

CUESTIONES Constitucionales

Revista Mexicana de Derecho Constitucional



Número 42, Enero-Junio de 2020

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Dr. Pedro Salazar Ugarte
Director

Dra. Issa Luna Pla
Secretaria académico

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta revista, *Cuestiones Constitucionales*, se solidarice con su contenido.

Cuidado de la edición y formación en computadora: Roberto Zavaleta Cornejo e Isidro Saucedo

Apoyo editorial: Gilda Bautista Ravelo

Asistente de la revista: Jessica Janeth Padilla Márquez

CUESTIONES CONSTITUCIONALES
Revista Mexicana de Derecho Constitucional

Dr. Edgar Corzo Sosa
Director

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Coordinadora editorial

CONSEJO EDITORIAL

Jorge Adame Goddard (México, UNAM-IIJ); José Afonso da Silva (Brasil, Universidad de São Paulo); Manuel Aragón Reyes (España, Universidad Autónoma de Madrid); Carlos M. Ayala Corao (Venezuela, presidente de la Comisión Andina de Juristas); Jorge Carpizo † (México, UNAM-IIJ); Krystian Complak (Polonia, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytet Wrocławski); José Ramón Cossío Díaz (México, SCJN); Ronald Dworkin † (Estados Unidos de América-Inglaterra, New York University / University College London); Héctor Fix-Zamudio (México, UNAM-IIJ); Imer Flores Mendoza (México, UNAM-IIJ); Domingo García Belaúnde (Perú, Universidad Peruana Los Andes); Jorge Mario García Laguardia (Guatemala, Universidad de San Carlos); Sergio García Ramírez (México, UNAM-IIJ); José Joaquim Gomes Canotilho (Portugal, Universidade de Coimbra); Ángel J. Gómez Montoro (España, Universidad de Navarra); Raúl González Schmal (México, Universidad Iberoamericana); Héctor Gros Espiell (Uruguay, Universidad de la República); Rubén Hernández Valle (Costa Rica, Universidad de Costa Rica); Hans-Rudolf Horn (Alemania, Universidad de Mainz); Roberto Ibáñez Mariel (México, Universidad Panamericana); John Anthony Jolowicz (Inglaterra, Universidad de Oxford); Alonso Lujambio Irazábal † (México, ITAM); Jorge Madrazo Cuéllar (México, UNAM-IIJ); Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri (México, UNAM-IIJ); Mario Melgar Adalid (México, UNAM-IIJ); Ricardo Méndez Silva (México, UNAM-IIJ); Jorge Miranda (Portugal, Universidad de Lisboa e Da Universidade Católica Portuguesa); Franck Moderne (Francia, Université de Pau et des Pays de l'Adour); Dieter Nohlen (Alemania, University of Heidelberg); José Alfredo de Oliveira Baracho † (Brasil, Universidad Federal de Minas Gerais); José de Jesús Orozco Henríquez (México, UNAM-IIJ); Carlos Restrepo Piedrahita (Colombia, Universidad Externado de Colombia); Luis Carlos Sábica (Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario); Giovanni Sartori † (Italia-Estados Unidos de América, Columbia University in the City of New York / Universidad de Florencia); Fernando Serrano Migallón (México, UNAM); José Luis Soberanes Fernández (México, UNAM-IIJ); Graciela Soriano de García Pelayo (Venezuela, Fundación Manuel García Pelayo); Manuel Suárez Muñoz (México, Instituto de Estudios Constitucionales

del Estado de Querétaro); Diego Valadés (México, UNAM-IIJ); Salvador Valencia Carmona (México, UNAM-IIJ); Jorge Reinaldo Vanossi (Argentina, Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires); Pedro de Vega (España, Universidad Complutense de Madrid); Francisco Venegas Trejo (México, UNAM); Giuseppe de Vergottini (Italia, Universidad de Bolonia); Gustavo Zagrebelsky (Italia, Universidad de Turín).

CONSEJO ASESOR

Victoria Adato Green (México, SCJN); César Iván Astudillo Reyes (México, UNAM-IIJ); Miguel Carbonell Sánchez (México, UNAM-IIJ); Héctor Fix-Fierro (México, UNAM-IIJ); Rodrigo Gutiérrez Rivas (México, UNAM-IIJ); María del Pilar Hernández (México, UNAM-IIJ); Sergio López-Ayllón (México, CIDE); Cecilia Mora-Donatto (México, UNAM-IIJ); Susana Pedroza de la Llave (México, UNAM-IIJ); Miguel Pérez López (México, UAM); Juan José Ríos Estavillo (México, Escuela Libre de Derecho); Alfredo Sánchez-Castañeda (México, UNAM-IIJ); José María Serna de la Garza (México, UNAM-IIJ); José Luis Vázquez Alfaro (México, UNAM); Juan Vega Gómez (México, UNAM-IIJ).

Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 42, enero-junio de 2020, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, delegación Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico: rmdc.ijj@unam.mx. Editor responsable: Edgar Corzo Sosa. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2003-051211533300-102. Número de reserva al título (versión electrónica): 04-2015-091716464800-203. ISSN (versión electrónica) 2448-4881. Número de certificado de licitud de título: 11210. Número de certificado de licitud de contenido: 7831.

Cuestiones Constitucionales se encuentra registrada en los siguientes índices y bases de datos:

Sistema de Clasificación de Revistas Mexicanas de Ciencia y Tecnología (Conacyt). SCOPUS (base de datos bibliográfica de resúmenes y citas de artículos de revistas científicas). Latindex. Bibliojurídica. Clase. Dialnet (portal de difusión científica hispana, Universidad de La Rioja, España). Redalyc (Red de Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal; Universidad Autónoma del Estado de México). SCIELO México (Scientific Electronic Library Online). Ulrichs Web, Global Serials Directory. Hollis (Red de Revistas Científicas de la Universidad de Harvard).

Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2003-051211533300-102
Número de reserva al título (versión electrónica): 04-2015-091716464800-203
Número de certificado de licitud de título: 11210
Número de certificado de licitud de contenido: 7831

Primera edición: 11 de febrero de 2020

DR © 2020, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México

ISSN: 1405-9193

ISSN (versión electrónica): 2448-4881

CONTENIDO

ARTÍCULOS DOCTRINALES

| | |
|---|-----|
| La transición postsoviética: construcción constitucional y realidad política (CIS Countries Case-Study) | 3 |
| The Post-Soviet Transition: Constitutional Structuring and Political Reality (Case-Study de la CEI) | |
| Marianna ABRAMOVA Maksim VILISOV | |
| La resolution des conflits juridiques et politiques par la justice constitutionnelle de la Republique de Djibouti | 39 |
| Resolution of Legal and Political Conflicts by the Constitutional Justice of the Republic of Djibouti | |
| Mohamed ABDILLAHI BAHDON | |
| El parámetro de regularidad constitucional y la ley suprema de la Unión | 73 |
| The Parameter of Constitutional Regularity and the Supreme Law of the Land | |
| Juan Manuel ACUÑA | |
| O direito constitucional ao esporte em perspectiva comparada | 103 |
| Constitutional Right to Sport in a Compared Perspective | |
| Felipe CANAN Fernando Augusto STAREPRAVO | |
| El agua como tema transversal de actuación del derecho ambiental y sanitario en Brasil | 137 |
| The Water as a Transversal Theme of Action of Environmental and Sanitary Law in Brazil | |
| Nicolau CARDOSO NETO | |

Radiografía constitucional del principio pro persona 155
 Constitutional X-Ray of Pro Persona Principle
 Miguel Ángel CORDOVA

La revocatoria de mandato a nivel subnacional en Argentina:
 normativa y casos 181
 Recall at the Subnational Level in Argentina: Regulations and
 Cases
 María Laura EBERHARDT

Regulación legal de las encuestas electorales: análisis teórico y com-
 parado. 215
 Legal Regulation of Election Polls: Theoretical and Compar-
 ative Analysis
 Pablo MARSHALL
 John CHARNEY
 Nelson ROSAS

Discreción judicial, razonabilidad y control de constituciona-
 lidad 251
 Judicial Discretion, Reasonableness and Judicial Review
 Felipe Ignacio PAREDES PAREDES

La educación en Cuba a la luz de los derechos fundamentales . . 271
 Education in Cuba in the Light of Fundamental Rights
 Alie PÉREZ VÉLIZ

The Concept and Instances of General Principles of Administra-
 tive Law: Towards a Global Administrative Law 309
 El concepto y las instancias de los principios generales del derecho
 administrativo: hacia un derecho administrativo global
 Arian PETOFT

Repensar el derecho público a la información en la sociedad
 democrática mexicana 357

Rethinking the Public Right to Information in Mexican Democratic Society

Carlos SORIANO CIENFUEGOS

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

- Crítica a la nueva tesis aislada sobre resoluciones finales en materia *antidumping* en el juicio de amparo 393
 Emilio ARTEAGA VÁZQUEZ
- La suspensión de las normas generales en las acciones de inconstitucionalidad 409
 José María SOBERANES DÍEZ

COMENTARIOS LEGISLATIVOS

- La Costituzione dello stato di Puebla fra elementi di originalità e influenze federali 427
 Eleonora CECCHERINI
- Alcuni spunti di riflessione offerti dalla lettura della Costituzione dello stato di Aguascalientes 445
 Paolo PASSAGLIA
- La Costituzione di Querétaro tra diritti fondamentali e principi di costituzione economica 459
 Marcello SALERNO
- La costituzione dello stato di Guerrero, Messico 477
 Rolando TARCHI

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El juicio de amparo, la Constitución de Querétaro de 1917, y su influjo sobre la Constitución de la Segunda República Española*. 515
 Víctor COLLÍ EK
- FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá del Estado*. . . . 523
 Mario MOLINA HERNÁNDEZ
- RAMOS-KURI, Manuel (coord.), *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre la fertilización in vitro*. 529
 Alberto PATIÑO REYES
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos. Un paso en la consolidación del Estado social de derecho*. 537
 Alejandro SANABRIA RODELO



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

The Post-Soviet Transition: Constitutional Structuring and Political Reality (CIS Countries Case-Study)

La transición postsoviética: construcción constitucional y realidad política (case-study de la CEI)

Marianna ABRAMOVA*
Maksim VILISOV**

RESUMEN: El artículo ofrece un análisis político-jurídico de las Constituciones de los miembros de la Comunidad de Estados Independientes, que comenzaron a construir su Estado independiente después de la caída de la URSS. Los autores realizaron un análisis comparativo de tales instituciones en la CEI, como el Parlamento, la Presidencia, los tribunales, y llegaron a la conclusión de que las características institucionales estudiadas podrían describirse como “tradicionalismo moderno”. Al mismo tiempo se daba predominio (o superioridad) a prácticas políticas informales (clanes, grupos de interés, redes políticas) que garantizaban el proceso político en aquellos países. Los mecanismos e instituciones informales, compitiendo con las instituciones constitucionales, sentaron las bases para la “toma del Estado” y la formación del neopatrimonialismo. En el artículo se describen varios

ABSTRACT: *The given article offers a political and legal analysis of the constitutions of the members of the Commonwealth of Independent States that began constructing their independent statehood after the collapse of the USSR. The authors conducted a comparative analysis of such institutions in the CIS as the parliament, presidency, courts and found out that the studied institutional features could be described as “modern traditionalism.” At the same time prevalence is given to informal political practices (clans, interest groups, and political networks) that facilitate the political process in these countries. By opposing the traditional constitutional institutions, these informal mechanisms and structures could be able to “seize the government” and cause the emergence of neopatrimonialism. The paper describes various*

* Associate Professor, Faculty of Political Science, Lomonosov Moscow State University, PhD in Historical Science–Russian Academy of Sciences, Russia. E-mail: abramova-m@mail.ru; ORCID: 0000-0003-3367-1938.

** Associate Professor, Faculty of Political Science, Lomonosov Moscow State University, General Director, Center for Crisis Society Studies, PhD in Political Science–Academy of Labor and Social Relations, Russia. E-mail: vilisov@centero.ru; ORCID: 0000-0002-6634-3829.

modelos de regímenes neopatrimoniales que permiten partir de una descripción simplificada de estos regímenes como “autoritarios”, y encontrar nuevas instituciones “híbridas”, que acumulan tanto el poder formal como el informal.

Palabras clave: CEI, Constituciones post-soviéticas, tradicionalismo moderno, presidente, Parlamento, (neo)patrimonialismo, corrupción, grupos de interés, clanes, redes políticas.

models of the neopatrimonialism regimes which allows to depart from a simplified description of these regimes as being “authoritarian” and find new “hybrid” institutions, that accumulate both formal and informal power.

Keywords: CIS, post-Soviet constitutions, modern traditionalism, president, parliament, (neo-)patrimonialism, corruption, interest groups, clans, political networks.

It is becoming more problematic to predict the future of democracy by looking only at its past.¹

Richard SAKWA

SUMMARY: I. Introduction. II. The institution of presidential authority in the CIS members: in search of stability. III. The institution of parliamentarism in the CIS models: modern traditionalism? IV. The judiciary: modernization under conditions of legal pluralism. V. The organization of local governments as a special form of the CIS institutional design. VI. Beyond formality: state-capture and neo-patrimonialism. VII. Final remarks. VIII. Bibliography.

I. INTRODUCTION

At the end of the 20th century, important political events took place on the territory of the former Soviet Union and this led to the formation of new sovereign nation states, twelve of which formed the Commonwealth of Independent States (CIS) in 1991. By 2019 the following countries were participating in the CIS: Armenia, Azerbaijan, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldova, Russia, Tajikistan, Uzbekistan. Georgia had withdrawn the CIS in 2009. Turkmenistan and Ukraine have a special status due to not ratifying the CIS Charter.

¹ 22 *Ideas to Fix the World: Conversations with the World's Prominent Thinkers, Ivan Krastev Talks with Richard Sakwa*, Moscow, Moscow University Press, 2014, p. 309 (In Russ.).

The CIS is a union of quite different states for their social, political, economic and religious aspects. Professor Manuel Becerra Ramírez (UNAM) wrote a book about legal and political transformation from the USSR towards the CIS.² This book basically covers the concepts of the rule of law, and economic and political transformations; in the interesting chapter, it addresses the problem of nationalities, which was undoubtedly the mainstay of the transition process.³ The author emphasized the different levels of social, economic, cultural development of the Soviet republics.

This remains the main feature of the present-day post-soviet new democratic systems, so these national differences remain in the CIS, also. For instance, the CIS includes Russia with the population of 146 million people and Armenia with 3 million citizens; Central Asian republics Tajikistan and Kyrgyzstan with the annual population growth of 6.2% and 5.2% respectively, and Ukraine with decreasing population. Most people in Central Asian republics are followers of Sunni Islam; in Azerbaijan, they profess Shiite Islam; Russia, Belarus, Moldova and Ukraine are predominantly Christian countries. Kazakhstan, Azerbaijan, Turkmenistan and Russia have the economies based on oil and natural gas production while the economic development of other CIS members is based mainly on agriculture.

Nevertheless, it's possible to conduct a comparative scientific analysis of their political and constitutional construction after the collapse of the USSR, because of their common historical past. The Caucasus and Central Asian republics became part of the Russian Empire since the 18th and 19th centuries. The same was with Belarus, Ukraine and Moldova. For example, Moldova ruler Dimitrie Kantermir pledged allegiance to Russia in 1711.⁴ Kazakhstan was divided into three “zhuz” (tribal-territorial divisions) – Junior, Middle and Senior, and in 1860 all these three “zhuz”

² Becerra Ramírez, M., *El factor jurídico en la transformación de la Unión Soviética a la Comunidad de Estados Independientes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 266.

³ Maldonado Siman, B., “Bibliografía de Becerra Ramírez, M., “El factor jurídico en la transformación de la Unión Soviética a la Comunidad de Estados Independientes”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año X, núm. 78, septiembre-diciembre de 1993, núm. 78, p. 1016. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1993.78>.

⁴ Baar, V. and Jakubek, D. “Divided National Identity in Moldova”, *Journal of Nationalism, Memory & Language Politics*, 2017, vol. 11, issue 1, pp. 58-92.

joined the Russian Empire.⁵ For 700 years the Turkmen people had no independent homeland of their own as a state: wars and foreign invasions led to temporary loss of national statehood and mass migration of Turkmen people, who today are scattered all over many countries of the East. Only in the period of 1869-1885, the territory of present-day Turkmenistan joined Russia under the name of Trans-Caspian Oblast (or Region), etcetera.

Moreover, some researches consider “imperial legacy” (not only the Soviet, but the Russian, Prussian, Austro-Hungarian, Romanian, and Polish-Lithuanian empires, also) as an influential factor of forming specific features of post-soviet polities in different former Soviet Union republics.⁶ This creates some fancy “cocktail” of formal institutions and informal practices, political and governmental traditions and social expectations. This makes the post-soviet state-constructing in the whole and the constitutional design a very interesting and important research subject.

The Soviet rule was established in Russia in October 1917 (although the first Russian Socialist Constitution was adopted in 1918). Further on, the formation of the national Soviet republics in the different regions during the early 1920’s was objectively an important step in creating their own national statehood. The Constitutions of these national Soviet Republics were the first constitutions in their entire history, but the Soviet period was characterised by the absence of the division of powers, and the existence of ideological unity and one-party system. With the establishment of the Soviet power began to pursue a policy of erasing tribal differences in the republics of Central Asia.

To understand the present-day political processes in the CIS, it’s necessary to describe the political culture of its member-states. So far, these member-states still retain non-institutional practices, including family relationships and tribal differences. This can be seen in the Kazakhstan web-site consisting of 748 525 family names, by which any citizen can track down information of his relatives to the seventh-generation ancestors. In this way, tribal divisions are still maintained to this day.⁷

⁵ Uzo, M., *Kazakhstan History: Early Tribal Movements, Population, Ethnic Groups, The Economy, Government*, Create Space Independent Publishing Platform, March 8, 2016, p. 130.

⁶ Meleshkina, E. Y., “Post-Imperial Spaces: Particularities of the Formation of States and Nations”, *Political Science*, 2013, vol. 3, pp. 23 and 24 (In Russ.).

⁷ The Kazakhstan people carried out and preserved through the centuries “shezhire”

The CIS members began to change their political systems by implementing constitutional reforms and adopting new constitutions – based on which they also developed constitutional law. New post-Soviet Constitutions were adopted in 1992 in Turkmenistan and Uzbekistan, in 1993 in Kyrgyzstan, Kazakhstan and Russia, in 1994 in Belarus, Moldova and Tajikistan, in 1995 in Azerbaijan, Armenia, Georgia, in 1996 in Ukraine.

It marked their first use of such democratic tools as referendums and national debate. Having gained their independence, all the former Soviet republics developed increasingly complicated and stratified political processes in the 1990s and 2000s, exercising their first opportunity to develop national political practices of their own. Due to the influence of historical factors, however, many CIS countries came up with very original approaches to individual constitutional legal issues such as the organization of political authority, the state structure, the system and structure of state bodies, and local government.

We can confidently state that a new political landscape has taken shape in the CIS region – often a sort of “terra incognita” for political and legal science. Its main features include president-centric forms of government (with variations of “competitive” and “non-competitive”),⁸ efforts at various reforms to expand the power of parliament as a counterweight to the president, ideological pluralism, and the creation of special bodies of authority with national characteristics, designed to ensure some stability and commitment to national traditions and political culture.

The international political discourse usually characterizes the CIS members as authoritarian regimes that offer nothing of interest for scholarly analysis: experts note only the low level to which democracy has developed in these countries.⁹ Suffice it to recall how political scientists

–a kind of common memory of their ancestors– available at: <https://www.elim.kz/about/>, accessed on: June 15, 2019.

⁸ Borisov, N. A., “Institutional choice in the late-Soviet Political Systems: Presidency Models Formation”, *Political Science*, 2017, vol. 3, pp. 80-104 (In Russ.).

