiene contenidos, la democracia no puede ser más que delegativa, como sucede en México.

Más adelante en su libro Morlino nos explica las cualidades que debe tener un sistema democrático para ser considerado como una “democracia de calidad”. Las democracias de calidad, nos indica el autor, tienen tres características generales y cinco

¹⁹⁸ Véase artículo 107 fracción II de la Constitución.

“dimensiones de variación” (pp. 260-261). Las características generales consisten en que: a) se trata de regímenes que cuentan con una amplia legitimación y que, en esa virtud, son estables (se da una *calidad con respecto al resultado*); b) los ciudadanos, las asociaciones y las comunidades que integran estos sistemas gozan de libertad e igualdad por encima de los mínimos (se da una *calidad con respecto al contenido*), y c) los ciudadanos de una buena democracia tienen el poder de controlar y evaluar si el gobierno trabaja efectivamente por aquellos valores –igualdad y libertad– con pleno respeto a las normas vigentes (se da una *calidad con respecto al procedimiento*).

Respecto a las cinco dimensiones de variación Morlino nos advierte que dos de ellas son de carácter procedimental, una concierne al resultado y las otras dos son de tipo sustantivo. Son las siguientes en ese orden: a) *rule of law* o el respeto a la ley; b) *accountability* o rendición de cuentas; c) *responsiveness*, o reciprocidad, es decir, la capacidad de respuesta que permite la satisfacción de los ciudadanos y de la sociedad civil en general; d) respeto pleno de los derechos que pueden ampliarse en la realización de las diversas libertades, y e) progresiva ampliación de una mayor igualdad política, social y económica. Como ya se hizo con la tipología de las democracias imperfectas, también respecto de estas cinco condiciones para la calidad democrática podríamos preguntarnos si existen en México y, en su caso, de qué forma se aplican.

Para la perspectiva jurídica el punto que quizá pueda tener un mayor interés es el de la *rule of law*. La buena democracia debe contar con una *rule of law* que tenga las siguientes características, nos dice Morlino: a) la aplicación *erga omnes* del sistema legal, incluso en un nivel supranacional; b) la consecuente ausencia, incluyendo al nivel local, de áreas dominadas por organizaciones criminales; c) la ausencia de corrupción en los aparatos políticos, administrativos y judiciales; d) la existencia de una burocracia civil, central y local competente, efi-

ciente y universal en la aplicación de las leyes, que además sea responsable en caso de error; e) la existencia de fuerzas de policía eficientes y respetuosas de los derechos y las libertades existentes y efectivamente garantizadas; f) el acceso igual y sin complicaciones de los ciudadanos a la justicia en caso de contencioso entre particulares o entre éstos y las instituciones públicas; g) una duración razonable del proceso penal y del contencioso civil o administrativo; h) la completa independencia del juez o del jurado respecto a cualquier influencia del poder político (p. 265).

El hecho de que se trata de un listado de requisitos ideal y de que su completa realización parezca bastante compleja e incluso lejana de nuestro horizonte político y jurídico no le resta un ápice de validez, pues justamente el valor de las buenas teorías (diríamos, para estar a tono con el texto de Morlino, de las “teorías de calidad”), consiste justamente en exponer los grandes ideales regulativos, los horizontes deseables para el desarrollo de nuestras incipientes democracias. Y ese objetivo, en el libro de Morlino, está plenamente logrado. De ahí la importancia de su lectura y la oportunidad de su publicación.

Finalmente, habría que felicitar a los traductores de la obra, no sólo por lo bien lograda que está la traducción, sino por el hecho mismo de haber dedicado una buena cantidad de horas a esa tarea. Si revisamos el número de obras que se traducen en México y lo comparamos con lo que se hace en países como España, Italia o incluso Colombia y Argentina, veremos que en nuestro medio académico escasean los esfuerzos de traducción, que son un vehículo indispensable de reproducción y difusión del conocimiento. Por eso es que, junto con la felicitación a Morlino por su obra, hay que felicitar a César Cansino e Israel Covarrubias por su excelente traducción.

El proceso constituyente mexicano*

Este libro busca destacar la importancia que tiene una Constitución en la compleja vida de las sociedades contemporáneas. Lo hace mirando a la historia de México, a lo que hemos sido, a lo que queremos ser como nación, como Estado cuya convivencia civil y política está regida por un pacto constitucional.

La Constitución de nuestros días es, a la vez, pasado, presente y futuro, resultado de movimientos, revoluciones y costumbres lo mismo que aspiraciones de futuro: “Las constituciones de nuestro tiempo” –nos explica Gustavo Zagrebelsky,

miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer[...] pasado y futuro se ligan en una única línea y, como los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continua puntualización del patrimonio constitucional del pasado y por tanto a una continua redefinición de los principios de la convivencia constitucional.¹⁹⁹

La Constitución de nuestro tiempo convive con el pasado, en ocasiones renunciando a su repetición –como lo demuestran las cláusulas de inmodificabilidad de la Constitución alemana, desti-

*Palabras pronunciadas en la presentación del libro *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la de 1917* (México, IJ-UNAM, 2007), llevada a cabo en el IJ-UNAM el 20 de febrero de 2007.