⁹ Linz, J. J. and Stepan, A., “Modern Nondemocratic Regimes”, *Essential Readings in Comparative Politics*, NY, WW Norton, 2004; Schedler, A., *Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition*, London, Lynne Rienner Publishers, 2006, available at <http://www.fpri.org/article/2014/01/electoral-authoritarianism-the-dynamics-of-unfree-competition-book-summary/>; Levitsky, S. and Way, L. A., *Competitive Authoritarianism: Hybrid regimes after the Cold War*, Cambridge, 2010; Chirun, S.N. “Experience of participation in the fifth international conference in Torun (Poland) on the studies of post-Soviet landscape Russia —Neighboring— EU”, *Tomsk State University Journal*

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

define the present-day political regime in Russia: as “electoral authoritarianism”, “personalistic regime”, “imitation democracy”, “bureaucracy-run state”, “feudal archaism”, “handout economy”, etcetera.¹⁰ This is a rather simplistic approach.

CIS members are similar in their low socio-economic level, their common Soviet history, and their partial return to national traditions to this day. After the collapse of the Soviet Union, they shaped a particular, legal and political culture. The latter consists of democratic modernization along with traditionalism, which at times is associated with independence.

The democratic transit in the CIS members demonstrated the complicity of democracy as a political and legal phenomenon. Democracy can not be a matrix, into which, one puts constitutional structures of different states. To become vital, the new democratic regimes must fit in with the legal and political cultures of these particular states. This has been particularly stressed by the English political scholar, Richard Sakwa, who urged one not to focus on the existing political models but to considering the entire diversity of democracy.

To develop a political and legal analysis of the constitutional processes and an informal institutional political practice in the CIS members, at first, its necessary to identify the main trends in their institutional design, classify the main models of political regimes, and predict the main vectors in which they will likely develop.

II. THE INSTITUTION OF PRESIDENTIAL AUTHORITY IN THE CIS MEMBERS: IN SEARCH OF STABILITY

Professor Manuel Becerra Ramírez made legal and political analysis of the disintegration of the USSR process. The author holds that reforms of the Communist Party’s relationship with the public administration were started in 1988 and they began to search for the Western-style constitutional concept of weights and counterweights of power. All this created formidable dilemma to separate the Communist Party from the state.¹¹

of Philosophy, Sociology and Political Science, 2017, num. 38, pp. 229-239 and others (In Russ).

¹⁰ Makarenko, B. I., “Neocorporativism in Modern Russia”, *Comparative Politics in Russia*, 2011, num. 2, pp. 90 and 91 (In Russ.).

¹¹ Brom, J., *¿Por qué desapareció la Unión Soviética? De la Rusia de Kiev (siglo IX) al fin de la perestroika*, México, Grijalbo, 1992, p. 120.

So, the former Soviet republics had to cope with similar political and legal problems, after the “renovation of the socialism”, as Professor Manuel Becerra Ramírez wrote. Professor Alonso Gómez-Robledo Verduzco (UNAM) justly noted still in 1993, that these transformations could lead to chaos and numerous victims in the future, which really occurred later.¹² So, the Mexican scholars warned about this dangerous problem of social instability after the collapse of the USSR.

In these conditions of social instability almost all the CIS members have established president-centric forms of government. Russia introduced a mixed form of this when it made the government responsible to the State Duma in 2009.¹³ Even Kyrgyzstan, Georgia, and Armenia, that switched from a presidential to a parliamentary form of government in 2010, 2013 and 2018 respectively, initially developed according to the presidential model for a long time.

This indicates not only that the presidential form is stable in the CIS area, but also that it tends towards the personalization of authority. In almost every CIS member, the president is the head of state (as well as the head of the executive branch in Azerbaijan and Turkmenistan), the commander-in-chief of the armed forces, directs domestic and foreign policy, serves as the guarantor of the country’s independence and territorial integrity, declares a state of emergency and martial law, approves the state’s economic and social programs (Azerbaijan), enforces the constitution and laws (Turkmenistan), issues decrees carrying the force of laws (Belarus), and so on.

Moreover, there is a tendency to extend the term of the presidency,¹⁴ and some republics have even removed the prohibition of one person serving as president for more than two consecutive terms from their constitutions (such as Belarus in 2004). The Kazakhstan Constitution forbids one person to be elected president for two consecutive terms – but this rule

¹² Gómez-Robledo Verduzco, A., “Becerra Ramírez, M., El factor jurídico en la transformación de la Unión Soviética a la Comunidad de Estados Independientes, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, 266 pp.”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1993, núm. 76, p. 252. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1993.76>.

¹³ Article 103 *Constitution 1993 of the Russian Federation*, available at: <http://www.constitution.ru/en/10003000-06.htm>, accessed on: June 14, 2019.

¹⁴ In Tajikistan, the term has been extended from 5 to 7 years (since 2003), in Russia from 4 to 6 (since 2012), in Turkmenistan from 5 to 7 (since 2016), in Azerbaijan from 5 to 7 years (since 2017).

does not apply to the country's first president, N. Nazarbayev.¹⁵ In 2016, Turkmenistan repealed its rule that nobody over the age of 70 could serve as president and that provision, service, and guard of the president and his family shall be carried out to the state's expense.¹⁶ In the Constitution of Azerbaijan there is, too, such an article on provision of the president, his family and former president shall be carried out at the state's expense.¹⁷

Also in 2016, Tajikistan passed amendments removing limitations on President Emomali Rahmon (as the "Founder of Peace and National Unity and Leader of the Nation", as the Constitution named him) regarding the number of times he could be re-elected and lowering the minimum age for a president from 35 to 30.¹⁸

In the same year, Azerbaijan established the post of vice president to be appointed by the president,¹⁹ and on February 21, 2017 Mehkriban Alieva, wife of Ilham Aliev, the president of the Republic of Azerbaijan, was appointed to the post of the first vice-president. The president was also granted the authority to dissolve parliament and delegate the right to sign international treaties to the vice president, members of the Cabinet of Ministers, or other individuals at his discretion.

Most political scholars (H. Lienz, D. Horowitz, A. Lijphart, S. Meyvaring and others) agree that the presidential form of government complicates the process of consolidating democracy as a country makes the political transition from dictatorship, whereas the parliamentary (or half-parliamentary and half-presidential) form contributes to it.²⁰ At first, this does seem to be the case: extending the length of the presidential term and removing the limit to the number of terms in office does seem like a move toward authoritarian practices.

¹⁵ Article 42, *Constitution of the Republic of Kazakhstan*, available at: http://www.akorda.kz/en/official_documents/constitution, accessed on: June 14, 2019.

¹⁶ Article 74, *Constitution of the Republic of Turkmenistan*, available at: http://min-just.gov.tm/ru/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=8124, accessed on: June 14, 2019.

¹⁷ Article 108, *Constitution of the Republic of Azerbaijan*, available at: <https://en.president.az/azerbaijan/constitution>, accessed on: June 14, 2019.

¹⁸ Article 64, *Constitution of the Republic of Tajikistan*, available at: <http://www.president.tj/en/taxonomy/term/5/28>, accessed on: June 14, 2019.

¹⁹ Article 103, *Constitution of the Republic of Azerbaijan*, available at: <https://en.president.az/azerbaijan/constitution>, accessed on: June 14, 2019.

²⁰ For further information see: *Presidential government, multiparty system and democracy: complicated combination. Theory and practice of democracy. Selected texts*, Moscow, 2006 (In Russ.).

For the CIS members, however, even more pressing than the problem of moving from authoritarianism to democracy is the issue of constructing institutions and consolidating the political regimes—in other words, the issue of political stability and control—. It's worth recalling in this regard that a bloody civil war raged in Tajikistan in 1992-1999 that also caused financial losses of more than \$10 billion. Another case is Kyrgyzstan, where over the 25 years of its' independence, the country's government changed 28 times, or more than once per year on average.

An analysis of the political processes of democratic transit in the CIS region suggests that the classical framework of “democracy vs. dictatorship” is too limited in the postmodern era. Inasmuch as none of the CIS members can be considered consolidated democracies, it would be more correct to distinguish between them according to “whether their political regimes are consolidated and stable”.²¹ The consequences of globalization have forced societies to adapt by adopting a wide array of institutions and practices—including traditional—. This is the perspective from which to analyze the various political and legal models that have appeared in the CIS area.²² It's especially important to understand this in view of the fact that the daily lives of the people in these former Soviet republics are guided by a new and very wide spectrum of norms, values and attitudes.²³

The principles, mechanisms, and institutions of governance in such unconsolidated societies differ significantly from those in politically homogeneous societies. Apparently, the desire to consolidate the societies of the former Soviet republics of the CIS considerably outweighs the desire for a formal democracy. It's clear that consolidation and stability can be achieved only by responding to popular opinion. Whereas the greatest demand in the 1990s was for democratization as an alternative to the Soviet regime, by the 2000s, post-Soviet society in the CIS members had largely overcome its posttraumatic shock syndrome caused by the collapse of the Soviet Union. For example, although different groups in Russia hold a diversity of views

²¹ Huntington, S., *A Political Order in Changing Societies*, Moscow, 2004, p. 21 (In Russ.).

²² Colliard, Jean-Claude, “El poder en el semipresidencialismo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 20, enero-junio, 2009.

²³ For example, a share of etatistes-authoritarians among Russians does not only exceed half of the population (59%) but several times exceeds the share of consistent liberals in the Russian society (8%)— See: *Russian society in the context of new realities (main theses)*, Moscow, 2015, p. 8.

regarding models of social adaptation, they are nevertheless almost unanimous (96%) in their desire for social justice.²⁴ Regardless of their ethnic or religious affiliations, Russians' system of values and norms is based firmly on traditionalist foundations.²⁵ This characteristic is even more common among the former Soviet republics of Central Asia —Tajikistan, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Uzbekistan, and Turkmenistan—. They all have a nearly complete lack of experience of statehood during the pre-Soviet period, lack of interstate consensus on state borders, politicized Islam, the threat of terrorism, and proximity to the unstable state of Afghanistan.

This political-legal phenomenon could be called “modern traditionalism”. It's expressed as an orientation on widespread social practices common among a majority within society. It could just as likely be pre-Soviet as Soviet-era practices. What is important is that they have become firmly fixed in the post-Soviet public mind as “normal and natural”. For example, the Azerbaijani Constitution states that the president “represents the unity of the Azerbaijani people and provides continuity of Azerbaijani statehood”.²⁶ It also states that the president is “the guarantor of the independence of judicial power”. The Preambles to the Constitutions of both Moldova and Kyrgyzstan also speak of adherence to traditions. The former refers to “the continuity of the statehood of the Moldavian people within the historical and ethnic framework of its development as a nation”,²⁷ while the latter speaks of “acting at the behest of our ancestors to live in peace and accord, in harmony with nature”.²⁸

Thus, the institution of presidency is the key institution determining the transformation, consolidation, and stability of the new democratic regimes of the former Soviet republics of the CIS. It can be described as the strong personal power which corresponds to the political culture of these republics and can provide political stability during the transition period. At the

²⁴ *Idem*.

²⁵ 71% of Russian citizens expressed their support for return to national traditions, 55% were for strong, hard power, see: *Russian society in the context of new realities (main theses)*, Moscow, 2015, p. 30.

²⁶ Article 8 *Constitution of the Republic of Azerbaijan*, available at: <https://en.president.az/azerbaijan/constitution>, accessed on: September 2, 2019.

²⁷ *Constitution of the Republic of Moldova*, available at: <http://www.presidente.md/eng/constitution>, accessed on: September 2, 2019.

²⁸ *Constitution of the Republic of Kyrgyzstan*, available at: <http://www.president.kg/ru/konstituciya>, accessed on: September 2, 2019.

same time, it can be argued that the consolidation of the political regime of any particular state depends primarily on the degree of the institutionalization or depersonalization of the institution of the presidency.²⁹ So this statement can be regarded as the task of the future democratic development in the CIS region.

III. THE INSTITUTION OF PARLIAMENT IN THE CIS MODELS: A CASE OF “MODERN TRADITIONALISM”?

All CIS’s constitutions proclaim that the people hold sovereignty and are the sole source of state authority. They exercise that authority directly through elections and referendums, as well as through the system of state bodies and bodies of local government. The Constitutions also uphold the principle of the separation of powers.

At the same time, the constitutional legislation of the various CIS members is distinguished by a several number of peculiarities. For example, the Constitution of Kyrgyzstan is particularly interesting, it declares: “National customs and traditions which do not infringe upon human rights and freedoms shall be supported by the State”, and “Respect for the elderly and caring for family and close relatives shall be the obligation of each citizen”.³⁰ “Democracy in the Republic of Belarus shall be exercised on the basis of diversity of political institutions, ideologies and views” —says the Constitution of the Republic of Belarus—. ³¹

This diversity and fidelity to national traditions is seen even more strongly in the institution of parliament, the various versions of which can largely be characterized as “modern traditionalism”.

National elements appear in the names of the parliaments of Central Asia and Azerbaijan: Mazhilis (Kazakhstan), Majlisi Oli (Tajikistan), Jogorku Kenesh (Kyrgyzstan), Majlis (Turkmenistan), Milli Majlis (Azer-

²⁹ Borisov, N. A., “Institution of presidency in the Central Asian Countries: personalization vs. institutionalization”, *Central Asia and Caucasus*, 2011 vol. 14, 4th ed., p. 55 (in Russ.).

³⁰ Article 37, *Constitution of the Republic of Kyrgyzstan*, available at: <http://www.president.kg/ru/konstituciya>, accessed on: June 23, 2019.

³¹ Article 4, *Constitution of the Republic of Belarus*, available at: <http://law.by/document/?guid=3871&p0=V19402875e>, accessed on: June 23, 2019.

baijan), and Oliy Majlis (Uzbekistan).³² In all of these states, this organ has representative, legislative (and in Russia and Armenia —controlling) functions. Each also holds elections based on the universal, free, and equal right to vote directly through secret ballot.

Russia has a bicameral parliament, which is quite logical because the country is structured as a national-territorial federation. The parliaments of Belarus, Kazakhstan, Tajikistan and Uzbekistan, however, also have two chambers, even though those countries are not federations. For example, the parliament of Belarus consists of two chambers —the Chamber of Representatives (110 deputies) and the Council of the Republic (with 8 representatives from oblasts (regions) and the capital)—. The Parliament of Kazakhstan consists of Majlis (107 deputies) and Senate (with 2 representatives from oblasts and the capital). The Parliament of Tajikistan Majlisi Milli (the upper chamber, the National Council, 63 members) and Majlisi Namoyandagon (the lower chamber, the Chamber of Representatives, 33 members). The Parliament of Uzbekistan consists of the Legislative Chamber (the lower chamber, 150 deputies) and the Senate (the upper chamber, 6 representatives from regions).

Interestingly, in each of these countries, the president participates directly in forming the second chamber, the chamber devoted to territorial representation. In Belarus, for example, the president appoints eight members to the Council of the Republic. In Kazakhstan, the president appoints 15 members of the Senate “taking into account the necessity of maintaining representation of national-cultural and other significant interests of society to the Senate”. In Uzbekistan, six members of the Senate are named “from among the most authoritative citizens with significant practical experience and special merits in the areas of science, art, literature, manufacturing and other spheres of state and public activity”. In Tajikistan, the president names one-fourth of the members of the upper chamber, and every former president becomes a member of that body for life.

Each CIS member has established a minimum age limit at which citizens are eligible to vote. In Armenia, Azerbaijan, and Turkmenistan, the minimum is 25 years of age. In Kazakhstan, it’s 30 and in Kyrgyzstan, 21. In Tajikistan it’s also 30, but voters are required to have a higher education.

³² Majlis (majli) is “a meeting” in Arabian.

Several national characteristics appear in the parliaments of a range of CIS members. For example, the institution of public rule that has existed since ancient times among the Turkmen now influences the formation of a distinctive system of government and administration in Turkmenistan. The country has a special, essentially traditional political institution — the Halk Maslahaty (People’s Council). It’s the highest representative body of Turkmenistan and was in existence from 1992 until 2008. It consisted of 2,507 members, some of whom were elected, with the others appointed by the president. Formally, it possessed “the powers of the highest state authorities and administration” and the authority to amend the Constitution. The provincial (“velayat”), regional (“etrap”) and cities each had their own Halk Maslahaty.³³ Amendments to the Constitution dissolved this body in September 2008, but it was reinstated according to the Constitutional law of that country on October 9, 2017. In accordance with a presidential decree of October 10, 2017, the first meeting of the new Halk Maslahaty took place in the city of Ashgabat in 2018. Another interesting aspect of the legislative process of Turkmenistan is the principle by which the parliament (Majlis) can grant the president the right to pass laws on certain issues, although the Mejlis must give final approval.

Kyrgyzstan is a parliamentary republic in which modernist political practices combine in the most unusual way with traditional approaches. For example, Article 52 of the Constitution grants citizens the right to participate in people’s “kurultays” (assemblies) for “the discussion and adoption of laws and decisions of republican and local significance”.³⁴ Decisions of the “kurultay” are sent to the relevant authorities as recommendations. At the same time, a referendum in 2016 expanded the authority of the deputies of parliament in that country. In accordance with Article 72 of the Constitution, the prime minister and his deputies have the right to retain their mandates as deputies, meaning that they can reclaim their seats in parliament if they are dismissed from their Cabinet posts.

The political and legal systems of several CIS countries also have a number of unusual characteristics, rooted in traditional practices. Kyr-

³³ Articles 109 and 110. *Constitution of the Republic of Turkmenistan*, available at: http://minjust.gov.tm/ru/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=8124, accessed on: June 23, 2019.

³⁴ *Constitution of the Republic of Kyrgyzstan*, available at: <http://www.president.kg/ru/konstituciya>, accessed on: June 23, 2019.

gyzstan, for example, has a post of ombudsman that takes its special name —“akykatchy”— from national traditions. Article 74 of the Constitution of Azerbaijan states that loyalty to the Motherland is sacred³⁵ —something that hardly accords with the fact that Azerbaijan is officially a secular state. It’s also interesting that Kazakhstan, Turkmenistan, and Tajikistan do not recognize the principle of dual citizenship, whereas Armenia instituted that right through a referendum in 2005.

Article 6 of the Constitution of Kazakhstan offers a particularly unusual rule. It declares: “Property ownership entails obligations and use of this property must simultaneously benefit society”. It’s noteworthy that such social responsibility occurs infrequently as a constitutional principle and is the lawful heritage of the Weimar Constitution (Germany, 1919).

Thus, the degree of political institutionalization has a major influence on the stability and consolidation of political regimes. This provides a rationale for political institutions as sustainable, influential, and reproducible forms of behavior. Parliament is one of the political institutions in the CIS members with a significant degree of institutionalization. In the former Soviet republics of Central Asia, parliamentary practices combine well with traditional, pre-Soviet national practices, promoting greater stability and contributing to the consolidation of society.

IV. JUDICIAL AUTHORITY: MODERNIZATION UNDER CONDITIONS OF LEGAL PLURALISM

Since the CIS republics recreated their judicial systems almost from scratch after the disintegration of the USSR, each new Constitution includes a chapter on the judicial system and the principles guiding its activities. The judiciary is independent and protects individual rights and freedoms, the interests of the state, organizations, the law, and justice. The constitutions specifically forbid the creation of “emergency courts”.

The Constitutional Court is an entirely new institution in the CIS region. Russia, Azerbaijan, Armenia, Belarus, Moldova, Tajikistan, and Uzbekistan all have Constitutional Courts, but it’s worth noting that Kazakhstan and Kyrgyzstan organize constitutional justice in very specific ways.

³⁵ *Constitution of the Republic of Azerbaijan*, available at: <https://en.president.az/azerbaijan/constitution>, accessed on: June 23, 2019.