¹⁹⁹Gustavo Zagrebelsky, *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 90-91.

nadas a decir “nunca más” a experiencias como la vivida bajo el régimen nazi-, pero se constituye sobre todo como una aspiración de futuro, es decir, como una especie de “utopía concreta” para usar el concepto recordado por Jürgen Habermas o como una “carta de navegación” si recurrimos a la imagen que propuso Carlos S. Nino. Es la misma idea que estaba presente en los esfuerzos que a finales del siglo XVIII dieron lugar a las primeras declaraciones de derechos: detener el tiempo y establecer un ideario social, escribir un “contrato social” que regulara las relaciones entre poderes públicos y particulares desde entonces y por toda la eternidad, o por lo menos –según la versión de algunos pensadores como Thomas Jefferson en Estados Unidos– por el tiempo que durara una generación en el poder.

En esa suerte de esperanza utópica se comienza a construir la importancia social de los textos constitucionales. Aunque muchas de sus normas tienen por destinatarios principales a los órganos superiores de los poderes públicos, lo cierto es que las Constituciones contienen también importantes regulaciones de la vida en sociedad, de las relaciones entre los individuos. No son relatos dirigidos solamente al poder, sino narraciones abiertas a la sociedad, pertinentes para su desarrollo.

Las Constituciones, a través de los derechos fundamentales, señalan no sólo los límites a los órganos del Estado, sino también la forma en que sus habitantes deben relacionarse entre ellos. No son reglas de actuación dirigidas únicamente a las autoridades, sino normas de conducta observables y obligatorias también para cualquier persona que se encuentre en el territorio dentro del que rige la Constitución. Además, las Constituciones son una especie de “utopías concretas”, documentos que expresan lo que las sociedades quieren ser en el futuro, conteniendo de esa manera las aspiraciones generales, que pueden ir modulándose gracias a la acción del pluralismo social.

Ahora bien, el éxito de una Constitución depende de que su contenido sea compartido y conocido socialmente. Y en

esto tiene una gran responsabilidad la cultura jurídica, que no debe ser monopolio exclusivo de los especialistas, sino objeto de conocimiento y debate por parte de amplios sectores de la sociedad. Las Constituciones deben ser conocidas, discutidas, examinadas y, en su caso, criticadas por todos sus destinatarios. A través de esos análisis y críticas es como la población puede apropiarse de un texto constitucional, que de otra manera quedará como simple recurso estilístico y retórico de la clase política o servirá solamente para dar clases y conferencias. Una Constitución debe tomar vida a partir del uso que de ella hagan todos los sectores sociales, utilizándola como argumento en discusiones jurídicas, políticas, sociales y hasta económicas. Las Constituciones deben estar arbitrando de forma permanente los conflictos sociales. Para que lo anterior sea posible es necesario, antes que nada, conocer los textos constitucionales. Ése es el segundo propósito del presente libro.

Tomar en serio el texto de la Constitución es, hoy en día, una de las mejores tareas que pueden realizarse para su defensa. Si dejamos en manos del poder la exclusiva definición de los términos constitucionales, estaremos expuestos a cualquier género de abusos, de los que ofrece ejemplos en abundancia la historia constitucional de México. Como sucede con otros conceptos, los de libertad o democracia por ejemplo, con la Constitución todos suelen identificarse. Todos dicen que su actuación es constitucional o que están haciendo cosas para mejorar la efectividad de la norma suprema. La Constitución se convierte, en el lenguaje de nuestros políticos, en una especie de sortilegio, en un resorte legitimador, que puede poner contra la pared a quien no sepa utilizarlo. Quien la sabe blandir en un enfrentamiento dialéctico termina casi siempre imponiéndose a sus rivales.²⁰⁰

²⁰⁰ Tomo este razonamiento de uno de Paolo Flores D'Arcais referido a la democracia; la referencia se encuentra en su obra *El soberano y el disidente. La democracia tomada en serio*, Madrid, Montesinos, 2006, pp. 9 y siguientes.

Pero desde el terreno académico debemos estar atentos a esos intentos de manipulación constitucional. La Constitución solamente puede estar al servicio de los intereses generales, no a las órdenes de las ambiciones políticas o partidistas de sujetos ubicados a lo largo y ancho del espectro ideológico, que pasarán a la historia como simples anécdotas en el camino. Desde el poder siempre se intentará influir en el sentido de las palabras de la Constitución; por eso es que su conocimiento debe ser una tarea en la que nos detengamos una y otra vez. Los significados semánticos del texto constitucional deben ser protegidos en contra de los intentos de “partidizarlos”, poniéndolos a salvo de las acechanzas que se asoman desde las sedes de algunos poderes públicos o de ciertos partidos políticos.

No se trata de emprender una cruzada en calidad de filólogos. Al defender las palabras se defiende también la cosa misma, se defiende a la comunidad política frente a la arrogancia del poder y se impide que la autoridad se apropie del valor compartido que la Constitución representa. Tomar las palabras de la Constitución en serio es nuestro primer *deber-ser*, pues sin ellas no tendremos puntos de referencia ni de salvación en los que sostener nuestra incipiente democracia.

Historia, utopía y rigor analítico: he aquí las tres claves de interpretación a través de las cuales cada lector podrá penetrar en el contenido del libro que hoy presentamos.

Capítulo 14

El oficio de jurista²⁰¹

No son muy frecuentes las reflexiones sobre el quehacer profesional de los abogados. Me refiero a la forma en que realizan su trabajo, a las tareas que llevan a cabo en el día a día de su actividad profesional. Sí que existe mucha literatura acerca de lo que hace un especialista en cada rama del derecho; así, por ejemplo, hay múltiples obras sobre la interpretación constitucional o sobre el papel del juez dentro de los juicios familiares. Lo que no abunda tanto son reflexiones como las que nos ofrece el libro colectivo coordinado por Luis María Díez Picazo, acerca del oficio de jurista.

El coordinador del libro explica en su texto introductorio a la obra que procedió a identificar las distintas formas en que se ejerce la profesión de abogado en España; una vez identificadas tales variantes procedió a pedir a especialistas destacados de cada ámbito una colaboración en la que expusieran lo que hacen diariamente en el ejercicio de su profesión. El mosaico final no solamente es de una enorme riqueza, sino también de una gran claridad.

Los dos primeros ensayos son los más generales. Encontramos en primer término un texto de José Juan Toharia en el que nos ofrece una aproximación sociológica al mundo de los abogados españoles. Toharia ofrece muchos datos de gran interés, de los cuales destaco simplemente dos: a) el gran nú-

²⁰¹ Reseña de Luis María Díez-Picazo (coord.), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI Editores, 2006.

mero de normas jurídicas que deben manejar los abogados en la España del siglo XXI; solamente entre 1979 y 1999 se promulgaron 193 leyes orgánicas, 873 leyes, 257 reales decretos-ley 9,160 reales decretos-legislativos (p. 4); b) el incremento en el número de abogados, el cual ha pasado de 6,368 abogados a inicios del siglo XX (32 por cada 100,000 habitantes) a 111,156 en 1995 (283 por cada 100,000 habitantes); esto significa que mientras la población española durante el siglo XX se multiplicó por dos, el número de abogados se multiplicó por 18 (p. 9).

El segundo ensayo que aparece en el libro se refiere al abogado (postulante), pero en realidad su autor, Pablo Bieger, nos ofrece una panorámica general del lugar del abogado en las sociedades modernas. El autor recoge una diversidad de citas que demuestran el poco aprecio que en la literatura y en la política se tiene por los abogados. Nos recuerda Bieger frases como la de Shakespeare, cuando dijo que, “La primera cosa que tenemos que hacer es matar a todos los abogados”. No sale mejor parada la profesión en frases como la de Dostoyevsky (“El abogado es una conciencia alquilada”) o en la definición de Lutero: “Abogado: mal cristiano”. Los mismos prejuicios contra los abogados tuvieron en su momento los dirigentes de regímenes fascistas; así, por ejemplo, Hitler dijo que: “No descansaré hasta que cada alemán comprenda que es una vergüenza ser abogado”; por su parte Mussolini sostuvo que: “No es exageración afirmar que los abogados devoran Italia... son las langostas que se lanzan al cuerpo de la joven nación y exprimen sus mejores energías”.²⁰² Antes de ellos ya Napoleón había propuesto: “Tiremos a los abogados al río”.

Luego de hacer este recuento Bieger nos ofrece algunas claves para comprender lo que hacen los abogados en la prác-

²⁰²No es difícil inferir las razones por las que los abogados no eran muy apreciados en los regímenes dictatoriales: la esencia de tales regímenes radica precisamente en la negación de todas las reglas jurídicas, comenzando por las constitucionales, que tienen como objeto central el de controlar al poder público.

tica, ilustra para qué sirven y enuncia una serie de requisitos que desde su punto de vista son necesarios para aspirar a ser un abogado exitoso. No es posible ni siquiera intentar resumir la riqueza de su trabajo. Destaco algunos puntos: los abogados, pese a la masificación profesional claramente ilustrada por los datos que nos ofrece Toharía, siguen siendo gente de letras, es decir, gente cultivada intelectualmente, dotada de muchas lecturas (si bien en su mayor parte dedicadas a los aburridos soliloquios de otros colegas).²⁰³ Bieger también repara en el venturoso hecho de que la profesión legal se está feminizando, es decir, las mujeres pronto superarán en número a los varones en el ejercicio de la abogacía (en el Colegio de Abogados de Barcelona 70 por ciento de los recién colegiados son mujeres).²⁰⁴

También explica el autor el hecho de que los abogados se expresan oralmente y por escrito en un lenguaje compuesto de arcanos, en el que los no iniciados difícilmente pueden penetrar. No lo señala Bieger, pero quizá la relajación o incluso el abandono en parte de este rebuscado lenguaje sea uno de los principales retos de la abogacía en nuestros días. Existen razones que explican y justifican el uso de un lenguaje técnico-jurídico, que no es ni puede ser igual al lenguaje popular, pero de ahí a los excesos que se observan en muchas demandas, sentencias y actos administrativos hay un buen trecho. A veces da la impresión que se utiliza el lenguaje rebuscado como un

²⁰³ Habría que insistir en este asunto: los mejores abogados suelen ser los más cultos; no existen, que yo sepa, datos empíricos que puedan acreditar esta intuición, pero en mi experiencia creo que se puede establecer aun en el caso de México una correlación entre éxito profesional en la abogacía y nivel cultural del abogado. Si esto es cierto, convendría alertar a los estudiantes para que tuvieran claro que en el ejercicio profesional no hay atajos para llegar al éxito: se debe contar con una preparación de excelencia, la cual inicia precisamente en las aulas universitarias (aunque no termina en ellas, como es obvio).