In Kyrgyzstan, a Constitutional Chamber operates within the Supreme Court. As a result of a referendum in 2016, the country introduced Article 26 to the Constitution that granted citizens the right to trial by jury. Article 24 declares that every individual who has been taken into custody "...shall be granted an opportunity to protect himself/herself personally, or qualified legal aid from a lawyer as well as have an attorney". Another new feature is the rule that no statute of limitations can apply to crimes of genocide and ecocide.

In addition, in accordance with Article 59 of the Constitution, Kyrgyz citizens have the right to establish courts of aksakals ("the elders").³⁶ A separate law spells out the procedure for establishing such courts, their powers, and activities.

The referendum of 2016 also resulted in changes to the Preamble of the Constitution that includes a detailed list of the state's highest values. Whereas before it mentioned only individual rights and freedoms, it now speaks of "the individual, his life and health". At the same time, the provision was stricken from the Constitution that obligated Kyrgyzstan to carry out the decisions of international human rights bodies and compensate for damages. Article 36 introduces a prohibition on same-sex marriages and defines a family as the union of a man and woman. The spouses now enjoy equal rights and obligations in the marriage and the family. This is very significant for the Oriental mentality and represents something new for the Constitution of Kyrgyzstan. Article 23 emphasizes that the Republic of Kyrgyzstan prohibits slavery, human trafficking, the exploitation of child labor, and forced labor.³⁷

One unique feature of the judicial system of Kazakhstan is the Constitutional Council, a quasi-judicial body with the authority of a Constitutional Court. The Council has seven members who serve five-year terms, with all former presidents of the country serving as members for life. The president appoints the chairman of the Constitutional Council. Another unique feature of Kazakhstan's judicial system is the Supreme Judicial Council whose members include the President of the Republic (who heads

³⁶ Aksakal - the head of a family, an elder, a respectful old man for Turkic peoples in Central Asia and the Caucasus. Literally from the Turkic language it means "a white beard".

³⁷ *Constitution of the Republic of Kyrgyzstan*, available at: <http://www.president.kg/ru/konstituciya>, accessed on: June 15, 2019.

the Council); the chairman of the Constitutional Council; the chairman of the Supreme Court; the Prosecutor General; the Justice Minister; senators, judges; and other individuals appointed by the President of the Republic. The High Judicial Council manages human resources: appoints judges to posts, prepares their promotion, demotion, imposes disciplinary measures, recommends the Senate of Kazakhstan (on the nomination of the president) judges, the president of the Supreme Court, chairpersons and judges of regional courts.

As part of its Constitutional reforms in 2005, Armenia introduced the institution of individual constitutional appeals.³⁸

Thus, the judicial system in the CIS region is very distinctive, combining elements of modern justice with a legal pluralism that reflects the traditionalism of the CIS members.

V. THE ORGANIZATION OF LOCAL GOVERNMENT AS A SPECIAL FORM OF THE CIS INSTITUTIONAL DESIGN

The rejection of Soviets as the basis of the political system made it necessary to create a new institutional framework for the CIS political regimes. All the of the CIS countries took the same approach: based on the newly-adopted principle of local self-government, new municipal authorities were created that were not part of the system of state authorities.

The CIS countries, however, drew in part on their national traditions in this area also. For example, “gengesh” and bodies of territorial public self-government form the local government in Turkmenistan. The “gengesh” are representative bodies whose members reside in that particular administrative district and are elected to serve three-year terms. A gengesh at a corresponding territory: determines general directions of economic, social and cultural development; forms and approves the budget, makes reports on its implementation; sets taxes and charges and the order of their collection; manages its property, determines measures for rational use of natural resources and environmental protection; assists in public order; solves other issues. The “gengesh” elects one of its members as an “archin” who supervises the work of the “gengesh” and is answerable to it. The “archin”

³⁸ Article 53, *Constitution of the Republic of Armenia*, available at: <http://www.parliament.am/parliament.php?lang=eng&id=constitution>, accessed on: June 15, 2019.

ensures the implementation of the decisions of the “gengesh” and orders of the state authorities and administration, and deals with other issues of local importance.³⁹

In Tajikistan, the Majlis of People’s Deputies is the local representative body in the regions and districts. It’s headed by a chairman and its deputies serve five-year terms. The Majlis of People’s Deputies approves the local budget, determines the socio-economic development plan, taxes and fees for that locality, and establishes the methods for managing and owning communal property.⁴⁰

In Moldova, elected local councils and mayors who act as independent governing authorities and decide the public affairs of villages and towns, serve as the public administration authorities and exercise local autonomy. The order of election of local councils and mayors and their functions are determined by the law. District Councils manage district affairs by coordinating the activities of village and city councils.⁴¹

Out of all CIS republics, Belarus draws most heavily on its Soviet experience. There, citizens exercise local and self-government through local Councils of Deputies, each member of which is elected to a four-year term. The Councils, or “Soviets,” constitute a single coordinated system, with the higher Councils holding the right to cancel the decisions of the lower Councils.⁴²

In Armenia the bodies of local government are the Councils of elders (from five to fifteen members) and the Head of the Council, who are elected for a three-year term.⁴³

The Russian Federation has also accumulated its own unique experience with organizing local government. There are six types of territorial units that carry out local governance: the rural and urban settlement, mu-

³⁹ Articles 116 and 117, *Constitution of the Republic of Turkmenistan*, available at: http://minjust.gov.tm/ru/mmerkezi/doc_view.php?doc_id=8124, accessed on: June 14, 2019.

⁴⁰ Article 77, *Constitution of the Republic of Tajikistan*, available at: <http://www.president.tj/en/taxonomy/term/5/28>, accessed on: June 14, 2019.

⁴¹ Article 112, *Constitution of the Republic of Moldova*, available at: <http://www.presedinte.md/eng/constitution>, accessed on: June 15, 2019.

⁴² Articles 117 and 118, *Constitution of the Republic of Belarus*, available at: <http://law.by/document/?guid=3871&p0=V19402875e>, accessed on: June 15, 2019.

⁴³ Article 105, *Constitution of the Republic of Armenia*, available at: <http://www.parliament.am/parliament.php?lang=eng&id=constitution> accessed on: June 23, 2019.

nicipal district, urban district, the inter-settlement municipality, and the federal city territory.⁴⁴ The institution of local referendums is also used.

Thus, the institution of local government in the CIS members also has well-defined national features. This institution also actively combines both modern and traditional features as the whole political and legal systems of the CIS members in general.

Summing up the comparative analysis of the constitutional structuring of the CIS countries, we can speak about a combination of traditional, Soviet and modernistic features in their political and legal systems. In certain countries, there is a predominance of Soviet legacy (Belarus), in others—traditional and patriarchal (Turkmenistan), and in others—modernism (Moldova and Armenia). Almost everywhere we can see the personalization of power and the strengthening of the national (or religious) factor. This can be explained by the inefficiency of the new institutions in conditions of political instability. Thus, the elites of the CIS countries in conditions of democratic transit increasingly began to use informal political institutions.

VI. BEYOND FORMALITY: STATE CAPTURE AND NEO-PATRIMONIALISM

Although, the post-Soviet states of the CIS required varying amounts of time to construct their Constitutions after the disintegration of the Soviet Union—due also, in part, to having to overcome internal political conflicts—all had largely completed the process by 1995.

However, this was not the end of constructing the new political institutions. It quickly became clear that the constitutional institutions they had created were not as effective as, for example, informal structures and mechanisms.

After the disintegration of the Soviet Union, the post-Soviet states found themselves in a period of transition from the socialist political and economic system to democracies with market economies. These countries had to carry out economic reforms (moving from command to market economies) simultaneously with institutional reforms (abandoning the communist and Soviet system of government). With the end of the

⁴⁴ Article 131, *Constitution 1993 of the Russian Federation*, available at: <http://www.constitution.ru/en/10003000-06.htm>, accessed on: June 23, 2019.

Cold War, Western experts hastened to christen these processes the “third wave of democratization” and “the end of history”.⁴⁵ The initial euphoria, however, gave way to cruel disappointment: according to Western experts, most of the former Soviet regimes (with the exception of the Baltic states that joined the EU) became authoritarian⁴⁶ and Western scholars generally described their newly-formed economic and governance systems with such terms as “petrostate,” “kleptocracy” and “corrupt”.⁴⁷ Certainly, all the post-soviet states cannot be judged equally due to their historical, cultural and socio-economic specific, however common features of the soviet legacy strongly influence their post-soviet transition.

To understand what happened, it’s necessary to consider the conditions under which this transition occurred. We will focus primarily on the socio-economic and political context. The socio-economic conditions were the most difficult for all the republics in the 1990s. Regardless of the reform model they chose —whether “shock therapy” or successive economic reforms— all of the countries experienced a severe and prolonged economic decline. During the first 10 years (1989-1999) of their post-Soviet economic reforms, GDP fell by one-third in Moldova (30.5%), Georgia (33.8%), and Ukraine (35.8%), or by an average of 7%-9% annually.⁴⁸

Ukraine suffered the longest decline (10 years), and Armenia the shortest (4 years).⁴⁹ In terms of GDP decline/growth the Baltic countries have demonstrated the same results as Armenia, Belarus and Uzbekistan during the first and second post-soviet decades.⁵⁰ The new “market” mechanisms did not always work quickly, and none of the former Soviet republics, including the Baltic countries, have even now managed to completely overcome Soviet traditions, informal behavior patterns and economic structures. The most recent and obvious example is the scandal in which the Estonian branch of Swedbank allegedly laundered criminal funds from

⁴⁵ Hale, Henry E., *Patronal Politics. Eurasian Regime Dynamics in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2014, p. 2.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁷ Miller, Chris, *Putinomics. Power and Money in Resurgent Russia*, The University of North Carolina Press, 2018, Kindle edition.

⁴⁸ Vardomskii, L. B. *et al.*, “New Independent States: Comparative Results of a Socio-Economic Development”, *Rossiiskii ekonomicheskii zhurnal*, 2012, issue 3, pp. 39 and 40 (In Russ.).

⁴⁹ *Idem*.

⁵⁰ *Idem*.

former Soviet republics.⁵¹ That has an explanation: most of influential Baltic businessmen and politicians came from soviet political elite and bureaucracy (*nomenklatura*) and have strong business ties with Russian⁵² and other post-soviet elites, both in formal and shadow economy.⁵³ However, particularly Baltic countries have reached the most impressive results in institutional building, yet mostly by joining EU.

Their economies destroyed, countries such as Kyrgyzstan, Moldova, and Tajikistan became exporters of labor, and the earnings that those workers send home accounts for a significant percentage of GDP (up to 50% in Tajikistan).⁵⁴ Such significant flows of labor migration contributed to the spread of informal connections across borders —from mutual support among members of diasporas to quasi-underground and even criminal business practices.

The structure of the post-soviet economies in the CIS has changed dramatically. Having lost mechanical engineering and light industry, most of them (despite of being energy exporters or energy importers) have experienced multiple increase in the share of the fuel and energy complex (for example, from 5 to 30% in Armenia and from 4 to 32% in Georgia).⁵⁵

As the economy became more primitive and the role of the fuel and energy complex and commodity exports grew, it became increasingly possible to concentrate economic and political power, and for such phenomena to appear as “state capture”, clientelism, corruption, and kleptocracy. The consolidation of political power, however, did not contribute to the devel-

⁵¹ Schwarzkopf, F., Magnussen, N., *Browder Says Europe May Be Looking at \$1 Trillion in Dirty Money*, available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-03-06/browder-files-criminal-complaint-against-swedbank-for-laundering>, accessed on: March 17, 2019.

⁵² Grigas, A., *Legacies, Coercion and Soft Power: Russian Influence in the Baltic States*/ Chatham House Briefing Paper, August 2012, p. 11, available at: https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/Russia%20and%20Eurasia/0812bp_grigas.pdf, accessed on: June, 15, 2019.

⁵³ Mitrakhovich, S., *Lithuanian-Belorussian alliance opposes Russia*, National Energy Security Fund, February 10, 2011. Available at: <http://www.energystate.ru/eng/news/375.html>, accessed on: June, 15, 2019.

⁵⁴ *From Turkmenistan to Central Asia. Political Future of the Countries of the Region. Center for Crisis Society Studies Report*. Ed. by Alexey Krivopalov. Moscow, 2016, pp. 74 and 75 (In Russ).

⁵⁵ Vardomskii, L.B. and others. “New Independent States: Comparative Results of a Socio-Economic Development”, *Rossiiskii ekonomicheskii zhurnal*, 2012, issue 3, pp. 39 and 40 (In Russ).

opment of political institutions —just as those institutions were incapable of consolidating political power— and informal practices turned out to be more successful and effective in both politics and business throughout the former Soviet region.

Tensions in the political context were just as high. The collapse of the Soviet Union led to an increase in conflicts —both between the former Soviet republics (Armenia and Azerbaijan over Nagorno-Karabakh) and with the republics themselves (Transnistria in Moldova, Abkhazia and South Ossetia in Georgia, Chechnya in Russia, and ethnic tensions in Kazakhstan, Kyrgyzstan, Uzbekistan). The growth of ethno-nationalism and the need for building mono-national-type states led to the need for ethno-political mobilization (as in Kazakhstan).⁵⁶ This, in turn, led to the active use of informal mechanisms, including clan-related practices. Under these conditions, informal structures became an instrument for effective political struggle, the survival of elite political groups, and the seizure and control of political and economic resources. But none of it contributed to effective institutional building.

Thus, due to the influence of socio-economic and political factors, the course of political processes was not conducive to more effective constitutional institutions. The strengthening of large financial groups —powerful informal groups inside the central and regional bureaucracies— and the huge increase in their influence on politics led to the phenomenon of “state capture” in the 1990s, both in many post-communist states⁵⁷ and in the former Soviet republics.⁵⁸

According to a study conducted by the World Bank in 2000,⁵⁹ “state capture” occurred in 10 of the 15 post-Soviet countries (including Azerbaijan, Georgia, Kyrgyzstan, Moldova, Russia and Ukraine). This phenomenon

⁵⁶ Henry, E. Hale, *Cause without a Rebel: Kazakhstan's Unionist Nationalism in the USSR and CIS*, Nationalities Papers, 2009, pp. 1-32, DOI: 10.1080/009059908023736.

⁵⁷ Kitschelt et al., *Post-Communist Party Systems: Competition, Representation and Inter-Party Cooperation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 38 and 39.

⁵⁸ Daniel C., Bach, “Patrimonialism and neopatrimonialism: comparative trajectories and readings”, *Commonwealth & Comparative Politics*, 2011, 49:3, p. 287.

⁵⁹ Hellman, J. S. et al., *Measuring Governance, Corruption, and State Capture: How Firms and Bureaucrats Shape the Business Environment in Transition Economies*, Policy Research Working Paper. The World Bank, 2000, April, 2312, p. 23, available at: https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/18832/multi_page.pdf?sequence=1&isAllowed=y, accessed on: March 22, 2019.

was seen in the high level of corruption there—including the passage of legislative and presidential acts in the interests of individual companies and groups—the bribing of judges, the non-transparent system of financing political parties, and cronyism in staffing practices.⁶⁰ Researchers found, for example, that in the countries of Central Asia, “power cliques that surround the president and informally influence him have ‘captured’ key ministries and sectors of the state, particularly major state enterprises, the ministries responsible for taxation, customs, border guards, the police, the banking system and agriculture”.⁶¹

Economic problems were not the only burden for new institutional building—the imperial legacy was almost the main one. The researches show, that the “empire type” of the state, unlike its opposing version “nation-state”, is more relied on indirect rule and informal relations, that are almost impossible in the nation-state with its tendency towards rationalization of politics and standardization of public administration.⁶² The post-imperial transition brings institutional degradation,⁶³ which, alongside with imperial legacy, provides the conditions for different informal practices, including corruption and state capture.

Most of the problems regarding institutional degradation and state capture, however, were largely overcome in the 2000s: partly due to oil prices growth, partly due to institutional reforms, that were part of elite consensus.⁶⁴ Despite modest progress in rule of law, political stability and control over corruption according to World Governance Indicators,⁶⁵ number of countries made steady progress in developing institutions for regulating economic activity, consistently climbing in the Doing Business (DB) or

⁶⁰ *Idem.*

⁶¹ Collins, Kathleen, “Economic and Security Regionalism among Patrimonial Authoritarian Regimes: The Case of Central Asia”, *Europe-Asia Studies*, 2009, 61:2, p. 262, available at: <http://dx.doi.org/10.1080/09668130802630854>, accessed on: March 22, 2019.

⁶² Meleshkina, E. A., “Post-Imperial Spaces: Particularities of the formation of states and nations”, *Political Science*, 2013, vol. 3, pp. 13-15 (In Russ.).

⁶³ *Ibidem*, p. 17.

⁶⁴ Vilisov, M., “How institutional reforms (don’t) work in Russia,” *Outlines of global transformations: politics, economics, law*. 2016, 9(3), pp. 75-89 (In Russ.), available at: <https://www.ogt-journal.com/jour/article/view/247>, accessed: on June 21, 2019.

⁶⁵ Meleshkina, E. Y., “Stateness of Postsoviet Territorial polities”, *Comparative Politics*, 2012, 3 (1(7)): 118-132 (In Russ.), available at: [https://doi.org/10.18611/2221-3279-2012-3-1\(7\)-118-132](https://doi.org/10.18611/2221-3279-2012-3-1(7)-118-132), accessed on: September, 2, 2019, pp. 120 and 121.

Global Competitive Index (GCI) ratings. An interesting situation arose in which, according to assessments, there was almost no correlation between the quality of political regimes (essentially a measure of the political institutions of democracy), the level of corruption, and the degree to which economic institutions had developed (see Table 1).

TABLE 1

| Country | Political regime ⁶⁶ (Freedom House Nations in Transit 2018) | Doing Business 2019 (2018) ⁶⁷ , rank | Corruption Perception Index (Transparency International) 2018 (2017) ⁶⁸ | Global Competitiveness Index ⁶⁹ |
|------------|--|---|--|--|
| Azerbaijan | Consolidated Authoritarian Regime | 25 (57) | 152 (122) | 35 |
| Armenia | Semi-Consolidated Authoritarian Regime | 41 (47) | 105 (107) | 73 |
| Belarus | Consolidated Authoritarian Regime | 37 (38) | 70 (68) | Out of ranking |
| Georgia | Transitional Government or Hybrid Regime | 6 (9) | 41 (46) | 67 |
| Kazakhstan | Consolidated Authoritarian Regime | 28 (36) | 124 (122) | 57 |
| Kyrgyzstan | Consolidated Authoritarian Regime | 70 (77) | 132 (135) | 102 |
| Latvia | Consolidated Democracy | 19 (19) | 41 (40) | 54 |
| Lithuania | Consolidated Democracy | 14 (16) | 38 (38) | 41 |
| Moldova | Transitional Government or Hybrid Regime | 47 (44) | 117 (122) | 89 |
| Russia | Consolidated Authoritarian Regime | 31 (35) | 138 (135) | 38 |

⁶⁶ *Confronting Illiberalism. Nations in Transit 2018* / Freedom House, 2018, available at: <https://freedomhouse.org/report/nations-transit/nations-transit-2018>, accessed on: March 22, 2019.

⁶⁷ *Doing Business Rankings, 2018, 2019. The World Bank*, available at: <http://www.doingbusiness.org>, accessed on: March 22, 2019.

⁶⁸ *Corruption Perception Index, 2017, 2018. Transparency International*, available at: <https://www.transparency.org/cpi2018>, accessed on: March 22, 2019.