²⁰⁴ Éste es un hecho constatable también en las aulas de las escuelas y facultades de Derecho de México, al menos en las universidades públicas.

intento de ocultar las propias carencias técnico-jurídicas o gramaticales de quien lo emplea.²⁰⁵

Bieger ofrece algunas estadísticas un tanto sorprendentes: por ejemplo, justifica que en Madrid hay demasiados abogados citando que el número de ellos registrado por el correspondiente colegio profesional es de 48,000, frente a solamente 16,000 taxistas. Es decir, por cada taxista hay tres abogados en la capital española (y hay que decir que en Madrid hay un montón de taxis por todas sus calles). Otro dato interesante es que no todos los abogados se enriquecen en el ejercicio de la profesión; según cifras de diciembre de 2005, 41 por ciento de los abogados del Colegio de Abogados de Barcelona ganaban menos que el promedio de los otros trabajadores de Cataluña.

Aparte de los ensayos de Toharia y Bieger, que son los dos más generales, hay sustantivas reflexiones sobre el papel del abogado del Estado (los asesores jurídicos de los entes públicos), del fiscal (lo que en México llamamos Ministerio Público), del letrado del Consejo de Estado (instancia consultiva de máximo nivel dentro del Estado español), del letrado de las Cortes (que desempeñan, aproximadamente, la tarea que en México hacen los asesores y secretarios técnicos de las cámaras legislativas), del juez (abordado por un magnífico ensayo de quien seguramente es el mejor juez que hay en España: Perfecto Andrés Ibáñez), del catedrático, del registrador, del notario, del secretario judicial y del procurador de tribunales.

Como puede verse, se trata de una colección muy amplia de reflexiones sobre el papel de los abogados. Muchas de ellas contienen valiosos elementos para los abogados mexicanos. Sobre todo porque, en alguna medida, compartimos con España algunos de los problemas que aquejan a la profesión; ade-

²⁰⁵ No sucede lo mismo en el libro que estamos reseñando, ya que los autores se esforzaron por emplear un lenguaje sumamente claro y alejado de tecnicismos, lo que hace que el texto sea abordable por cualquier persona que cuente con una mínima preparación académica.

más, tales problemas suelen ser obviados en México y no existen estudios profundos que los analicen y propongan las soluciones correspondientes. Tenemos algunas estadísticas aisladas que son de gran utilidad para encuadrar a la profesión jurídica en México, debidas sobre todo al esfuerzo de sistematización y análisis de Héctor Fix Fierro y del núcleo de investigadores que trabajan con él.²⁰⁶ Pero sin duda que haría falta hacer un ejercicio semejante al que nos ofrece en su libro Luis María Díez Picazo. Mientras ese ejercicio llega, es muy recomendable abordar la lectura del importante libro *El oficio de jurista*, la cual será de gran provecho no solamente para abogados en el ejercicio de su profesión, sino también para todos los estudiantes de derecho.

²⁰⁶Véase sobre todo Héctor Fix Fierro (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, IJ-UNAM, 2006.

Capítulo 15

Homofobia

En un libro impresionante, Fernando del Collado nos pone frente a una realidad que en México nos cuesta mucho reconocer: el fuerte rechazo y la discriminación que sufren las personas homosexuales (*Homofobia. Odio, crimen y justicia 1995-2005*, México, Tusquets, 2007). Del Collado elige un campo de batalla en el que ese rechazo se manifiesta de la manera más cruel, como lo es el de la procuración de justicia. Entre 1995 y 2005 se pudieron documentar 387 asesinatos de homosexuales en México (seguramente hubo muchos más de los que nadie tomó nota o supo identificar como crímenes por homofobia). El 54 por ciento tuvieron una muerte sumamente violenta, agravada por un componente de odio: las víctimas fueron acuchilladas, degolladas o estranguladas.

Los asesinatos de homosexuales son investigados con nulo empeño por parte de las procuradurías; los agentes del Ministerio Público y de la policía judicial proyectan sus traumas y su ignorancia al integrar las averiguaciones previas. En los interrogatorios le dan más importancia a las preferencias sexuales de la persona asesinada que a otras cuestiones de mucha mayor relevancia; abundan las preguntas sobre la parte “morboza” de su sexualidad; se cita a los familiares y se indaga si la condición de homosexual de un hijo, de un hermano, de un primo era o no conocida por su familia; se cita a la pareja y se le pregunta por la forma en que tenían relaciones sexuales (“quién penetraba a quién” y cosas por el estilo, según lo narra Del Collado).

La homofobia es el miedo a lo diferente en el plano sexual, es el temor a ver expuestas nuestras propias preferencias, a tener que enfrentar la presencia y la cercanía del homoerotismo; a veces ese miedo se expresa en forma de violencia física o moral: insultos, estigmatización, golpes, burlas, violaciones, asesinatos, etcétera. Por eso es importante que el tema se discuta abiertamente en México. No se trata de un asunto circunscrito a una minoría acostumbrada a discriminar; la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación (levantada en 2005 por la Sedesol y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación) detectó que la mayor amplitud numérica del fenómeno discriminatorio se daba en contra de los extranjeros (xenofobia) y en contra de los homosexuales (homofobia). Casi la mitad de los encuestados sostuvo que por ningún motivo compartiría su vivienda con una persona homosexual.

La homofobia se acentúa en comunidades pequeñas, en los pueblos, entre las etnias indígenas. La represión comienza en la escuela o en la familia, sigue en el trabajo y llega, en casos sumamente graves y dolorosos, hasta las instituciones encargadas de procurar y administrar justicia.

La forma más directa de evitar estos prejuicios es avanzar hacia la mayor visibilidad de la opción homosexual. El ejemplo de España puede ser muy útil, pues a partir de la equiparación jurídica completa entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales (incluso a través del matrimonio) se produjo un avance de enormes dimensiones en la “normalización” de las relaciones homosexuales.

Pero aparte de la discriminación contra las personas homosexuales, el libro de Fernando del Collado nos pone frente a otro hecho igualmente clamoroso: la ineficacia y la falta de profesionalismo de nuestras procuradurías de justicia. No es casual que en México la mayor parte de las víctimas de un delito decida no presentar una denuncia ante la autoridad; los afectados dicen que no la presentan “porque no sirve de

nada”, “porque es una pérdida de tiempo”, “porque le piden a uno dinero”, etcétera. Una buena parte de las averiguaciones previas que se abren se va directamente al archivo sin que la autoridad haga nada luego de levantar la denuncia. Muchas de las que sí son finalmente integradas llegan con grandes deficiencias ante los jueces. Al terminar de leer el libro de Fernando del Collado uno se pregunta si la falta de diligencia de las procuradurías en el caso de los homosexuales encierra verdaderamente una discriminación o si más bien se trata de la falta de diligencia con que se atienden todos los casos. Cualquiera que sea la respuesta correcta, lo cierto es que los ciudadanos estamos en serios problemas, sin importar cual sea nuestra preferencia sexual.

Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce, "This is not a war", *The Yale Law Journal*, vol. 113, núm. 8, New Haven, 2004.
- , *Before the next attack. Preserving civil liberties in an age of terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006.
- AHUMADA RUIZ, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Madrid, Civitas, 2005.
- ANDERSON, Malcolm, *Frontiers. Territory and state formation in the modern world*, Cambridge, Polity Press, 1996.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "El juez", en Luis María Díez Picazo, (ed.), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006.
- AUST, Stefan y Cordt Schnibben (eds.), *Irak. Historia de una guerra moderna*, Madrid, Círculo de Lectores, 2004.
- BARAK, Aharon, *The judge in a democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- BARONA VILAR, Silvia, "Garantías y derechos de los detenidos", en la obra colectiva *Derechos procesales fundamentales*, Madrid, CGPJ-Escuela Judicial, 2005.
- BAZÁN, Víctor, "El *amici curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, México, enero-junio de 2005.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y Julio V. González García, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC-BOE, 2005.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

- BILBAO UBILLOS, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.
- , *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC-BOE, 1997.
- BOVERO, Michelangelo, “Ciudadanía y derechos fundamentales”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 103, México, enero-abril de 2002.
- BRITO MELGAREJO, Rodrigo, *Constitucionalismo global*, México, Porrúa, 2005.
- CAMP, Roderic A., *Los intelectuales y el Estado en el México del siglo XX*, México, FCE, 1995.
- CANSINO, César, *El desafío democrático. La transformación del Estado en el México postautoritario*, México, CEPCCOM, 2004.
- CARBONELL, José, *El fin de las certezas autoritarias*, México, UNAM, 2002.
- CARBONELL, Miguel, “Renta básica”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Anuario 2003*, México, IIJ-UNAM, Porrúa, 2003.
- , *La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, 2004.
- , “Un contrasentido constitucional: el derecho a la tenencia y portación de armas”, en *Lex. Difusión y análisis*, núm. 124, México, octubre de 2005.
- , *Los derechos fundamentales en México*, 2a. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, CNDH, 2006.
- , “La xenofobia constitucionalizada”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 246, México, julio-diciembre de 2006.
- , *Elementos de derecho constitucional*, México, Fontamara, 2006 (reimp.).
- , *Igualdad y libertad. Propuestas de renovación constitucional*, México, IIJ-UNAM-CNDH, 2007.
- , *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Porrúa, CNDH-UNAM, 2007.