⁶⁹ *The Global Competitiveness Report 2017-2018*, World Economic Forum, available at: <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2017-2018>, accessed on: March 22, 2019.

| | | | | |
|--------------|--|----------------|-----------|----------------|
| Tajikistan | Consolidated Authoritarian Regime | 126 (123) | 152 (161) | 79 |
| Turkmenistan | Consolidated Authoritarian Regime | Out of ranking | 161 (167) | Out of ranking |
| Ukraine | Transitional Government or Hybrid Regime | 71 (76) | 120 (130) | 80 |
| Uzbekistan | Consolidated Authoritarian Regime | 76 (74) | 158 (157) | Out of ranking |
| Estonia | Consolidated Democracy | 16 (12) | 18 (21) | 29 |

The situation in Azerbaijan, Kazakhstan, and Russia is particularly noteworthy. These countries have consolidated authoritarian regimes and high levels of corruption, and yet they rank highly for ease of doing business and global competitiveness. This despite the fact that Azerbaijan and Russia were both once listed as countries where “state capture” had occurred.

How is it possible to form effective economic institutions in countries known for clientelism and cronyism? Had those countries managed to overcome these negative phenomena, or were they so non-obtrusive as to be overlooked when these indices were formulated? And how does the structure of the economy—including the “resource curse”—affect the situation?

The answer to the last question is the most obvious: energy-exporting countries have a major economic advantage, explaining why Azerbaijan, Kazakhstan, and Russia ranked highly on the Global Competitiveness Index (although the absence of Turkmenistan and Uzbekistan from the list makes it difficult to test this hypothesis). This explanation helps little, however, in explaining their standing on the DB ranking—that does not measure macroeconomic indicators but focuses primarily on institutions that regulate business activity—. And it does so from the viewpoint of investors, including foreign investors—according to which the positions of Azerbaijan, Kazakhstan, and Russia differ markedly from that of Uzbekistan—. It’s also interesting that for all three countries, the index measuring perceptions of corruption has worsened over the last two years, even as their DB rankings have improved. Leaving aside questions regarding the accuracy of the indices themselves, this suggests that an additional factor or phenomenon influences the development of economic institutions when the level of political institutional development and corruption remain unchanged.

In our opinion, that phenomenon could be neo-patrimonialism, precisely, some of its special types. Certainly, that cannot be considered as the only explanation model:⁷⁰ there is a broad enough set of explanations the specific features of post-soviet authoritarianism,⁷¹ different levels of “stateness” (or state capacity) among post-soviet polities⁷² and different indexes of institutional development and sovereignty,⁷³ but has relatively high potential to explain the ability of some non-democratic regimes to have more advanced institutional design in some spheres in comparison with the others.

This phenomenon goes back to the rational-legal order described by M. Weber. That order is characteristic of industrial societies and capitalism—which Weber contrasted to the patrimonial order that preceded it—. In an attempt to describe the appearance of patrimonial orders in modern societies—primarily in post-colonial, and later in post-communist countries—researchers introduced the term “neo-patrimonialism”. It should be emphasized that his phenomenon is not associated with tradition and traditional authority. It often coexists with modern phenomena, including modern rational bureaucracy.⁷⁴ That is, any type of non-democratic political regime could also include a rational-legal bureaucracy that could ensure, for example, the effectiveness of institutions for regulating business. This is, in essence, neo-patrimonialism, that can be considered the phenomenon, presenting in most of the post-soviet countries, except of Baltic states and, probably, Georgia. These visible features are: the politi-

⁷⁰ Gelman, V., “Post-Soviet Transitions and Democratization: Towards Theory Building”, *Democratization*, 2003, vol. 10, num. 2, pp. 87-104.; Gelman, V. Ya., “Institutional Construction and Informal Institutions in Modern Russian Politics”, *Polis. Political Studies*, 2003, num. 4, pp. 6-25 (In Russ.). DOI: <https://doi.org/10.17976/jpps/2003.04.02>; Gelman, V., Starodubtsev, A., “Opportunities and Constraints of Authoritarian Modernization: Russian Policy Reforms in the 2000s”, *Europe-Asia Studies*, 2016, 68:1, 97-117, DOI: 10.1080/09668136.2015.1113232 (In Russ.).

⁷¹ *Idem*.

⁷² Meleshkina, E.Y., “Stateness of Post-Soviet Territorial Polities”, *Comparative Politics*, 2012, 3 (1(7)): 118-132 (In Russ.), available at: [https://doi.org/10.18611/2221-3279-2012-3-1\(7\)-118-132](https://doi.org/10.18611/2221-3279-2012-3-1(7)-118-132), accessed on: September 2, 2019.

⁷³ Borisov, N., “Institutionalization of Presidency and Prospects for Consolidation of Political Regimes in Post-Soviet Space”, *Politeia*, 2011, num. 4 (In Russ.), DOI: 10.30570/2078-5089-2011-63-4-93-103.

⁷⁴ Gero, E. and Ulf, E., “Neopatrimonialism Reconsidered: Critical Review and Elaboration of an Elusive Concept”, *Commonwealth & Comparative Politics*, 2007, 45:1, pp. 95-119, DOI: 10.1080/14662040601135813, accessed on: March 22, 2019.

cal regime, that is considered non-democratic, and relatively high level of corruption. Actually, those features can be easily identified in Table 1.

In terms of political transition and institution building neo-patrimonialism means the combination of informal practices, that undermine formal institutions in political, administrative and economic spheres and considered natural or appropriate for particular society. For post-soviet countries that comes from soviet informal practices like *blat* (colloquial term to denote ways of getting things done through personal contacts, associated with using connections, pulling strings and exchanging favors),⁷⁵ that existed partly as adaptation to totalitarian regime in order to provide survival for close circle of relatives and friends and further transformed into *otkat* (a colloquial term used to describe a form of corruption in Russia, that literally means “rolling back” and is the equivalent of the English term “kickback”)⁷⁶ as purely corruption practice.⁷⁷ All of this finally led to formation of *sistema* (or system) as a kind of informal governance, for example, in Russia, based on neo-patrimonial practices, that help consolidate resources and influence —sources of a real power.⁷⁸

In his study of neo-patrimonialism in the countries of Africa, South America, East Asia and Southeast Asia, as well as in post-communist and post-Soviet countries, Daniel Bach noted the diverse nature of this phenomenon, its many varieties, and its influence on the development of the institutional environment and even the economy. Bach identifies two important types of neo-patrimonialism. The first is “regulated”, in which elements of a neo-patrimonial regime —where interpersonal relationships take precedence over institutional ties— combine with the development of separate formal institutions (a rational bureaucracy, professional army, developed economic institutions). The second is “predatory” neo-patrimonialism that almost completely neutralizes the effectiveness of all formal

⁷⁵ Ledeneva, A. (ed.), *The Global Encyclopaedia of Informality: Understanding Social and Cultural Complexity*, vol. 1, London, UCL Press, 2018, p. 44, DOI: <https://doi.org/10.14324/111.9781911307907>.

⁷⁶ Ledeneva, A. (ed.), *The Global Encyclopaedia of Informality: Understanding Social and Cultural Complexity*, vol. 2. London, UCL Press, 2018, p. 274, DOI: <https://doi.org/10.14324/111.9781787351899>.

⁷⁷ Ledeneva, A., *Can Russia Modernise? Sistema, Power Networks and Informal Governance*. London: Cambridge University Press, 2013. p. 85-115. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511978494>.

⁷⁸ *Idem*.

institutions—even when the relevant legal regulations ostensibly protect them. This leads first to institutional degradation, and later, to the decline of the state.⁷⁹

Studying the relationship between government administration, bureaucracy, and political regimes with neo-patrimonial relations, Engel and Erdman proposed categorizing neo-patrimonial political regimes as a separate sub-type of authoritarian regime in which a personalistic type of leadership combines with a neo-patrimonial organization of bureaucracy. This differs fundamentally from a different sub-type of authoritarian regime—the bureaucratic, in which the bureaucracy is based on legal and rational foundations, and only the government has personalistic features.

Returning to the previous example, it can be assumed that the economic institutions in Azerbaijan, Kazakhstan, and Russia received high rankings because those countries built this very type of system—“rational neo-patrimonial”—, that combines a personalistic and legal type of government with a legal and rational type of bureaucracy in certain key areas of government, including in the regulation of economic activity. Some experts suggest that the level of the bureaucracy development has transformed Kazakhstan from neo-patrimonial to bureaucratic regime,⁸⁰ unlike its neighbor Uzbekistan, that is considered sultanistic neopatrimonialism. Russia (under Putin and Medvedev) and Belarus are also demonstrate more bureaucratic neopatrimonialism in comparison with Russia under Yeltsin, that was of oligarchic type.⁸¹

On what is the rationalism of this neo-patrimonialism based? The simplest approach in this case is to refer to the resource economy again. In their study, Luong and Weinthal showed how political, economic, and domestic factors shaped different strategies for the fuel and energy complexes of the post-Soviet countries.⁸² The experts found that a direct foreign presence in nationalized industries and the privatization of an industry, regardless of

⁷⁹ Daniel C., Bach, “Patrimonialism and neopatrimonialism: comparative trajectories and readings”, *Commonwealth & Comparative Politics*, 2011, 49:3, pp. 287 and 288.

⁸⁰ Sapper M., Weichhsel V., Huterer A. (Hrsg.) *Machtmosaik Zentralasien. Traditionen, Restriktionen, Aspirationen*, Bonn, BPB, 2007.

⁸¹ Fisun O., “Rethinking Post-Soviet Politics from a Neopatrimonial Perspective”, *Demokratizatsiya. Journal of Post-Soviet Democratization*, 2012, 20(2), p. 94 (In Russ.).

⁸² Luong, P. Jones, and Weinthal, E., “Prelude to the resource curse. Explaining Oil and Gas Development Strategies in the Soviet Successor States and Beyond”, *Comparative Political Studies*, vol. 34, num. 4, May 2001, pp. 367-399.

the type of foreign participation, create a significantly higher need for the development of rational-legal regulatory institutions. That is, the groups of ruling elites are willing to develop rational-legal institutions?⁸³ Why?

Examining the model of the Philippines and South Korea, D. Bach concludes that none of the groups could dominate the others completely. As a result, all were forced to compromise and move in the direction of the “common good” and the development of the country.⁸⁴ As Bach notes, the need to strike a balance is one of the reasons for forming regulated neo-patrimonialism—that develops mainly in societies where it’s necessary to ensure the peace between ethnic and religious groups, or else to maintain a balance between political and economic interests through the redistribution of power and economic resources.

Richard Sakwa describes this phenomenon with reference to Russia and the idea of a “dual state”. He writes,

Today, there are still groups of siloviki and liberals, but a system has been established in which neither side can dominate, and at the same time, the central figure will always remain V. Putin. This is what I call the “Putin Constitution” —when no single faction, neither the siloviki (the Armed Forces and Police in Russia) nor the liberals— holds complete power to be able to eliminate their rival, but are equally capable of influencing the course of the state. A system of checks and balances between various factions has existed within a single state for a long time. And therein lies the genius of V. Putin”.⁸⁵

The need to achieve a political balance under a personalistic regime creates the opportunity to form regulated neo-patrimonialism, primarily in those areas where it’s necessary to provide a balance between internal political actors, or else in interactions with the global economy. At the same time, from the economic standpoint, this creates a system in which businesses can act freely provided they do not hinder the consolidation of

⁸³ Juberías Flores, Carlos and Pérez Torres, Mercedes, “Los tribunales constitucionales y su papel en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, num. 5, July-December 2001.

⁸⁴ Daniel C., Bach, “Patrimonialism and neopatrimonialism: comparative trajectories and readings”, *Commonwealth & Comparative Politics*, 2011, 49:3, pp. 287 and 288.

⁸⁵ Sakwa, Richard, “Russia Turned out to be more a Victim of the Current Crisis...”, *Vlast’*, 2009, num. 7, p. 11 (In Russ.).

the political authorities and financial resources needed to ensure social and political stability.⁸⁶

Thus, it seems that “rational neo-patrimonialism” has a good chance for transformation and creates opportunities for institution building — and not only in the sphere of economic regulation.⁸⁷ The most important task of “rational neo-patrimonialism” is to provide platforms for negotiations to achieve a political balance. When formal institutions (primarily parliament as well as government) cannot always act as such, the role increases of “hybrid institutions” that can carry out those functions. In this case, “hybrid” refers to having the formal and legal status and ability to bring together all of the actual (including informal) political players, that distinguishes it from the concept of Politburo 2.0, elaborated by Russian political consultant E. Minchenko in order to describe informal center of power in Russia.⁸⁸ The most typical examples are the Security Council⁸⁹ and the State Council⁹⁰ of Russia, that include the most powerful political actors in order to form decision-making centers. Both institutions have legal and even constitutional (Security Council) status and act officially, but in parallel with parliament and government.

In Kazakhstan, that country’s Security Council might play a major role in the transfer of power after Nazarbayev steps down as president in March 2019⁹¹ and new president Kassym-Jomart Tokayev was elected in June 2019.⁹² After leaving the post of president of the Republic of Kazakh-

⁸⁶ Chris, Miller, *Putinomics. Power and Money in Resurgent Russia*. The University of North Carolina Press, Kindle Edition, 2018.

⁸⁷ Adalid Melgar, Mario, “Hacia un auténtico Tribunal Constitucional”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, num. 11, July-December, 2004.

⁸⁸ *Politburo 2.0: Renovation Instead of Dismantling*, Communication Group “Minchenko Consulting”, 2017, available at: http://www.minchenko.ru/netcat_files/user-files/2/Dokumenty/Politburo_2.0_October_2017_ENG.pdf, accessed on June, 21, 2019.

⁸⁹ Kryshstanovskaya, Ol’ga and White, Stephen, “The Sovietization of Russian Politics”, *Post-Soviet Affairs*, 25:4, 2009, pp. 283-309.

⁹⁰ Whitehouse, Mark, *What comes after Putin could be trouble (An interview with Ol’ga Kryshstanovskaya)?*, available at: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-08-25/putin-s-succession-plan-could-be-trouble-for-russia>, accessed on March, 11, 2019.

⁹¹ Gizitdinov, Nariman, *Kazakh Leader Nazarbayev Quits Presidency, Retains Key Posts*, available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-03-19/kazakh-president-nazarbayev-resigns-after-nearly-30-years>, accessed on March, 11, 2019.

⁹² Higgins, Andrew, *Kazakhstan Gets New Leader, but Old System’s Grip on Pow-*

stan, Nazarbayev retained the posts of head of the Security Council and Chairman of the ruling party “Nur Otan”, and also remained a member of the Constitutional Council of Kazakhstan. All this helps Nazarbayev to maintain control over siloviki and use his hybrid (formal and informal) power as elbasy (the first president and the leader of the nation according to the Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan of July 20, 2000 “On the First President of the Republic of Kazakhstan – Elbasy”).⁹³

VII. FINAL REMARKS

The issue of constructing institutions (and Constitutions) in the former Soviet republics — CIS members are very complicated and requires deep and comparative research. These countries faced a unique set of challenges that required them to affect a serious constitutional, economic, social, and political transformation in what, by historical standards, was a relatively short time. Attempts to assimilate Western democratic institutions formally ran up against the need to adapt them to the very diverse social and cultural realities of the post-Soviet societies — that turned out to be largely conservative and traditional. As a result, informal institutions and mechanisms quickly offset the weaknesses of the institutions that the various countries had begun to form. These informal structures began competing with constitutional institutions, set the stage for “seize the government”, and led to the formation of neo-patrimonialism. Study of this phenomenon in connection with the features of constitutional and economic institutions makes it possible to identify the phenomenon of “rational neo-patrimonialism”. This, in turn, provides a deeper understanding of many phenomena of the post-Soviet political and legal democratic transition of the CIS members.

er Remains the New York Times, June 10, 2019, available at: <https://www.nytimes.com/2019/06/10/world/asia/kazakhstan-president.html>, accessed on June, 15, 2019.

⁹³ Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan of July 20, 2000, “On the First President of the Republic of Kazakhstan–Elbasy” available at: http://www.akorda.kz/ru/official_documents/constitutional_laws/o-pervom-prezidente-respubliki-kazahstan-lidere-nacii, accessed on June, 23, 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

VIII. BIBLIOGRAPHY

- ADALID MELGAR, Mario, “Hacia un auténtico Tribunal Constitucional”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 11, July-December 2004.
- BAAR, V., JAKUBEK, D., “Divided National Identity in Moldova”, *Journal of Nationalism, Memory & Language Politics*, 2017, vol. 11, issue 1.
- BACH, Daniel C., “Patrimonialism and neopatrimonialism: comparative trajectories and readings”, *Commonwealth & Comparative Politics*, 2011, no. 49.
- BECERRA RAMÍREZ, M., *El factor jurídico en la transformación de la Unión Soviética a la Comunidad de Estados Independientes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.
- BORISOV, N. A., “Institution of presidency in the Central Asian Countries: personalization vs. institutionalism”, *Central Asia and the Caucasus*, 2011 vol. 14, Issue 4 (In Russ.).
- BORISOV, N.A., “Institutional choice in the late-Soviet political systems: Presidency models formation”, *Political Science*, 2017, vol. 3 (In Russ.).
- BORISOV, N., “Institutionalization of Presidency and Prospects for Consolidation of Political Regimes in Post-Soviet Space”, *Politeia*, 2011, num. 4, DOI: 10.30570/2078-5089-2011-63-4-93-103 (In Russ.).
- BROM, J., *Por qué desapareció la Unión Soviética? De la Rusia de Kiev (siglo IX) al fin de la Perestroika*, México, Grijalbo, 1992.
- CHIRUN, S. N., “Experience of participation in the fifth international conference in Torun (Poland) on the studies of post-Soviet landscape Russia — Neighboring — EU”, *Tomsk State University Journal of Philosophy, Sociology and Political Science*, 2017, num. 38.
- COLLIARD, Jean-Claude, “El poder en el semipresidencialismo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 20, January-June, 2009.
- COLLINS, Kathleen, “Economic and Security Regionalism among Patrimonial Authoritarian Regimes: The Case of Central Asia”, *Europe-Asia Studies*, 2009, available at <http://dx.doi.org/10.1080/09668130802630854>, accessed on: March 22, 2019.