- _____, Héctor Fix Fierro y Rodolfo Vázquez (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2008.
- _____ y Enrique Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, 4a. ed., México, Porrúa, RENACE, UNAM, 2009.
- _____, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, UNAM-ITAM-Siglo XXI, 2002.
- _____, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, CNDH, Porrúa, 2003, 2 tomos.
- CÁRDENAS, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, IJ-UNAM 1994.
- _____, “El procedimiento para la revisión integral de la Constitución de 1917”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 12, México, enero-junio de 2005.
- CARPISO, Jorge, “Autodeterminación, no intervención y justicia internacional”, en Varios autores, *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, t. 1, Navarra, Thompson-Aranzadi, 2006.
- CASTLES, Stephen y Mark J. Miller, *La era de la migración. Movimientos internacionales en el mundo moderno*, México, M. A. Porrúa, Cámara de Diputados, 2005.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Sobre el concepto de derechos colectivos”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 12, Madrid, 1998.
- _____, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.
- DE LUCAS, Javier, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994.
- _____, “Por qué son relevantes las reivindicaciones jurídico-políticas de las minorías”, en J. de Lucas (dir.), *Derechos de*

- las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, CGPJ, 1999.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la postmodernidad*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1998.
- , *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, FCE, 2004.
- DE VEGA, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)”, en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002.
- , *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1999 (reimpr.).
- DIAMOND, Larry, *Developing democracy. Toward consolidation*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1999.
- DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 8a. ed., Madrid, Taurus, 1991 (reimpr.).
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (coord.), *El oficio de jurista*, Madrid, Siglo XXI, 2006.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, Civitas, 1994.
- FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición de Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo, Madrid, Trotta, 2001.
- , “Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de derecho privado”, en Varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, 2002.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- , *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. de Miguel Carbonell, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006.
- , *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma, Laterza, 2007, 3 tomos.

- , *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- FERRER MACGREGOR, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva jurisprudencial)*, Madrid, Civitas, 2002.
- , “Una defensa de la rigidez constitucional” en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002.
- FISHER, Louis, *Military tribunals and presidential power. American revolution to the war on terrorism*, Lawrence, University Press of Kansas, 2005.
- FIX-FIERRO, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, IJ-UNAM, 2006.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 1999.
- , *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento jurídico mexicano*, México, Porrúa, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 4a. ed., Madrid, Civitas, 1998.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional 2007-2008*, México, Porrúa, 2008.
- , “Los sistemas de enjuiciamiento y los órganos de acusación”, en Cipriano Gómez Lara y Marcel Storme (coords.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, vol. IV, México, UNAM, 2005.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993.
- GÓMEZ ROBLEDO, Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 5, México, 2005.

- GREENAWALT, Kent, *Religion and the Constitution. Free exercise and fairness*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- GREENBERG, Karen J. (ed.), *The torture debate in America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 2a. ed., México, UNAM-Fontamara, 2003.
- , “La Constitución como límite a la legislación”, en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4a. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 2008.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
- , *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona, Paidós, 2000.
- IGNATIEFF, Michael, *El mal menor*, Madrid, Taurus, 2005.
- , “Si la tortura funciona”, en *Claves de razón práctica*, Madrid, mayo de 2006.
- IRONS, Peter, *God on trial. Dispatches from America's religious battlefields*, Nueva York, Viking, 2007.
- ISLAS, Olga y Miguel Carbonell, *Constitución y justicia para adolescentes*, México, UNAM, 2007.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, Madrid, mayo-agosto de 1987.
- JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.
- , *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.
- LEVINSON, Sanford (ed.), *Torture. A collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.
- LO VUOLO, Rubén, “A modo de presentación: los contenidos de la propuesta de ingreso ciudadano”, en *Contra la exclusión. La propuesta de ingreso ciudadano*, Buenos Aires, Miño y Dávila Editores, 1995.
- , “Ingreso ciudadano y pobreza en América Latina”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 19, Madrid, julio de 2002.

- MARSHALL, T. H., “Ciudadanía y clase social”, en T.H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998.
- MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Madrid, Civitas, 1995.
- MARTÍNEZ CUEVAS, María Dolores, *La suspensión individual de derechos y libertades en el ordenamiento constitucional español: un instrumento de defensa de la Constitución de 1978*, Granada, Comares, Universidad de Granada, 2002.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “El amparo en revisión 2/2000: una puerta hacia la incidencia de las garantías individuales en las relaciones entre particulares”, en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 14, México, 2003.
- , *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004.
- MORESO, José Juan, “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales”, en Jerónimo Betegón et al. (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPS, 2004.
- MORLINO, Leonardo, *Democracias y democratizaciones*, trad. de César Cansino e Israel Covarrubias, CEPCOM, México, 2005.
- O'DONNELL, Guillermo, “Democracia y Estado de derecho”, en *Nexos*, México, núm. 325, enero de 2005.
- PELAYO MÖLLER, Carlos M., *La suspensión de derechos y garantías en el Estado constitucional*, Mazatlán, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2004.
- PISARELLO, Gerardo y Antonio de Cabo (eds.), *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Trotta, 2006.
- POSNER, Richard, *Not a suicide pact. The constitution in a time of national emergency*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.
- RAVENTÓS, Daniel, *El derecho a la existencia*, Barcelona, Ariel, 1999.
- , “El salario de toda la ciudadanía”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 106, Madrid, octubre de 2000.