- Confronting Illiberalism. Nations in Transit 2018*/Freedom House, 2018, available at: <https://freedomhouse.org/report/nations-transit/nations-transit-2018>, accessed on: March 22, 2019.
- Corruption Perception Index, 2017, 2018. Transparency International*, available at: <https://www.transparency.org/cpi2018>, accessed on: March 22, 2019.
- Doing Business Rankings, 2018, 2019. The World Bank*, available at: <http://www.doingbusiness.org>, accessed on: March 22, 2019.
- ERDMANN, Gero and ENGEL, Ulf, *Neopatrimonialism Reconsidered: Critical Review and Elaboration of an Elusive Concept, Commonwealth & Comparative Politics*, 2007, DOI: 10.1080/14662040601135813, accessed on: March 22, 2019.
- FISUN O., “Rethinking Post-Soviet Politics from a Neopatrimonial Perspective”, *Demokratizatsiya. Journal of Post-Soviet Democratization*, 2012, 20(2) (In Russ.).
- From Turkmenistan to Central Asia. The political future of the countries of the region. Center for the Crisis Society's Studies Report*, Ed. A. A. Krivopalov, Moscow, 2016 (In Russ.).
- GELMAN, V., “Post-Soviet Transitions and Democratization: Towards Theory Building, Democratization”, 2003, vol. 10, num. 2 (In Russ.).
- GELMAN, V. Ya., “Institutional Construction and Informal Institutions in Modern Russian Politics”, *Polis. Political Studies*, 2003, num. 4 (In Russ.), DOI: <https://doi.org/10.17976/jpps/2003.04.02>.
- GELMAN, V. and STARODUBTSEV, A., *Opportunities and Constraints of Authoritarian Modernization: Russian Policy Reforms in the 2000s, Europe-Asia Studies* (In Russ.), 2016, 68:1, 97-117, DOI: 10.1080/09668136.2015.1113232.
- GIZITDINOV, Nariman, *Kazakh Leader Nazarbayev Quits Presidency, Retains Key Posts* (In Russ.), available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-03-19/kazakh-president-nazarbayev-resigns-after-nearly-30-years>, accessed on March, 11, 2019.
- Global Competitiveness Report 2017-2018, World Economic Forum*, available at: <https://www.weforum.org/reports/the-global-competitiveness-report-2017-2018>, accessed on: March 22, 2019.
- GÓMEZ-ROBLEDO, VERDUZCO, A., “Becerra Ramírez, M., El factor jurídico en la transformación de la Unión Soviética a la Comunidad de Esta-

- dos Independientes”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1993, núm. 76, DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.1993.76>.
- GRIGAS, A., *Legacies, Coercion and Soft Power: Russian Influence in the Baltic States*/ Chatham House Briefing Paper, August 2012, available at: https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Research/Russia%20and%20Eurasia/0812bp_grigas.pdf, accessed on: June, 15, 2019)
- HALE, Henry E., *Cause without a Rebel: Kazakhstan's Unionist Nationalism in the USSR and CIS*, Nationalities Papers, 2009, available at: 37:1, 1-32, DOI: 10.1080/009059908023736, accessed on March 17, 2019.
- HALE, Henry E., *Patronal Politics. Eurasian Regime Dynamics in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2014.
- HELLMAN, J. S. et al., *Measuring Governance, Corruption, and State Capture: How Firms and Bureaucrats Shape the Business Environment in Transition Economies*, vol. 1, Banco Mundial, 2010.
- HIGGINS, A., “Kazakhstan Gets New Leader, but Old System’s Grip on Power Remains”, *The New York Times*, June 10, 2019, available at: <https://www.nytimes.com/2019/06/10/world/asia/kazakhstan-president.html>, accessed on: June, 15, 2019.
- HUNTINGTON, S., *A political order in changing societies*, Moscow, 2004.
- JUBERIAS FLORES, Carlos and PÉREZ TORRES, Mercedes, “Los tribunales constitucionales y su papel en la protección de los derechos fundamentales en las nuevas democracias de la Europa Central y Oriental”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 5, July-December, 2001.
- KITSCHOLT, H. P. et al., *Post-Communist Party Systems: Competition, Representation and Inter-Party Cooperation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- KRYSHYANOVSKAYA, Olga and WHITE, Stephen, “The Sovietization of Russian Politics”, *Post-Soviet Affairs*, 25:4, 2009.
- LEDENEVA, A. *Can Russia Modernise? Sistema, Power Networks and Informal Governance*. London: Cambridge University Press, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511978494>.
- LEDENEVA, A. (ed.). *The Global Encyclopaedia of Informality: Understanding Social and Cultural Complexity, Volume 1*. London: UCL Press, 2018 DOI: <https://doi.org/10.14324/111.9781911307907>.

- LEDENEVA, A. (ed.). *The Global Encyclopaedia of Informality: Understanding Social and Cultural Complexity, Volume 2*. London: UCL Press, 2018, DOI: <https://doi.org/10.14324/111.9781787351899>.
- LEVITSKY, S. and WAY, L. A., *Competitive Authoritarianism: Hybrid regimes after the Cold War*, Cambridge, 2010.
- LINZ, J. J. and STEPAN, A., “Modern Nondemocratic Regimes”, *Essential Readings in Comparative Politics*, New York and W.W. Norton, 2004.
- LUONG, Pauline Jones and WEINTHAL, Erika, “Prelude to the resource curse. Explaining Oil and Gas Development Strategies in the Soviet Successor States and Beyond”, *Comparative Political Studies*, vol. 34, num. 4, May 2001.
- MAKARENKO, B. I., “Neocorporativism in Modern Russia”, *Comparative Politics*, 2011, num. 2 (In Russ.).
- MALDONADO SIMAN, B., “Becerra Ramírez, M., El factor jurídico en la transformación de la Unión Soviética a la Comunidad de Estados Independientes, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1993, no. 78, DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484873e.1993.78>.
- MELESHKINA, E. Y., “Stateness of Postsoviet Territorial Polities”, *Comparative Politics*, 2012, 3 (1(7)) (In Russ.), available at: [https://doi.org/10.18611/2221-3279-2012-3-1\(7\)-118-132](https://doi.org/10.18611/2221-3279-2012-3-1(7)-118-132).
- MELESHKINA, E. Y., “Post-Imperial Spaces: Particularities of the formation of states and nations”, (In Russ.), *Political Science*, 2013, vol. 3.
- MILLER, Chris, *Putinomics. Power and Money in Resurgent Russia*, The University of North Carolina Press, 2018, Kindle edition.
- MITRAKOVICH, S., *Lithuanian-Belorussian alliance opposes Russia/National Energy Security Fund*, February 10, 2011, available at: <http://www.energystate.ru/eng/news/375.html>, accessed on: June 15, 2019.
- Policy Research Working Paper*. The World Bank, 2000, April, available at: https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/18832/multi_page.pdf?sequence=1&isAllowed=y, accessed on: March 22, 2019.
- Politburo 2.0: Renovation Instead of Dismantling*. Communication Group “Minchenko Consulting”, 2017, available at: <http://www.minchenko>.

- ru/netcat_files/userfiles/2/Dokumenty/Politburo_2.0_October_2017_ENG.pdf*, accessed on: June, 21, 2019.
- Presidential Government, Multiparty System and Democracy: Complicated Combination. Theory and Practice of Democracy*. Selected texts, Moscow, 2006 (In Russ.).
- Russian Society in the Context of New Realities (Main Theses)*, Moscow, 2015 (In Russ.).
- SAKWA, Richard, "Russia turned out to be more a victim of the current crisis...", *Vlast*, 2009, num. 7 (In Russ.).
- SAPPER, M. *et al.*, *Machtmosaik Zentralasien, Traditionen, Restriktionen, Aspirationen*, Bonn, BPB, 2007.
- SCHENDLER, A. *Electoral Authoritarianism: The Dynamics of Unfree Competition*, London, Lynne Rienner Publishers, 2006, available at <http://www.fpri.org/article/2014/01/electoral-authoritarianism-the-dynamics-of-unfree-competition-book-summary/>, accessed on: March 11, 2019.
- SCHWARZKOPF, F. and MAGNUSSEN, N., *Browder Says Europe May Be Looking at \$1 Trillion in Dirty Money*, available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-03-06/browder-files-criminal-complaint-against-swedbank-for-laundering>, accessed on: March 17, 2019.
- SCHWARZKOPF, F. and MAGNUSSEN, N., *22 Ideas to Fix the World: Conversations with the World's Prominent Thinkers, Ivan Krastev talks with Richard Sakwa*. Moscow, Moscow University Press, 2014 (In Russ.).
- 22 Ideas to Fix the World: Conversations with the World's Prominent Thinkers, Ivan Krastev Talks with Richard Sakwa*, Moscow, Moscow University Press, 2014 (In Russ.).
- UZO, M. *Kazakhstan History: Early Tribal Movements, Population, Ethnic Groups, The Economy, Government*, CreateSpace Independent Publishing Platform, March 8, 2016.
- VARDOMSKY, L. B. *et al.*, "New independent States: comparative results of socio-economic development", *Rossiiskii ekonomicheskii zhurnal*, 2012, num. 3 (In Russ.).
- VILISOV, M., "How institutional reforms (don't) work in Russia", *Outlines of global transformations: politics, economics, law*, 2016, 9(3) (In Russ.), available at: <https://www.ogt-journal.com/jour/article/view/247>, accessed on: June 21, 2019.

WHITEHOUSE, M., *What comes after Putin could be trouble (An interview with Olga Kryshstanovskaya)*, available at: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2018-08-25/putin-s-succession-plan-could-be-trouble-for-russia>, accessed on: March 11, 2019.

C

Fecha de recepción: 1o. de mayo de 2019.
Fecha de aceptación: 22 de agosto de 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

La resolution des conflits juridiques et politiques par la justice constitutionnelle de la Republique de Djibouti

Resolution of Legal and Political Conflicts by the Constitutional Justice of the Republic of Djibouti

Mohamed ABDILLAH I BAHDON*

RÉSUMÉ: Contrairement à un régime autoritaire, dans le régime “démocratique”, le conflit fait partie du jeu politique. Il repose sur l’opposition pacifique entre les acteurs/ es de la scène sociopolitique. Cet article analyse le rôle du conseil constitutionnel de la République de Djibouti dans la résolution des conflits juridiques et politiques. La première partie est consacrée à la nécessité de la justice constitutionnelle et à son importance dans un régime non autoritaire. C’est une question importante. Dans la deuxième partie, l’évolution de la perception sur la justice dans ce pays sera analysée entre deux contextes différents 1977 et 1992. La quatrième partie porte sur les éléments de définition du conflit juridico-politique dans un régime politique où il est un fait à gérer par une institution juridictionnelle. Dans la cinquième partie, les mécanismes prévus par la constitution et les lois organiques, mécanismes traduisant un changement culturel apparent des membres de l’élite politique, seront traités. L’objet traité par la sixième partie est la compétence exclusive en matière électorale, qui constitue l’un des foyers de conflits juridiques et politiques.

ABSTRACT: Unlike an authoritarian regime, in the “democratic” regime, conflict is part of the political game. It is based on peaceful opposition between actors in the sociopolitical scene. This article analyzes the role of the Constitutional Council of the Republic of Djibouti in the resolution of legal and political conflicts. The first part is devoted to the need for constitutional justice and its importance in a non-authoritarian regime. This is an important question. In the second part, the evolution of perception on justice in this country will be analyzed between two different contexts 1977 and 1992. The fourth part deals with the elements of definition of the legal and political conflict in a political regime where it is a fact to be managed by a jurisdictional institution. In the fifth part, the mechanisms provided by the constitution and the organic laws, mechanisms translating an apparent cultural change of the members of the political elite, will be dealt with. The subject dealt with in Part Six is exclusive electoral jurisdiction, which is one of the hotbeds of legal and political conflict.

* Universidad de Murcia, España. Correo electrónico: bahdonabdillahi@gmail.com.

Et enfin, la septième partie analysera la résolution de ces conflits par le recours aux ressources que disposent les acteurs/es et les candidates. Ce sont des voies de résolution pacifique.

Mots clés: conflit, compétence exclusive, contentieux électoral, opposition pacifique, saisines, résolution pacifique.

And finally, the seventh part will analyze the resolution of these conflicts by the recourse to the resources that the actors and the candidates have. These are ways of peaceful resolution.

Keywords: Conflict, Exclusive Jurisdiction, Electoral Disputes, Peaceful, Opposition, Referrals, Peaceful Resolution.

SUMMARY: I. Introduction. II. Nécessité ou mode de la juridiction constitutionnelle. III. Changement relatif de sa perception dans le nouveau régime politique. IV. Les éléments constitutifs d'un conflit juridique et politique. V. Les mécanismes de la résolution des conflits juridiques et politiques. VI. La compétence exclusive en matière de contentieux électoral. VII. Les saisines du conseil constitutionnel comme moyen de résolution des conflits juridiques. VIII. Conclusion.

I. INTRODUCTION

L'analyse de la justice constitutionnelle en Afrique se heurterait, selon le professeur Luc Sindjoun¹ à de nombreux obstacles épistémologiques. Mais ces obstacles ne peuvent décourager les débats juridiques, politiques et sociaux sur cette institution; qui est, plus que jamais, au centre de la vie sociopolitique des sociétés africaines depuis ce qu'on a appelé le renouveau démocratique.² Les actrices et acteurs tant collectifs.es (partis, coalitions...) comme individuels (candidats.es, simple citoyen.e) s'appuient sur celle-ci pour défendre leurs droits et de dénoncer la violation des droits fondamentaux. Le professeur Théodor Holo³ parle d'une émergence de cette justice. Avant le changement constitutionnel de la décennie 1990 du siècle passé, dans beaucoup de pays africains la justice constitutionnelle

¹ Sindjoun, Luc, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnelle jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

² Adamon, Afize, *Le renouveau démocratique au Bénin: la Conférence Nationale des Forces Vives et la Période de Transition*, Paris, Harmattan, 1995.

³ Holo, Théodore, "Émergence de la justice constitutionnelle", *Pouvoirs*, Paris, n° 129, 2009, p. 102.

était de la compétence d'une chambre des Cours suprêmes. Et dans des régimes de partis uniques, son rôle n'était pas important pour une élite, qui s'auto-légitimait et des citoyens.es, qui n'avaient pas des droits et libertés pour s'exprimer.

Depuis l'adoption des constitutions dites libérales par les pays africains au début de la décennie 1990, on observe l'importance accordée à la norme suprême de l'Etat, mais aussi le constitutionnalisme⁴ comme support des rapports politiques et l'idée d'un Etat de droit, qui régirait non seulement les relations entre les institutions judiciaires et politiques de l'Etat, mais aussi celles qui existent entre l'Etat et les citoyens.es.

Juristes et politologues mettent en exergue l'évolution socio-juridique et politique des sociétés africaines. La lutte politique s'est déplacée et s'appuie sur l'institution juridictionnelle,⁵ qui par le nouveau contexte sociopolitique, a repris des nouvelles compétences. Elle impose le respect des normes constitutionnelles et législatives aux parties dans un conflit politique et détiennent le pouvoir de proclamer le vainqueur. Mais dans les nouveaux régimes, elle recouvre un rôle qu'elle n'a pas eu jusqu'à là: la résolution des conflits politiques.

L'analyse de la justice constitutionnelle nous amène à des questions culturelles et de pratiques juridiques. Certains constitutionnalistes européens, et français en particulier, ceux qu'on a appelés "les pèlerins constitutionnels",⁶ ont mis l'accès sur le mimétisme. Selon eux les nouvelles constitutions seraient une copie de celles qui existent dans les vieilles dé-

⁴ Sur le constitutionnalisme dans les pays d'Afrique, surtout francophone, le professeur Ismaïla Madior Fall centre son analyse sur Le pouvoir exécutif des Etats d'Afrique dans *Le Pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008. Alors le professeur Jean-Nazaire Tama procède à une analyse historico-juridico-constitutionnelle dans *L'Odysée du constitutionnalisme en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2015. En fait les deux auteurs étudient principalement les pays d'Afrique francophone. En observant le fonctionnement des systèmes politiques d'Afrique francophone, en reprenant les termes de Tama, le constitutionnalisme se trouve se trouve à la fois dans "la voie désespoir et celle de l'espérance", pp. 20 et 21.

⁵ L'institution juridictionnelle n'est pas une institution nouvelle dans l'ordre institutionnel de beaucoup de pays africains. Au Bénin, sous l'ancien régime, il existait une chambre constitutionnelle au sein de la Cour Suprême. Mais dans d'autres pays, il n'y avait pas de cour, mais un conseil constitutionnel.

⁶ Doradeu, Renaud, "Les pèlerins constitutionnels. Éléments pour une sociologie des influences juridiques", in MENY, Yves, *Les politiques du mimétisme institutionnel: la greffe et le rejet, Logiques politiques*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 83.

mocratías occidentales, autrement dit les constituants africains reproduiraient des institutions marquées par des cultures différentes des leurs. Or au-delà du mimétisme, ne faudrait-il pas voir un certain pragmatisme?⁷

Cette étude fait suite à des multiples travaux scientifiques généraux ou monographiques publiés à la fin des années 1990 jusqu'à nos jours portant sur le constitutionnalisme africain et la justice constitutionnelle. Elle n'a pas la prétention d'introduire un élément nouveau dans l'étude de la justice constitutionnelle. L'objet poursuivi est beaucoup plus modeste, il s'agit d'analyser la résolution des conflits juridiques et politiques par l'organe constitutionnel djiboutien: le conseil constitutionnel. Depuis l'adoption de la constitution libérale de 1992, l'opposition politique recourt à la justice constitutionnelle pour rechercher des solutions par la voie institutionnelle plutôt que par le recours à la violence. Un tel recours marque l'intégration des actions des acteurs sociopolitiques dans le nouveau système institutionnel.

Mais avant d'analyser le rôle de la justice constitutionnelle dans ladite résolution, il convient de répondre à certaines questions pertinentes dans une telle analyse: qu'est-ce qu'un conflit juridique et politique? Qu'est-ce qu'une opposition sur les résultats électoraux? Comment interpréter le refus d'une manifestation de l'opposition? Quid la modification de la constitution?

II. NÉCESSITÉ OU MODE DE LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE

Poser en termes de nécessité ou de mode la juridiction constitutionnelle, c'est une manière de cerner l'importance de l'institution dans un système politique de parti unique en transition vers un autre système. La nécessité

⁷ L'existence d'une telle institution et son fonctionnement constituent des moyens pour la garantie constitutionnelle des droits et libertés fondamentales affirmés dans les textes constitutionnels et les traités internationaux et régionaux. Elle ne serait pas effective sans une telle institution juridictionnelle, qui veille au respect des nouveaux principes constitutionnels. Mais son importance n'est pas limitée seulement à ce point; elle est garante de la suprématie de la constitution, c'est-à-dire du respect des législateurs et gouvernants dans leurs activités: adoption des lois ordinaires et des actes administratifs, et ce pour la réalisation de l'Etat de Droit; c'est-à-dire le respect du droit par les acteurs politiques et les administrations étatiques nationales et régionales. C'est donc un élément nécessaire dans un régime démocratique parce qu'elle a une légitimité essentielle dans un tel régime.

serait la mesure de son importance dans un contexte national nouveau où le pluralisme politique est un fait alors que la mode⁸ serait le fait d'un suivisme et donc sa relativité dans le système politique et social du pays. Dans leurs analyses, les juristes comme les politologues se basent non seulement sur des institutions et sur des actes, mais aussi sur d'autres facteurs comme l'histoire des institutions traditionnelles et modernes à la base d'un système juridique et politique, qui n'est pas immuable, et qui donne une pratique et sur la culture du peuple.

Mais se pose la question de la légitimité. Quelle est sa légitimité? Ce n'est pas l'objet de cette modeste réflexion, mais le fait d'avoir une cour constitutionnelle ou un conseil constitutionnel nous amène à ce type de questions. La recherche de la légitimité par la légalité devient théoriquement la norme dans les nouveaux systèmes politiques africains.

L'institution juridictionnelle ne s'impose pas aux constitutionnalistes et aux hommes politiques.⁹ Plus de trois décennies ans après les réformes constitutionnelles et politiques, l'importance et son rôle dans la vie juridique et politique d'une telle juridiction est plus que démontrer dans tous les pays. En fait, il est lié à la timide émergence d'un Etat de droit et donc au développement du droit, et en particulier le droit constitutionnel dans les Etats africains et le respect par certains Chefs d'Etat¹⁰ comme les ac-

⁸ Le mot mode a été utilisé par le Président Hassan Gouled Aptidon en 1991 lors de la crise sociopolitique de la République de Djibouti. En effet, pressionné par la France de suivre le changement entrepris par les autres pays africains francophones, surtout de l'Afrique de l'Ouest, après décidé de créer une commission de réforme politique, il avait que "maintenant, nous suivons la mode". Autrement, son gouvernement fera la même chose que les autres gouvernements africains: entreprendre un changement politique. Et c'est dans ce sens que j'emploie le mot "mode".

⁹ Favoreu, Selon Louis, "La légitimité de la justice constitutionnelle va découler en premier lieu, de l'adoption du modèle choisi au contexte institutionnel et politique". Voir l'article "La légitimité du juge constitutionnel", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, vol. 46, no. 2, 1994, p. 557. Comment créer un consensus des acteurs de la classe politique sur une telle institution?

¹⁰ Les trois dernières années ont été marquées par la violation des normes constitutionnelles, et surtout un point particulier, la révision constitutionnelle visant à supprimer la limitation des mandats. Dans les pays africains francophones, la procédure prévue par les constitutions n'a été respectée. Sauf au Rwanda, il n'y a pas de référendum constitutionnel. Le pouvoir exécutif, mieux la volonté du président comme au Burundi, s'est imposé pour supprimer la disposition constitutionnelle relative au nombre de mandats présidentiels d'un président en exercice. D'autres ne veulent pas respecter le calendrier électoral comme le président Kabila de la République Démocratique du Congo.

teurs.es politiques —même s'ils ne respectent pas scrupuleusement les normes constitutionnelles— et ceux de la société civile, qui s'en remettent à l'organe constitutionnel pour résoudre leurs conflits politiques. Par ses décisions et ses interprétations quand elle est consultée, la justice constitutionnelle favorise le développement du droit constitutionnel du pays.

Comme toute autre institution politique et sociale, la justice constitutionnelle a occupé la réflexion d'abord des juristes et ensuite d'autres spécialistes en sciences humaines et sociales. Ainsi le constitutionnaliste italien Mauro Cappelletti posait la question de la nécessité pour expliquer l'importance de cette justice en affirmant que "l'existence d'une justice constitutionnelle s'impose à l'époque actuelle; elle équilibre la croissance considérable et inquiétante du législatif et exécutif; elle découle nécessairement de l'expansion des déclarations des droits".¹¹

Pour sa part et analysant les droits constitutionnels étrangers, Stéphane Pierre-Caps affirme que "le droit constitutionnel correspond à un besoin permanent, qui est celui de l'ordre et dont le but est d'éviter l'anomie, c'est-à-dire l'absence de règle".¹² La base d'un tel droit est la constitution ou la loi fondamentale que le constituant a votée, et que parfois, le peuple s'est prononcé dans un référendum.

Mais son développement ne peut avoir un impact dans les relations politiques et sociales que si les normes contenues dans la constitution sont effectives ou, selon Célestin Kentcha Tchapnga, constituent "des références majeures dans la vie politique".¹³ Elles sont désormais perçues comme le fondement de toute activité étatique, le gage de stabilité institutionnelle, politique et sociale. En cas de crises politiques, gouvernants et gouvernés s'y attachent très souvent en y cherchant les règles de conduite, tant sociales qu'individuelles et l'intervention du juge constitutionnel contribue à pacifier la vie politique.

Le titre de cette partie soulève des questions importantes tant juridiques que politiques. Quel est l'intérêt d'avoir une justice constitutionnelle? Un système politique pluraliste peut-il fonctionner sans une telle justice? Ces

¹¹ Cappelletti, Mauro, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, vol. 33, n° 2, 1981, p. 625.

¹² Pierre-Caps, Stéphane, *Droits constitutionnels étrangers*, Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 14.

¹³ Keutcha Tchapnga, Célestin, "Droit constitutionnel et conflits politiques dans les États francophones d'Afrique noire", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n° 63, 2005, p. 451.

questions nous conduisent à l'étude d'une institution, qui est amenée à jouer, selon les juristes, un rôle fondamental dans "les nouvelles relations" entre d'une part les forces politiques et d'autre part entre celles-ci et la société civile. Ce qui soulève la nécessité de son introduction dans le système politique, mais aussi sa réception sociale, c'est-à-dire le recours des actrices/acteurs non politique de la société aux mécanismes constitutionnels.

En effet, par rapport à l'ancien contexte constitutionnel, on peut affirmer qu'il y a une nouvelle perception de la justice constitutionnelle. Par leur fonction, le juge constitutionnel ou les membres de cette juridiction fait l'objet d'une procédure de nomination particulière, suivant le modèle français et celui de certains pays d'Afrique subsaharienne d'expression francophone. Pour accomplir sa mission et ses fonctions, la constitution et la loi organique no. 4/AN/93 du 7 avril 1933 ont prévu des rôles et des attributions.¹⁴

III. CHANGEMENT RELATIF DE SA PERCEPTION DANS LE NOUVEAU RÉGIME POLITIQUE

La complexité du système politique et la défense des droits et libertés, et surtout le respect des principes proclamés dans la constitution conduisent aux constituants des années 1990, sans doute par l'influence extérieure, à la mise en place d'une institution dont le principal objet serait de surveiller le respect desdits droits, libertés et principes.

Aussi par l'institutionnalisation de la justice constitutionnelle, le constituant djiboutien introduit deux nouveaux contentieux dans le système juridique djiboutien: les contentieux électoral (législation électorale) et constitutionnel (respect de la suprématie de la constitution sur des normes inférieur et des droits fondamentaux par les pouvoirs publics). On assiste

¹⁴ Il nous paraît important de distinguer les attributions et les fonctions. Si dans le langage courant, il y a parfois confusion entre les deux termes, ils se manifestent différemment sur juridique et ont des conséquences différentes. Les attributions se manifestent par l'adoption des décisions juridiques, que s'imposent par exemple une décision adoptée à la suite du dépôt d'une requête sur l'organisation et/ou les résultats législatives ou présidentielles alors que les fonctions se traduisent par des avis, qui interprètent des mesures relatives à des circonstances exceptionnelles par le Chef de l'Etat veut adopter pour résoudre une situation.

à une transposition d'une institution dans la culture juridique et politique djiboutienne. Or la transposition ne s'impose pas; elle est confrontée à de multiples facteurs culturels et sociopolitiques tant de la classe politique comme de la société. Or pour son incorporation, il faut comme l'affirme avec raison Louis Favoreu que "le contexte d'insertion s'y prête et accepte, en quelque sorte le mécanisme mis en place".¹⁵

Dans la récente histoire politique de la République de Djibouti, une telle institution n'est pas une nouveauté institutionnelle en soi. En effet l'article 3 de la loi constitutionnelle no. 2 avait expressément prévu la création d'un comité constitutionnel, composé de représentants du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire et par de personnes désignées en raison de leur compétence. Selon Ali Mohamed Afkada,¹⁶ il est consulté pour avis sur les projets de lois organiques. La loi organique no.1 du 10 février 1981 sur l'élection présidentielle définit ses attributions en matière électorale. La première différence qu'on peut noter entre le comité constitutionnel de 1981 et le conseil constitutionnel, prévu par la constitution du 4 septembre 1992, est l'impact d'un contexte sociopolitique international où le pouvoir politique est de plus en plus soumis à un contrôle juridictionnel.¹⁷ C'est à la suite d'une expertise extérieure que la justice constitutionnelle est devenue une institution importante dans le

¹⁵ Favoreu, Louis, "La légitimité du juge constitutionnel", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, n°. 46-2, avril-juin 1994, p. 557.

¹⁶ Afkada, Ali Mohamed, *Présentation générale du Conseil Constitutionnel de la République de Djibouti*, Paris, ACCPUF, Bulletin, n°. 2, mai, 2001. Selon cet auteur, le conseil aurait accompli son rôle d'arbitre et de juge électoral, mais aussi d'organe consultatif pour le gouvernement. Cependant il n'évoque pas les décisions de ce comité en matière électorale et les consultations du gouvernement et se limite dire que "le Comité constitutionnel a fonctionné jusqu'en 1993».

¹⁷ Si l'institution juridictionnelle n'est donc pas un fait nouveau dans le système politique djiboutien, son rôle et son fonctionnement ne soulèvent pas moins des questions intéressantes tant au niveau politique qu'au niveau juridique pour la protection des nouveaux droits et libertés de la personne humaine. Sur le plan politique, son existence et son rôle ne sont plus à démontrer dans un régime, qui se veut démocratique. Son existence renforce la nouvelle idée qui est rentrée dans le langage politique djiboutien: l'Etat de droit, dans le sens tout au moins théorique de la soumission au droit positif aux différents actes de l'Etat comme de ses structures. L'effectivité de l'Etat de droit se mesure au sort quotidien non seulement aux décisions d'une justice indépendante de toute pression politique et sociale, mais aussi aux décisions du juge constitutionnel.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

nouveau système politique. La deuxième différence repose sur leur composition.¹⁸

Le titre de cette sous-partie nous conduit à la question suivante: qu'est-ce qu'institutionnaliser? Résulte-t-elle d'une évolution institutionnelle et politique?

1. *L'évolution de la justice constitutionnelle djiboutienne*

Comme les sociétés humaines, les institutions sont soumises à une certaine évolution. En fait, elles suivent le développement sociohistorique des sociétés auxquelles elles doivent produire un impact sur plusieurs plans.

Reprenant le système de la 4^{ème} République française, les constituants djiboutiens à la fin des années 1970 ont repris l'ancien système juridictionnel français, mais en l'adaptant au contexte du nouvel Etat. Les autorités politiques ont adopté des lois dites lois constitutionnelles à partir du 27 juin 1977, date de l'indépendance, auxquelles elles ont ajouté des lois organiques. Avec ces premières lois, les autorités du nouvel Etat ont mis en place des institutions, l'une d'elles est la création d'un Comité Constitutionnel. Sa composition était plus diversifiée que l'actuel conseil constitutionnel. Aussi des réformes ont été prévues, mais elles ne se sont jamais réalisées.

En 1992 le contexte sociopolitique djiboutien est différent; le pluralisme est théoriquement instauré depuis l'adoption de la constitution du 4 septembre 1992. L'ancien comité constitutionnel est remplacé par un Conseil Constitutionnel. Il est une des nouveautés institutionnelles non seulement en matière électorale (par la régulation de la vie politique nationale), mais aussi en matière de contrôle de conformité des lois ordinaires à la constitution, autrement dit la garantie de la primauté de la constitution, et la garantie des droits constitutionnels reconnus aux personnes dans un procès (possibilité offerte à un justiciable de soulever la question de l'inconstitutionnalité d'une loi durant le procès) mais aussi la possibilité de constater l'empêchement provisoire ou définitif du président de la République. Il ne s'agit donc pas seulement d'une simple modification

¹⁸ Le Comité Constitutionnel était composé des membres nommés exclusivement par le Président de la République. Ces membres étaient désignés des différents milieux: juridique, politique, économique, religieux. Plus que des juges, ils étaient aussi des conseillers au Président de la République.

de nom d'une institution, sinon d'une augmentation de ses compétences par rapport à la situation antérieure. Pour reprendre les propos de l'actuel président du Conseil constitutionnel, il n'est pas un organe politique mais une juridiction, qui a pour principale mission d'assurer le respect de la hiérarchie des normes et de réguler la vie politique nationale.

Entre la première et la deuxième République (après 1992), il y a eu non seulement un développement institutionnel comme d'autres pays africains, mais on a assisté à un processus d'institutionnalisation de nouveaux organes juridiques, juridictionnels, politiques et sociaux.

2. *Reflet d'une importation institutionnelle*

Pour simplifier un concept complexe on peut dire que l'institutionnalisation est le fait de donner à un rang d'institution ayant des attributions importantes et indispensables pour le fonctionnement et l'équilibre d'un système juridico-politique à un organe, qu'il soit nouveau ou ancien. Mais institutionnaliser fait penser à un autre aspect, plus important que la simple création d'une institution, il s'agit des compétences respectées par les principaux acteurs sociopolitiques. S'agissant de l'institutionnalisation de la justice constitutionnelle, il faut noter le manque de volonté des constituants postcoloniaux de certains pays africains de ne pas prendre en considération un phénomène connu dans les démocraties consolidées du Nord.

L'existence ou non d'une telle institution résulte du développement sociopolitique du pays, mais aussi de l'influence de facteurs extérieurs. Comme d'autres pays africains, l'institutionnalisation d'un parti unique en 1981 a été un grand obstacle à tout développement d'une justice constitutionnelle en République de Djibouti. L'autoritarisme et la dictature ne sont pas des régimes où la justice constitutionnelle a le droit d'être citée. L'histoire politique des anciens pays communistes de l'Europe centrale et orientale et des régimes de partis uniques du Tiers-Monde illustre cette affirmation.

3. *Ses rôles*

Avoir un rôle pour un personnage ou une institution, c'est intervenir dans des situations déterminées par le cadre juridique fondateur. Ces rôles peuvent être effectifs ou symboliques. Quant aux attributions, ce sont des

fonctions exclusives qu'exerce une personne par son statut professionnel ou une institution. Aucune autre personne ou institution ne peut prendre les actes dérivant de ces attributions.

Mais dans la pratique, on peut dire qu'il y a une certaine confusion entre attributions et rôles pour un conseil constitutionnel dont ses compétences sont bien circonscrites, qui se saisit pas à la différence d'une Cour constitutionnelle, qui a des marges de manœuvres plus larges. Le constituant de 1992 a chargé deux missions importantes au conseil constitutionnel: le contrôle et la régularité des principes constitutionnels.

Les rôles attribués par conseil constitutionnel sont prévus par un ensemble de dispositions constitutionnelles, le titre VIII de la constitution, il est composé de six articles (art.75 à 81) et la Loi Organique N° 4/AN/93/3e L du 7 avril 1993 fixant les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil constitutionnel.

Quels sont donc ces rôles? L'article 75 résume en 4 points ses différents rôles:

- Veiller au respect des principes constitutionnels.
- Contrôler la constitutionnalité des lois. C'est faire respecter la primauté de la constitution et le cadre constitutionnel du pays par le contrôle des lois qui lui sont soumises aux autorités politiques ou des saisines de la Cour Suprême par le contrôle d'inconstitutionnalité par exception.
- Garantir les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Son existence même et son fonctionnement doivent servir une garantie pour que ces droits soient respectés et soient effectifs.
- Réguler le fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics.

Le contrôle et la régularité sont deux domaines importants pour une juridiction constitutionnelle. Le contrôle permet, si une loi, une mesure administrative, une norme réglementaire adoptée par une autorité compétente ou une, qui n'est pas compétente, au conseil constitutionnel sa constitutionnalité, c'est-à-dire si elle respecte la norme suprême, la constitution. Mais ce contrôle est limité et peu efficace, parce qu'il intervient à posteriori et il ne peut avoir de contrôle si le conseil n'est pas saisi par les

autorités ou la possibilité ouverte à un/e justiciable prévues pour un tel contrôle.

Tandis qu'il y a régularité après un dysfonctionnement des institutions ou encore qu'un pouvoir intervient dans le domaine exclusif d'un autre pouvoir. Le conseil constitutionnel se comporte comme le régulateur des institutions, non pas qu'il dicte les actes à prendre, mais plus chercher l'équilibre des pouvoirs pour un fonctionnement conforme à l'ordre constitutionnel. C'est une manière de rechercher une stabilité politique et sociale afin de réduire une tension politique.

Par les rôles précités, on observe une évolution de cette institution par rapport au Comité Constitutionnel de l'ancien régime politique dont le rôle était exclusivement limité aux questions électorales. Le conseil constitutionnel est à la fois un juge du contrôle constitutionnel (compétence exclusive), juge électoral (compétence partagée avec d'autres institutions) et juge du contentieux électoral (compétence exclusive) tout en étant un organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics.

Le contexte tant national qu'international dans lequel il intervient est différent de celui de juin 1977, lequel n'a pas favorisé le développement d'une juridiction constitutionnelle. Toutefois le rôle central joué par le conseil constitutionnel, prévu par la constitution du 4 septembre 1992, ne serait effectif s'il ne s'accompagnait pas par l'exercice des attributions exclusives tant juridictionnelles que consultatives sur certaines questions institutionnelles et politiques importantes. Les rôles prévus par ladite constitution sont indicatifs. Or l'important, c'est l'exercice qui découle des rôles et des attributions.

Une de celles-ci, la plus importante, consiste à veiller la régularité de toutes les élections et les opérations de référendum. Suivant les articles 77 de la constitution et 69 de la loi organique relative aux élections du 29 octobre 1992, c'est une compétence exclusive; qui inclut aussi la proclamation des résultats électoraux, l'examen et le jugement des requêtes déposées par les partis politiques et les candidats aux élections à propos des fraudes et autres irrégularités qu'ils soulèvent. Dans un régime pluraliste le respect de la légalité pendant la compétition électorale est une obligation à laquelle tous les acteurs politiques doivent se soumettre, parce qu'elle implique le principe d'égalité, qui est un principe constitutionnel fondamental. La constitution pose un cadre général aux nouvelles institutions, les compétences de celles-ci sont souvent déterminées par une

loi organique. Le constituant a préféré ce type de lois plutôt qu'une loi ordinaire, parce qu'il est difficile de les modifier. L'art.78 de la constitution prévoit la consultation du conseil constitutionnel par le gouvernement avant l'adoption d'une telle disposition, il y a consultation aussi en cas de modification d'une loi organique comme cela a eu lieu à propos de modifications de deux articles de la loi organique relative aux élections. En matière d'organisation des élections législatives, présidentielles et régionales et en matière de contentieux électoral, deux lois organiques posent un cadre juridique et déterminent l'institution compétente, la première est adoptée le 29 octobre 1992 (elle est relative aux élections) et la seconde le 7 avril 1993 (elle fixe les règles d'organisation et de fonctionnement du conseil constitutionnel).

4. *Ses attributions*

La définition des attributions des nouvelles institutions est précise. Le titre VIII de la constitution de 1992, composé de 8 articles (art. 75 à art. 82), est consacré au conseil constitutionnel.

La constitution du 15 septembre 1992 pose des attributions précises aux nouvelles institutions. Différentes lois organiques adoptées à partir d'octobre 1992 détaillent leurs attributions et leurs compétences. Il faut distinguer ce qu'on peut appeler les attributions actives et les attributions passives.

Par attributions actives, nous faisons référence à des interventions dont ses décisions s'imposent aux autorités. C'est le cas des décisions prises par l'institution constitutionnelle quand il est saisi par des autorités et à des moments déterminés par exemple après l'adoption d'une loi par l'Assemblée Nationale et avant sa promulgation par le Président de la République. Dans cette situation, c'est lui qui déclare si la loi est ou non conforme à la constitution. Ses décisions aux requêtes déposées par un/e candidat/e ou un parti politique après la proclamation des résultats électoraux. Ces décisions s'imposent à tous les pouvoirs de l'Etat.

Ces attributions sont renforcées par la notion de la chose jugée, c'est-à-dire que ses décisions ne donnent pas lieu à un appel ou recours auprès d'une autre juridiction. C'est le cas des décisions rendues suite aux requêtes déposées par les candidates/candidats et les coalitions ou partis

politique après la proclamation des résultats électoraux. C'est qui renforce son rôle de régulatrice des institutions et des activités politiques.

Par passives, il faut entendre les avis et consultations que donne le Conseil Constitutionnel aux autorités, et particulièrement du Président de la République et du Premier ministre dans trois situations différentes.

La première attribution est relative à l'organisation d'un référendum, et en particulier des opérations du référendum selon l'art. 32.¹⁹ Cet article ne pose pas la saisine du conseil constitutionnel comme une obligation. Mais à la différence d'une élection législative ou présidentielle, un référendum est un moyen qui permet de modifier l'ordre constitutionnel. Donc comme organe régulateur, la saisine de cet organe s'impose aux pouvoirs politiques.

La deuxième porte sur l'empêchement du Président de la République ou d'un/e candidat/e lors d'une élection présidentielle, ce sont ou le Premier ministre ou le Président de l'Assemblée Nationale qui saisit le Conseil Constitutionnel selon l'art. 31²⁰ de la constitution. Comme dans la situation antérieure, un empêchement du premier personnage de l'Etat a un impact dans la vie politique. Quant au/à la candidat/e, c'est par exemple la mort subite surtout pour les élections présidentielles.