- (coord.), *La renta básica*, Barcelona, Ariel, 2001.
- y José Antonio Noguera, “La renta básica de ciudadanía”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 120, Madrid, marzo de 2002.
- REMIRO BROTONS, Antonio, “Presentación”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 7, Madrid, 2003 (monográfico sobre “Movimiento migratorios y derecho”).
- RIBEIRO MOREIRA, Eduardo, *Neoconstitucionalismo. A invasao de Constitucao*, Sao Paulo, Editora Método, 2007.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “Constitución”, en Manuel Aragón (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001.
- SARTORI, Giovanni, *Ingeniería constitucional comparada*, México, FCE, 1998.
- SAURA ESTAPÁ, Jaume, “Legalidad de la guerra moderna a propósito de la invasión de Irak”, en Varios autores, *Guerra y paz en nombre de la política*, Madrid, Calamar, 2004.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano*, México, UNAM, 2008.
- SRACIC, Paul A., *San Antonio V. Rodríguez and the pursuit of equal education*, Lawrence, University Press of Kansas, 2006.
- STONE, Geoffrey R., *War and liberty. An american dilemma: 1790 to the present*, Nueva York, Norton and Company, 2007.
- SUNSTEIN, Cass, *Laws of fear. Beyond the precautionary principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- TOSCANO, Roberto, “Interrogantes éticos sobre la globalización”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), *Estado constitucional y globalización*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2003.
- TUSHNET, Mark (ed.), *The constitution in wartime. Beyond alarmism and complacency*, Durham, Duke University Press, 2005.
- VALADÉS, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, SCJN, 2005.

- _____, *Constitución y democracia*, México, IJ-UNAM, 2000.
- VALERO Heredia, Ana, *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad*, Valencia, Universitat de València, 2004.
- VITALE, Ermanno, *Ius migrandi*, Madrid, Mesulina, 2006.
- WIHTOL DE WENDEN, Catherine, *Faut-il ouvrir es frontières?*, Paris, Presses de Sciences Po, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y Constitución*, trad. y pról. de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2005.
- ZALDÍVAR, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, IJ-UNAM, 2002.
- ZEPEDA LECUONA, Guillermo, “El uso excesivo e irracional de la prisión preventiva en México”, en Olga Islas y Sergio García Ramírez (coords.), *Panorama internacional sobre justicia penal. Culturas y sistemas jurídicos comparados México*, UNAM, 2007.
- ZOLO, Danilo, “La ciudadanía en una era poscomunista”, en *La política. Revista de Estudios sobre el Estado y la sociedad*, núm. 3, Barcelona, Paidós, 1997.
- _____, “La strategia della cittadinanza”, en Danilo Zolo (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, 2a ed., Roma-Bari, Laterza, 1999.
- _____, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

Índice

PRESENTACIÓN	5
Capítulo 1	
¿QUÉ ES UNA CONSTITUCIÓN?	11
Capítulo 2	
EL ESTADO CONSTITUCIONAL COMO HERRAMIENTA PARA LA CALIDAD DEMOCRÁTICA	43
Capítulo 3	
LIBERTAD DE TRÁNSITO Y FRONTERAS: LA GRAN CUESTIÓN DEL SIGLO XXI	57
Capítulo 4	
DERECHOS FUNDAMENTALES Y EMERGENCIAS TERRORISTAS	85
Capítulo 5	
UN NUEVO ÓRGANO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO.	105
Capítulo 6	
LA RUTA DE LA EVASIÓN: SOBRE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL MEXICANA EN EL SIGLO XX	113
Capítulo 7	
LAS FRONTERAS Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	123

Capítulo 8	
EL FUTURO DE LA CONSTITUCIÓN	133
Capítulo 9	
¿REFORMA DEL ESTADO O NUEVA CONSTITUCIÓN?.	137
Capítulo 10	
REFORMA DEL ESTADO Y DERECHOS FUNDAMENTALES: ALGUNAS PROPUESTAS	149
Capítulo 11	
LEER Y JUZGAR EL PLURALISMO RELIGIOSO	179
Capítulo 12	
¿QUÉ ES UNA DEMOCRACIA DE CALIDAD?	189
Capítulo 13	
EL PROCESO CONSTITUYENTE MEXICANO	195
Capítulo 14	
EL OFICIO DE JURISTA	199
Capítulo 15	
HOMOFOBIA	205
BIBLIOGRAFÍA	209

Dilemas de la democracia constitucional, se terminó de imprimir en la ciudad de México durante el mes de febrero del año 2009. La edición, en papel de 75 gramos, estuvo al cuidado de la oficina litotipográfica de la casa editora.