Enfin la dernière situation, c'est la consultation pour circonstances exceptionnelles, prévue par l'art. 40 de la constitution. Seul le Président de la République peut demander au Président dudit conseil un avis dans des circonstances exceptionnelles dans le cas de l'interruption du fonctionnement des institutions, une menace de l'indépendance de la nation et de l'intégrité territoriale. Le président de la République est la seule autorité politique qui puisse agir pour rétablir la situation constitutionnelle, et pour cela il adopte des mesures. Cependant, celles-ci ne peuvent servir un moyen pour modifier "l'équilibre" institutionnel d'où l'utilité de la consultation. Son but est d'éviter un abus de pouvoir de la part de son auteur.

Depuis l'entrée en vigueur de la constitution du 15 septembre 1992, le Président de la République n'a pas saisi l'institution constitutionnelle alors

¹⁹ Article 32 Le président du Conseil constitutionnel est consulté par le président de la République sur l'organisation des opérations de référendum. Il est avisé sans délai de toute mesure prise à ce sujet.

²⁰ Article 31 Le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Premier ministre ou le président de l'Assemblée nationale pour constater l'empêchement du président de la République ou d'un candidat à l'élection présidentielle. Dans ce cas il statue à la majorité absolue des membres le composant dans les trois jours.

que la situation politique était sous tension avec un blocage des institutions politiques.²¹

Cependant il a une attribution, qui peut être qualifiée de *sui generis*, parce qu'elle peut être active, dans le sens où le processus abouti à une saisine ou non, parce qu'une autre institution interrompt la procédure. C'est le cas de l'art. 80 de la constitution du 15 septembre 1992, qui permet à une/un justiciable de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi lors d'un procès judiciaire.

Les recours et saisines au conseil constitutionnel des autorités et formations politiques répondent à des enjeux juridiques et politiques des différents acteurs de la vie politique et sociale de la société djiboutienne.

Le développement d'un certain Etat de droit, tout au moins théorique favorise la résolution des conflits politiques, essentiellement électoraux ou liés aux élections. L'illustration de la résolution est l'adoption des décisions sur plus de 20 ans, ce qui a donné une jurisprudence du conseil constitutionnel en matière de résolution des conflits.

L'existence d'un cadre juridique et d'un Etat de droit ne suffisent pas à cerner le conflit juridique et politique, qui se pose dans les régimes libéraux. Qu'est-ce qu'un conflit juridique et politique? Une opposition sur les résultats électoraux? Le refus d'une manifestation de l'opposition? La réforme-modification de la constitution?

IV. LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS D'UN CONFLIT JURIDIQUE ET POLITIQUE

Ces questions précédemment posées ne définissent pas un conflit juridique et politique. Aucune disposition de la constitution ne fait référence explicitement à un conflit juridique ou un conflit politique. Mais on peut affirmer qu'elles manifestent ses causes ou élément d'un conflit juridico-politique.

Cependant certains juristes comme Célestin Kentcha Tchapnga propose comme définition les:

²¹ En 2013 après la publication des résultats des élections législatives du 22 février 2013, l'opposition avait refusé de siéger à l'Assemblée Nationale. La législature a commencé à légiférer avec les représentants de la coalition de la majorité présidentielle. 10 sièges obtenus par la coalition de l'opposition sont vides. Aussi celle-ci a "créé" un Parlement légitime où les 10 sièges étaient réservés à la majorité présidentielle.

...antagonismes ou les combats qui ont pour enjeu la conquête, l'exercice et le contrôle du pouvoir politique par les partis, les clans, les groupes ou les individus qui entendent imposer leur domination sur leurs adversaires. Selon lui, «une observation attentive de la scène politique africaine montre que la plupart des conflits qui s'y déroulent trouvent leur origine dans les contestations post-électorales.²²

Pour sa part, Canivez Patrice, partant du sens courant, relève trois caractères:

Les conflits politiques opposent des *groupes* au sens le plus général du terme: classes ou couches sociales, communautés ethniques ou confessionnelles, nations et nationalités, organisations politiques (partis, États, associations d'États), etc.

Les institutions étatiques sont impliquées d'une manière ou d'une autre. L'État est partie au conflit, enjeu, arbitre ou médiateur du conflit;

Un conflit politique requiert une *solution politique*. Par solution politique, on entend communément une solution obtenue par la discussion par opposition à l'usage de la violence. Cette solution peut être ou non trouvée. Par conséquent, l'alternative entre violence et discussion est au cœur des conflits politiques.²³

Mais les deux auteurs ne prennent en considération le fait qu'un conflit politique peut avoir pour origine une interprétation, le plus souvent subjective, d'une ou des dispositions légales. Un parti ou un candidat soulève la violation d'une norme électorale, par son non-respect, qui a favorisé son rival ou encore par le refus d'accomplir ladite norme comme cela a récemment eu lieu au Gabon après la proclamation des résultats électoraux:²⁴ le comptage bureau de vote par bureau de vote.

Un conflit peut intervenir ou surgir à partir du moment qu'il y a une opposition entre le pouvoir et l'opposition sur le respect d'une loi, de

²² Keutch Tchapinga, Célestin, *op. cit.*, p. 451.

²³ Canivez, Patrice, "Qu'est-ce qu'un conflit politique?", *Revue de Métaphysique et de Morale*, Paris, no. 58, 2008, p. 163.

²⁴ Le cas de l'opposant, Jean Ping, qui a demandé le recomptage des votes bureau de vote par bureau de vote lors des élections présidentielles du 29 août 2016. Le refus du pouvoir de procéder au recomptage est un des facteurs, à l'origine du conflit politique au Gabon. Ce refus du recomptage, qui permet de sortir des doutes sur les résultats, n'est pas propre au régime gabonais. On en trouve aussi dans d'autres pays comme la République de Djibouti.

la constitution, d'une loi organique dans les actes de celles et ceux qui prennent une décision. Le fait de soulever la violation d'un article de la constitution ou d'une loi, par exemple la législation électorale, constitue un conflit d'interprétation d'une norme du jeu politique. Le conflit peut naître aussi de l'opposition entre celles et ceux qui participent à la nomination des membres d'une institution, par exemple la Commission Nationale Electorale Indépendante. Un tel conflit peut paralyser le fonctionnement de cette institution et avoir un impact sur les échéances électorales.

V. LES MECANISMES DE LA RÉSOLUTION DES CONFLITS JURIDIQUES ET POLITIQUES

Sans mythifier l'Etat de droit, son existence et le fonctionnement régulier des mécanismes et des institutions prévus par le cadre constitutionnel ne constituent pas des éléments de garantie contre l'éclatement de toute crise institutionnelle ou d'un conflit politique. Les conflits naissent ou surgissent des disputes entre les membres de l'élite dirigeante, mais aussi dans les relations entre ceux-ci et les citoyens.es.

A la différence d'un régime autoritaire, le conflit juridique et/ou politique n'est pas nié. Le contexte constitutionnel et institutionnel prévoit des mécanismes pacifiques de résolution pour éviter l'instabilité institutionnelle. Les parties au conflit recourent à la voie juridictionnelle.²⁵ Sa résolution suit des procédures bien déterminées. Selon le cadre constitutionnel, c'est une institution qui a des attributions et des compétences exclusives d'abord en termes de prévention par le contrôle des attributions des pouvoirs institutionnels ou les actes des acteurs.es politiques.

1. *Le contrôle des attributions et compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif*

Les conflits politiques sont liés à l'exercice des compétences des autorités relevant d'un pouvoir. Dans le régime de parti unique, il n'y avait aucun

²⁵ Théoriquement, les acteurs.es politiques doivent suivre ces procédures. Mais dans la pratique, dans certains pays d'Afrique subsaharienne, on observe encore dès nos jours la réminiscence des pratiques autoritaires de l'ancien régime. Les arrestations arbitraires des opposants continuent, la justice constitutionnelle et la justice ordinaire sont confinées par le pouvoir exécutif.

contrôle de compétence entre les deux principaux pouvoirs, l'exécutif et le législatif, parce qu'ils ont confondus et l'assemblée parlementaire n'est qu'une chambre d'enregistrement des desideratas du pouvoir exécutif.²⁶ Quelques mois après la proclamation de l'indépendance, on assiste à un pouvoir personnel fort, celui du Président de la République, qui se voulait l'incarnation de la construction de l'unité nationale et évitant ainsi tout débat entre les différentes forces politiques de la coalition gouvernementale. Aucune des deux lois constitutionnelles, adoptées le jour même de l'indépendance le 27 juin 1977, ne fait référence à un contrôle de compétence entre le législatif et l'exécutif.

La constitution du 15 septembre 1992 a introduit quelques changements dans les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, qui reste prépondérant. Le Titre VI est consacré aux rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.²⁷ Et le déséquilibre du bicéphalisme du pouvoir exécutif continue. Le conseil constitutionnel et le Président de la République interviennent concurremment dans la régulation du fonctionnement des institutions. Il a un rôle de régulation fonctionnement des institutions.

Comme on a pu voir antérieurement, réguler le fonctionnement des institutions est une fonction importante du conseil constitutionnel. Mais que signifie réguler le fonctionnement des institutions anciennes et nouvelles?

²⁶ On trouve aussi cette situation dans un régime pluraliste, qui se veut démocratique, mais dont la vie parlementaire est monopolisée par une majorité écrasante du parti présidentiel ou d'une majorité présidentielle, qui soutient le gouvernement. C'est un cas de figure, qui reproduit, un caractère du régime autoritaire parce qu'il n'y a plus de débat entre une majorité et une opposition. La ou les chambres parlementaires deviennent une simple institution d'enregistrement de la volonté du gouvernement. Depuis 1992, c'est le cas de la République de Djibouti.

²⁷ Ces sont des rapports déséquilibrés, rationalisant et réduisant le champ du pouvoir législatif par la détermination de ses domaines d'intervention et d'initiative prévus par l'art. 57. Le nouveau régime, qui est en fait dans la continuité du précédent régime, est fortement présidentieliste. Il y a une concentration du pouvoir exécutif entre les mains du Chef de l'Etat. Le Premier ministre reste plus que jamais "le premier des ministres" dans l'ordre protocolaire, il n'a aucun pouvoir constitutionnel et politique. Voir Laudouze, André, *Djibouti, nation carrefour*, Paris, Karthala, 1982. Au début de l'ancien régime, le locataire de la Primature avait une compétence ministérielle—durant plusieurs années le troisième Premier ministre de l'ex président Hassan Gouled Aptidon avait les compétences du ministère du Port. La réforme constitutionnelle du 21 avril 2010 n'a renforcé que le pouvoir présidentiel en supprimant la limite à deux mandats présidentiels successifs.

2. La régulation problématique des institutions par la juridiction constitutionnelle

En prenant la définition du Larousse, l'adjectif régulateur nous conduit aux verbes régler et régulariser. Les deux verbes font référence à une situation de conflit, qu'il faut trouver une solution. Mais en retenant le verbe *régulariser*, on arrive à l'action de "rendre conforme aux lois, aux règlements, mettre en règle" une situation donnée. Donc faire respecter aux autorités élues ou non élues les lois (fonctionnaires et agents des administrations publiques) et les règlements qui prévoient et posent en même temps des limites à leur autorité. Il arrive que par l'action de ces fonctionnaires et agents ayant de l'autorité publique ces règles, règlements et procédures sont violés. Et par la même occasion, cette action entraîne une vulnération des droits fondamentaux, prévus par la constitution et les traités internationaux, signés et ratifiés par l'Etat djiboutien.

Quant au mot régulation, on retiendra le deuxième point "le fait de maintenir en équilibre, d'assurer le fonctionnement correct" d'un système complexe d'interactions. Comme institution, supposée s'appuyer sur le droit constitutionnel et être neutre, le conseil constitutionnel par ses décisions régule théoriquement le fonctionnement des institutions. Même si la nature du régime politique n'a pas changé beaucoup par rapport au régime de parti unique, le législateur djiboutien confère un nouveau rôle à l'organe constitutionnel. Selon l'al. 2 de l'article 75 de la constitution, le conseil constitutionnel est un organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. En fait c'est une fonction très symbolique. Dans le titre Titre IV de la constitution du 15 septembre 1992 "Des rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif", on trouve des références dudit conseil aux articles 58,²⁸ 60²⁹ et

²⁸ Article 58 Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi en vertu de ladite constitution ressortissent au pouvoir réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décret si le Conseil constitutionnel à la demande du Président de la République déclare qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent. Cette article limite clairement le pouvoir législateur, et présente comme un rempart contre la violation de la compétence du pouvoir réglementaire, donc du pouvoir exécutif.

²⁹ Article 60 Les propositions projets et amendements qui ne sont pas du domaine de la loi sont irrecevables. L'irrecevabilité est prononcée par le président de l'Assemblée nationale après délibération du bureau. En cas de contestation le Conseil constitutionnel saisi par le président de l'Assemblée nationale ou le Président de la République statue dans un délai de vingt jours.

67.³⁰ Ces dispositions constitutionnelles concernent les champs législatif (députés) et réglementaire (gouvernement), qui, amènent le pouvoir législatif à interférer les compétences du pouvoir exécutif. Dans le nouveau système politique djiboutien, il y a une rationalisation pour ne pas parler de minorisation du pouvoir législatif par rapport au pouvoir exécutif. En fait à la lecture des articles précités, il n'y a pas de régulation, il s'agit bien de la protection du large champ d'intervention du pouvoir exécutif. Le détenteur de ce dernier partage avec les députés, selon l'art. 59 de la constitution du 15 septembre 1992, l'initiative des lois et le droit d'amendement, ce qui a traduit la chambre parlementaire en une chambre d'enregistrement des projets adoptés par le gouvernement en conseil des ministres. Dans un tel contexte, quel type de régulateur peut-être le conseil constitutionnel?

Le rôle de régulateur de la juridiction constitutionnelle ne peut être effectif qu'à la condition que ses décisions soient respectées par les deux pouvoirs politiques: le législatif et l'exécutif. Or dans une demande du parquet en 1996 relative à la levée de l'immunité parlementaire de trois parlementaires poursuivis pour être jugés, jouant son rôle de régulateur le conseil constitutionnel constate un dysfonctionnement, qui résulte d'un non-respect de la procédure prévue par le Règlement Intérieur par l'Assemblée nationale par son principal représentant le Président de l'institution parlementaire. En effet au lieu de se conformer au dudit règlement, le président adresse une simple lettre donnant lieu à la levée de l'immunité parlementaire. Les députés ont été poursuivis illégalement et condamnés à des peines de prison et une interdiction de participation à toute activité politique durant 5 ans.

La meilleure régulation n'est-elle pas une auto-régulation des institutions par le respect de leurs compétences et celles de chacune d'elle. Mais aussi paradoxale qu'elle soit, une capacité de régulation est accordée au premier personnage de l'Etat par la constitution. Dans le nouveau constitutionnalisme après 1992, le rôle prépondérant du Chef de l'Etat est maintenu.

Mais en fait son principal rôle en matière institutionnelle est d' "assurer la continuité du fonctionnement des institutions de la République". Selon

³⁰ Article 67 Les lois auxquelles la constitution confère le caractère de lois organiques ne peuvent être adoptées qu'à la majorité absolue des membres de l'Assemblée nationale et ne peuvent être promulguées qu'après déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité avec la constitution.

les termes de la deuxième phrase du 2^{ème} l'alinéa de l'art. 4. C'est une formule laconique. Mais la mauvaise formulation de la phrase laisse penser que le fonctionnement des institutions du pays dépend de ce personnage. Le législateur de 1977 n'a posé aucune précision, ni aucune limite aux actions qu'il peut entreprendre pour assurer le fonctionnement des institutions. Par ailleurs, cette action n'est liée à aucune circonstance. C'est un champ libre laissé à sa volonté. Finalement il reste le maître qui décide les actes et les mesures à prendre pour la continuité d'une institution, qui ne fonctionne pas.

Lors du changement politique de 1992, le constituant a repris la même posture qu'en 1977. Le nouveau régime place le chef de l'Etat au centre de la vie institutionnelle et politique du pays. Ainsi selon l'article 22 du Titre III du Président de la République de la constitution du 15 septembre 1992, "il incarne l'unité nationale et assure la continuité de l'Etat". Cependant l'art. 40 de ladite constitution, le législateur a introduit un changement. Il n'est plus question d'assurer la continuité d'une institution, mais de l'Etat (art. 20) et du "fonctionnement régulier des pouvoirs publics est interrompu" (art. 40). Même s'il reste le maître à décider les mesures à prendre, cependant il peut s'appuyer sur l'avis du président de l'Assemblée nationale et du président du Conseil constitutionnel et après en avoir informé la nation par un message (art. 40) "prendre toute mesure tendant à rétablir le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et assurer la sauvegarde de la nation, à l'exclusion d'une révision constitutionnelle". Ce n'est pas une obligation constitutionnelle l'avis des présidents de l'Assemblée Nationale et du Conseil Constitutionnel. En fait le verbe pouvoir n'implique pas une obligation constitutionnelle, mais peut-être politique au Président de la République. La mesure adoptée est de "nature législative" et donc l'Assemblée nationale doit être saisie pour la ratifier ou la rejeter, puisqu'elle est devenue un projet de loi.

Plus qu'une simple régulation du fonctionnement des institutions, le rôle prépondérant du Chef de l'exécutif peut constituer un moyen de contrôle de leur fonctionnement, ce qui renforce sa domination politique sur les autorités politiques.

Donc si le conseil constitutionnel partage avec le chef du pouvoir exécutif, la régulation des institutions, le constituant de 1992 a reconnu une compétence exclusive à l'organe constitutionnel pour régler tout conflit juridique par plusieurs voies. Un conflit peut avoir à la fois un aspect ju-

ridique, par exemple par la violation d'une loi, et se transformer en un conflit sur les élections, et donc c'est la voie du contentieux électoral que les acteurs doivent chercher la solution.

VI. LA COMPÉTENCE EXCLUSIVE EN MATIÈRE DE CONTENTIEUX ÉLECTORAL

Dans l'ancien régime politique,³¹ il y avait bien une référence au contentieux électoral. Mais il n'y a pas eu une contestation électorale par la nature même dudit régime: la monopolisation de la vie politique par un parti unique ne favorise pas le développement d'un contentieux électoral. Car le parti gouvernemental présentait un candidat unique aux élections présidentielles et une liste des candidats de la formation politique unique.

Dans le régime politique de 1992, cette institution est sortie de son isolement. En effet comme on a pu voir dans les sections précédentes, elle a eu des compétences exclusives parmi lesquelles celle de juger tout contentieux relatif à l'organisation des élections (nationales, régionales et locales) et les contestations quant à leurs résultats. Selon l'article 69 de la loi organique n°1/An/92 relative aux élections: Le contentieux de toutes les élections relève de la compétence du conseil constitutionnel. Cette compétence est reconnue aussi par la loi organique n°4/AN/93 du 7 avril 1993.³²

Il convient d'abord de cerner le contentieux électoral dans le nouveau jeu politique (1). Comme tout contentieux, le contentieux électoral est soumis à un formalisme et à des procédures particulières (2) que les parties doivent suivre et respecter (3).

1. *Le contentieux électoral dans le nouveau jeu politique*

Il est tautologique d'affirmer que l'organisation des élections et la proclamation de leurs résultats dans un régime où les élections plura-

³¹ Par ancien régime, nous faisons référence au régime mis en place le jour même de l'indépendance, le 27 juin 1977, par les lois constitutionnelles n° 1 et n° 2. C'est un régime fortement présidentieliste, qui adopte l'exclusion de toute opposition politique par l'institutionnalisation du parti unique en 1981 après la création d'un nouveau parti politique par le Premier ministre démissionnaire.