ISBN 978-607-401-092-3
MAP: 016365-01



CONOCER PARA DECIDIR

EN APOYO A LA
INVESTIGACIÓN
ACADÉMICA

INSTITUCIONES COEDITORAS

- | | | | |
|--|--|---|--|
| Asociación Nacional de Universidades e Instituciones de Educación Superior | Fundación Mexicana de Estudios Políticos y Administrativos, A.C. | Secretaría de la Reforma Agraria | Universidad de Occidente |
| Cámara de Diputados | Gobierno del Estado de Chiapas | Siglo XXI Editores | Universidad Juárez Autónoma de Tabasco |
| <i>LIX Legislatura</i> | Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa | Simon Fraser University | Universidad Nacional Autónoma de México |
| <i>LX Legislatura</i> | Ibero-Amerikanisches Institut | Sociedad Mexicana de Medicina Conductual | <i>Centro de Estudios sobre la Universidad</i> |
| Centro de Estudios de México | Instituto Federal Electoral | Universidad Anáhuac del Sur | <i>Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades</i> |
| Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C. | Instituto Iberoamericano para el Fortalecimiento del Poder Legislativo, A.C. | Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca | <i>Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias</i> |
| Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social | Instituto Mexicano de Estrategias | <i>Instituto de Investigaciones Sociológicas</i> | <i>Dirección General de Publicaciones y Formato Editorial</i> |
| Centro de Investigación y Docencia Económicas | Instituto Tecnológico Autónomo de México | Universidad Autónoma de Aguascalientes | <i>Facultad de Contaduría y Administración</i> |
| Centro del Tercer Mundo para el Manejo del Agua | Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey | Universidad Autónoma de Baja California | <i>Facultad de Economía</i> |
| Consejo Mexicano de Asuntos Internacionales | <i>Campus Ciudad de México</i> | Universidad Autónoma del Estado de México | <i>Facultad de Estudios Superiores Acatlán</i> |
| Consejo Nacional para la Cultura y las Artes | <i>Campus Estado de México</i> | Universidad Autónoma de Yucatán | <i>Facultad de Estudios Superiores Aragón</i> |
| <i>Instituto Nacional de Antropología e Historia</i> | <i>Campus Monterrey</i> | Universidad Autónoma de Zacatecas | <i>Instituto de Geografía</i> |
| El Colegio de la Frontera Norte, A.C. | <i>Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública</i> | <i>Doctorado en Estudios del Desarrollo</i> | <i>Instituto de Investigaciones Económicas</i> |
| El Colegio de San Luis | Integración para la Democracia Social, APN | Universidad Autónoma Metropolitana | <i>Instituto de Investigaciones Sociales</i> |
| El Colegio de Sonora | Internacional Socialista | <i>Unidad Azcapotzalco</i> | <i>Programa Universitario de Estudios de Género</i> |
| Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México | Libertad de Información-México, A.C. | <i>Unidad Iztapalapa</i> | <i>Programa Universitario de Estudios sobre la Ciudad</i> |
| Fundación Colosio, A.C. | Poder Legislativo del Estado de México, LXI Legislatura | <i>Unidad Xochimilco</i> | <i>Seminario de Educación Superior</i> |
| Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset | Secretaría de Gobernación | <i>Programa Universitario Integración en las Américas</i> | Universidad Pedagógica Nacional |
| Fundación Konrad Adenauer, A.C. | <i>Centro de Estudios Migratorios del Instituto Nacional de Migración</i> | Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas | Universidad Veracruzana |
| | | Universidad de California Santa Cruz | Universitat Autònoma de Barcelona |
| | | Universidad de Colima | |
| | | Universidad de Guadalajara | |

El Estado constitucional nace a finales del siglo XVIII con dos finalidades muy concretas: dividir al poder y garantizar los derechos. Lo que podemos observar a principios del siglo XXI es un Estado constitucional que ordena la realización de muy diversas tareas a cargo de las autoridades y que legitima el quehacer público en relación directa con el grado de tutela de los derechos que es capaz de lograr. Sin embargo este desarrollo se enfrenta, no solamente en México, a una serie de desafíos, dilemas y tensiones de la mayor envergadura. No podemos decir que el avance del Estado constitucional sigue siendo lineal y expansivo. Hemos presenciado en años recientes retrocesos en toda regla, no solamente a nivel normativo, sino incluso a nivel ideológico.

El Estado constitucional no se tiene que enfrentar solamente a la baja calidad del sistema democrático, sino que tiene que hacerse cargo de muchos otros temas. En este libro el lector podrá encontrar reflexiones sobre las migraciones contemporáneas y el derecho fundamental a la libertad de tránsito, sobre la manera en que las emergencias debilitan muchos resortes del Estado constitucional e instalan una lógica del miedo en la sociedad, sobre el papel de las fronteras en el siglo XXI, sobre las erráticas rutas analíticas que ha seguido la teoría constitucional mexicana y sobre los posibles desarrollos futuros del constitucionalismo en nuestro país.

Son reflexiones realizadas desde la perplejidad que supone tener que defender lo que ya parecía ganado. Es la perplejidad que se suscita al ver que aquello por lo que lucharon tantas generaciones (la democracia) se ha convertido poco a poco en una caja vacía, en un cofre dispuesto para el enriquecimiento de algunos políticos y de todos los partidos. Son las simulaciones tan presentes en la vida pública de México, pero también son los dilemas que habrá que sortear en el futuro, si es que todavía queremos vivir bajo el paraguas protector del Estado constitucional de derecho.

Dilemas de la democracia



9 786074 010923

DEMOCRACIA



Comisión Estatal de
Derechos Humanos
A.C. LAJASCUENTES

Miguel Ángel
Porrúa

ciencias
sociales
TEÓRICO Y PRÁCTICO



CONOCER
PARA DECIDIR
EN APOYO A LA
INVESTIGACIÓN