³² Le chapitre V est dédié au contentieux électoral de l'art. 38 à l'art. 48.

listes,³³ constituent théoriquement un moyen d'acquisition du pouvoir, conduisent souvent à diverses contestations. Celles-ci résultent de l'absence d'une consolidation des mécanismes institutionnels, le respect des normes juridiques en vigueur par une partie. Aussi l'instauration de la démocratie électorale n'est pas la suppression de tout conflit entre les forces politiques dans la société djiboutienne. Cependant à la différence d'un régime autoritaire, le règlement des conflits juridiques et politiques relèvent de la compétence des institutions juridiques et juridictionnelles, lesquelles reposent théoriquement sur un consensus des différents acteurs, en recourant à celles-ci et en acceptant leurs décisions. Le but de celles-ci est de gérer de manière pacifique, donc par la voie juridique et politique, et ce pour préserver la stabilité apparente du nouveau système politique pluraliste en exerçant leurs attributions.

En République de Djibouti, depuis 1992, la proclamation des résultats des élections législatives et présidentielles conduit souvent à un contentieux,³⁴ déposé au conseil constitutionnel. Dans le langage courant, on a une conception réduite de ce contentieux. Pour la majorité des politiques comme les citoyens.es, il est lié à la proclamation des résultats électoraux et la contestation qui en résulte. Mais il n'est pas limité à un aspect du processus électoral. En effet, selon le professeur Maurice Kamto, il "s'entend à la fois de l'ensemble des contestations ou de litiges liés à l'organisation, au déroulement et aux résultats des élections, et de l'ensemble des règles régissant la solution de ces litiges par voie juridictionnelle".³⁵ Selon Francis Delprée,³⁶ il faut distinguer deux types de contentieux, qui interviennent à des moments différents: le contentieux pré-électoral, avant le jour des élections,³⁷ et le contentieux post-électoral, qui a lieu après la proclamation des résultats électoraux. Leurs objets sont différents.

³³ L'adoption du cadre juridique électoral, le contrôle de l'administration et de l'organisme, qui supervise le processus électoral est sous le contrôle d'un parti ou d'une coalition. Les opposants des pays africains soulèvent la question de la manipulation de ce cadre par le pouvoir. Dans des régimes où le pluralisme électoral est récent dans la vie politique, le contrôle dudit processus est déterminant pour la victoire électorale.

³⁴ Abdillahi Bahdon, Mohamed, "Note de Mohamed Abdillahi Bahdon", *Revue de Droit Africain. Doctrine et jurisprudence*, Bruxelles-Kinshasa, no. 31, juillet 2004, p. 417.

³⁵ Kamto, Maurice, "Le contentieux électoral au Cameroun", *Latex Lata*, Yaoundé, no. 20, novembre 1995, p. 3.

³⁶ Delprée, Francis, *Le contentieux électoral*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998.

³⁷ Le jour de l'élection culmine tout un travail législatif et administratif. L'élection

Pour sa part, Djedjro Francisco (2009) met l'accent sur sa gestion en affirmant que "le contentieux électoral passe par une gestion difficile et son implantation est variable selon les pays".³⁸ Selon plusieurs facteurs tant juridiques que psychologiques, les acteurs.es politiques peuvent donner moins d'importance à tel contentieux. C'est surtout le cas des pays où la transition vers le régime pluraliste s'est mal déroulée ou a été déterminée.

Le contentieux électoral ne peut être réduit seulement aux contestations soulevées par les candidats.es et les formations politiques après la proclamation des résultats électoraux. Dans la loi djiboutienne, aucun article des différentes lois, ni leurs modifications ultérieures ne fait référence à un contentieux avant le jour J. des élections. Cependant, on a noté des décisions du Conseil constitutionnel dont l'objet n'était pas lié à des contestations sur la régularité ou des résultats des élections, sinon des actes administratifs relatifs à d'autres aspects comme la composition de la liste ou le changement de position des candidats.es comme les décisions n° 01/2013/, n°2/2013 et n°3/2013³⁹ du Conseil Constitutionnel⁴⁰ du 4 février alors que l'élection avait lieu le 22 février. En fait ces requêtes dans un processus, qui impliquent des opérations préparatoires, qui interviennent avant le jour de l'élection comme la composition des listes des partes. Le gouvernement et les institutions chargés de l'organisation des élections adoptent des

relève d'un processus qui commence des mois avant dont différentes parties, institutions administratives et formations politiques prennent des décisions. Le constitutionnaliste belge, Francis Delprée, affirme avec raison que "ces différents ne naissent pas un jour—celui du scrutin. Ils s'inscrivent dans un processus, c'est-à-dire un ensemble d'opérations—qui s'enchaînent les unes aux autres— et qui concourent à la sélection des élus", Delprée, Francis, *op. cit.*, p. 3

³⁸ Meledje, Djedjro Francisco, "Le contentieux électoral en Afrique", *Pouvoirs*, Paris, no. 129, 2009, p. 129.

³⁹ Le conseil constitutionnel a rendu 3 décisions, déposées à des différentes dates, le même jour. Les décisions n°01/2013/, déposée le 4 février 2013, n° 2/2013, déposée le 30 janvier 2013 et n° 3/2013, déposée le 4 février 2013. Il prend ces décisions le 4 février alors que l'élection avait lieu le 22 février. Elles relèvent d'un contentieux pré-électoral.

⁴⁰ Avant 1993, c'est la Cour Suprême qui avait compétence pour décide sur le recours introduit par une/un candidate/candidat, un parti politique et/ou une coalition de partis. En effet la décision du premier recours contre les résultats des premières élections législatives du pays organisées le 18 décembre 1992 est rendue par la Cour Suprême. L'auteur dudit recours est le seul parti de l'opposition, qui avait présenté des candidats aux premières élections législatives pluralistes et libres.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

normes, qui peuvent faire l'objet de recours par les candidates/candidats, les coalitions et les partis politiques.

Cependant le contentieux électoral soulève un conflit à la fois juridique et politique, qu'il faut résoudre au plus vite pour éviter une instabilité, qui pourrait se manifester en une guerre civile comme au Kenya lors des élections présidentielles en 2008 et en Côte d'Ivoire lors des élections présidentielles de 2010. L'élection étant avant tout un acte politique puisqu'il s'agit d'un choix politique des électrices/électeurs, mais il est circonscrit dans un cadre juridique.

2. *Formalisme et procédures*

L'intérêt d'une procédure est d'informer et d'orienter celles et ceux qui recourent au droit et aux instruments juridiques prévus par le cadre législatif pour défendre leurs droits, mais aussi respecter la législation électorale quand ils sont violés par des institutions, des personnes morales et des particuliers, et ce au lieu de recourir à la violence. Sur certains aspects, la procédure peut favoriser certaines parties par rapport à d'autres par exemple les délais.

Le formalisme se manifeste d'abord par la forme du recours et de la requête. C'est par un écrit que la partie demandeuse dépose un recours. C'est une exigence légale. L'art. 38 de la Loi Organique n° 4/AN/93/3eme L fixant les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil Constitutionnel stipule que "le Conseil Constitutionnel ne peut être saisi que par une requête écrite adressée à son secrétariat". L'article 71 de la loi Organique n° 1/AN/92 du 29 octobre 1992 renforce la condition posée par l'article précédemment cité et ajoute d'autres éléments: "la requête doit être écrite. Elle est adressée au secrétariat du conseil constitutionnel ou au ministre de l'intérieur qui en assure la transmission immédiate au conseil constitutionnel. S'il s'agit d'une élection législative, le bureau de l'Assemblée Nationale est avisé du dépôt du recours".

Par ailleurs, et suivant l'art. 39, les requêtes doivent porter le nom, le prénom et qualité du requérant, les moyens d'annulation invoqués. Le requérant peut annexer à la requête les pièces produites au soutien de ses moyens.

3. *Les parties dans le contentieux électoral*

Tout contentieux oppose au moins deux parties, qui s'opposent à une décision administrative ou judiciaire et/ou un résultat d'une élection. Mais quelle qualité doivent-elles avoir?

Le droit constitutionnel djiboutien pose des conditions pour être partie dans un contentieux électoral. La principale condition est d'être: un/e candidat/e, un parti politique et/ou coalition de partis politiques. Ce qui exclut l'action d'un/e citoyen/e contre des fraudes électorales, qui ont lieu dans un bureau de vote. Les lois organiques adoptées en 1992 (n° 1/AN/92 du 29 octobre 1992)⁴¹ et 1993 (n° 4/AN/93/3e L du 7 avril 1993) limitent les parties dans un tel procès aux candidats.es et aux formations politiques, qui ont pris part aux élections.

Mais il ne suffit d'être un/e, candidat/e, un parti politique ou coalition de partis politiques, il faut avoir un intérêt à agir. C'est qu'a soulevé le juge constitutionnel dans la décision n° 002/98/CC du 18 février 1998. Mais il ne donne pas une définition de "l'intérêt à agir". Dans cette décision, le requérant se présente comme le principal dirigeant d'un parti politique. Or son parti s'est présenté aux élections, mais avec un autre président.

Suite à une crise de son parti à la mort de son fondateur, deux dirigeants se proclament président. Suivant le cadre légal, manipulé par le pouvoir, c'est le ministre de l'Intérieur, qui accorde un certificat de reconnaissance au Président élu lors d'un congrès. Or dans le cas en question, il y a une forte opposition entre deux personnalités pour occuper la présidence du parti. Le ministre de l'Intérieur accorde le certificat de reconnaissance au concurrent requérant. Ce dernier conteste la décision du ministre.

Les candidats.es ne soulèvent pas un délit contre une personne physique, mais plutôt des infractions relatives à la législation électorale par exemple la violation des normes sur l'organisation des élections, l'empêchement de la présence des délégués des partis dans les bureaux de vote, lors du dépouillement des bulletins de vote. Celle-ci constitue une des bases de la justice constitutionnelle, la constitution étant aussi une référence pour les grands principes comme l'égalité. En fait, en soulevant les infractions, la/le requérante/requérant met en doute le résultat des élections, et donc la

⁴¹ L'article 70 de cette loi organique stipule que "tout candidat peut intenter un recours sur la régularité des opérations électorales dans les dix jours qui suivent la proclamation des résultats du scrutin".

victoire de ses concurrents. Elle/il soulève un conflit lié à la compétition électorale pour non-respect des principes constitutionnels comme le principe d'égalité, pour usage abusif des ressources publiques, pour abus de pouvoir (le cas du parti au gouvernement et des candidats aux législatives et du candidat aux présidentielles de ce parti).

Dans la jurisprudence du conseil constitutionnel, à part une requête, la question de l'intérêt d'agir n'est pas une question soulevée dans tous les recours. Il est reconnu dans la majorité des cas, après étude des arguments de la requête ou de la saisine, une décision est rendue.

VII. LES SAISINES DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL COMME MOYEN DE RESOLUTION DES CONFLITS JURIDIQUES

Les saisines constituent un moyen pour les parties de trouver une solution à leur conflit juridique, et en particulier en cas violation des droits, libertés et principes fondamentaux comme l'égalité des candidats.es et formations politiques en période électorale.

Le conseil constitutionnel est une institution juridictionnelle, qui interprète la constitution, la loi suprême du pays, face à des normes inférieures (loi, décrets) adoptés par le Parlement, l'administration centrale et les administrations (régionales et locales).

Théoriquement il intervient d'un point de vue juridique, parce qu'il doit être le garant de la stabilité des institutions du pays. Mais une tension politique peut avoir comme objet l'interprétation d'une disposition juridique, quel que soit son niveau dans l'ordonnance juridique du pays. Il s'agit de réguler la vie politique durant la période de transition. Comme affirment Luc Sundjoun et Mathias Eric Owona Nguini dans leur analyse:

...la régulation juridique de la vie politique doit se faire au regard des exigences d'Etat de droit et de démocratie. Il ne s'agit pas seulement de normaliser la politique mais aussi de transformer les manières de faire de la politique, de tracer les contours d'un nouvel ordre politique. Quant à la politisation du droit, elle renvoie aux enjeux qui déterminent le champ juridique, aux luttes entre acteurs socio-politiques en vue du monopole de la formulation des règles du jeu.⁴²

⁴² Sundjoun, Luc et Nguini Owona, Mathias, "Politisation du droit et juridicisation de la politique: l'esprit sociopolitique du droit de la transition démocratique au Cameroun",

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

A la différence de la Cour Constitutionnelle du Bénin, le conseil constitutionnel djiboutien n'est pas un organe juridictionnel, qui peut positionner en attirant l'attention des dirigeants.es quand il observe des signes ou menaces, qui peuvent avoir un impact sur l'équilibre institutionnel ou créer une tension juridico-politique dans le pays durant une campagne électorale.

Selon la loi organique n° 4 du 7 avril 1993, c'est par la saisine de dirigeants (Président de la République, le Premier ministre, 10 députés, des candidats.es, coalitions et partis politiques) et d'institutions judiciaires (Cour Suprême pour le cas exclusif d'une inconstitutionnalité soulevée par un/e justiciable lors d'un procès), qui sont habilités à le saisir. Sa principale activité est liée à donner une décision sur les requêtes déposées par ces autorités. En dehors de ces cas, il est consulté par le Président.e de la République pour les mesures à adopter dans un contexte exceptionnel, prévu la constitution du 15 septembre 1992.

1. *La saisine des députés contre une décision du bureau de l'Assemblée Nationale*

Selon le contexte constitutionnel djiboutien, la saisine des députés est limitée à la contestation d'une loi votée définitivement par le bureau de l'Assemblée Nationale; laquelle doit intervenir dans un délai de huit jours après son adoption définitive (al.2 de l'art. 79 de la constitution du 15 septembre 1992). Il s'agit d'une décision collective. Ni la constitution, ni la loi Organique n° 4/AN/93/3ème L du 07 avril 1993 fixant les règles d'organisation et de fonctionnement du Conseil Constitutionnel ne prévoient une autre possibilité pour les députés.es de saisir sur le conseil constitutionnel. Le non-respect du cadre constitutionnel entraîne un conflit politique, qui aura des conséquences sur le fonctionnement des institutions.

Or l'évolution du contexte politique peut conduire un changement sur ce point. En effet, un conflit entre personnalités politiques peut déboucher sur une saisine au conseil constitutionnel. C'est ce qui est arrivé vers la fin de l'année 1995.⁴³ Critiqué pour sa gestion de main de fer des af-

en Du Bois de Gaudusson, Jean et Darbon, D., *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp. 216-245.

⁴³ Le public djiboutien assiste à la première crise de la direction de l'ex parti unique.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

fares de l'Etat par le ministre de la Justice et Secrétaire Général du parti unique et d'autres ministres et députés de son parti, le Président de la République dépose une plainte pour diffamation au Tribunal de Grande Instance contre les auteurs. Sauf le Directeur du cabinet présidentiel, les autres ont une immunité parlementaire, et pour autant il y a une procédure à suivre tant par l'institution à laquelle ils appartiennent comme la pouvoir judiciaire. Sans respecter le règlement intérieur de l'Assemblée Nationale, le Président de l'Assemblée Nationale adresse une lettre au ministre de la Justice affirmant la perte de l'immunité parlementaire de trois députés. Lors de la procédure de vote de la levée de leur immunité parlementaire, leurs droits ont été déniés. Conformément aux stipulations de l'al. 5 de l'art. 10 de la constitution du 15 septembre 1992, leur droit à la défense n'a pas été respecté, ni celui de se faire assister par l'avocat de son choix, qui sont théoriquement garantis à tous les stades de la procédure.

Par ailleurs, et en renforçant ces droits, l'article 64.5 du règlement intérieur de l'Assemblée nationale stipule que "La commission saisie d'une demande de levée de l'immunité parlementaire doit entendre le député intéressé, lequel peut se faire représenter par un de ses collègues".

Sur le plan formel, il y a eu une violation du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale. En effet au lieu d'une résolution du bureau de cette institution, c'est une lettre de son Président qui notifie au Procureur de la République la levée de l'immunité parlementaire desdits députés.

Face à cette décision, qui a violé la procédure à suivre, prévue par le Règlement Intérieur de l'institution à laquelle ils appartiennent, dix députés saisissent le Conseil Constitutionnel. La question de la levée de l'immunité des parlementaires n'entre pas dans ses compétences. En acceptant d'étudier le recours déposé par ce groupe d'élus nationaux, le conseil constitutionnel étend ses compétences. En fait, cela rentre dans la régulation des institutions. Il y a un conflit juridique (non-respect du cadre constitutionnel et légal) et politique (conflit entre hommes politiques) qui a un impact théoriquement sur le fonctionnement des institutions poli-

Cette crise politique n'est que l'aboutissement des tensions entre membres du parti sur la succession du patriarche de la politique djiboutienne, Hassan Gouled Aptidon. Pris d'un malaise alors qu'il participait à un sommet des Chefs d'Etat de la Francophonie à Cotonou, il est hospitalisé dans un hôpital parisien. Au lieu de respecter le cadre constitutionnel, le Chef de l'Etat repartit en suivant sa stratégie politique ses compétences entre le directeur et le chef du cabinet présidentiel. Or ce sont deux personnages, qui étaient sur la liste occulte de la succession du premier personnage de l'Etat.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

tiques (présidence et assemblée parlementaire). C'était la première fois que cet organe était saisi pour un tel conflit.

Mais aussi surprenant que cela puisse paraître, le conseil constitutionnel a accepté la saisine d'un citoyen contre une décision administrative.

2. *La saisine d'un.e citoyen.e*

Comme on a pu voir dans la deuxième partie de cette réflexion, la saisine directe d'un.e citoyen.e n'est pas prévue par la constitution du 15 septembre de 1992, ni par loi Organique n° 4/AN/93/3ème L du 07 avril 1993. Cependant, et exceptionnellement, un citoyen a saisi le conseil constitutionnel le 30 septembre 1997 pour demander la levée totale ou partielle de l'immunité parlementaire d'un député, pour sa fonction de ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation. Mais après une plainte déposée auprès Procureur Général Près la Cour d'Appel de Djibouti pour "abus de pouvoir et destruction des biens appartenant à autrui",⁴⁴ lequel a adressée à l'Assemblée Nationale une demande de la mainlevée de l'immunité parlementaire dudit député, ex ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation en date du 07 janvier 1996. L'objet de cette saisine, que le conseil constitutionnel a accepté, était de poursuivre un ex membre du gouvernement et au moment de la saisine député devant les tribunaux de droit commun pour les dommages causés à ce citoyen par un acte administratif adopté le cadre de ses compétences ministérielles.

Ce citoyen se sent lésé par l'attribution d'un terrain dont il est le propriétaire à une autre personne. Le ministre ordonne la destruction de la construction entreprise par le requérant. C'est un conflit lié au droit de propriété, un droit fondamental. Dans sa décision n°98-001/CC du XX, le conseil constitutionnel considère "l'excès de pouvoir et la destruction des biens appartenant à autrui dont a été victime, le requérant Monsieur Hassan Omar Farah".⁴⁵ L'institution juridictionnelle ne se limite à une simple constatation, mais déclare que ces faits:

⁴⁴ Considérant 9 de la Décision n° 98-001/CC que "Monsieur Hassan Omar Farah déposait plainte auprès du Procureur Général Près la Cour d'Appel de Djibouti pour abus de pouvoir et destruction des biens appartenant à autrui contre Monsieur Idriss Harbi Farah".

⁴⁵ Considérant 12 de la Décision n° 98-001/CC.

...sont imputables aux abus commis par Monsieur Idriss Harbi Farah, ex-Ministre de l'Intérieur et de la Décentralisation de l'État de la République de Djibouti, qui a méconnu le droit de propriété ainsi que les constructions de Monsieur Hassan Omar Farah qui avait été autorisées à effectuer son terrain, que cette faute est de nature à engager sa propre responsabilité et celle de l'État de Djibouti envers Monsieur Hassan Omar Farah, qu'il sera fait une exacte appréciation des faits de la cause et du montant de la réparation qui lui est dû par les Tribunaux, notamment le Conseil du contentieux administratif de Djibouti.⁴⁶

Dans cette requête, l'organe juridictionnel était placé devant un dilemme: accepter ou refuser de se prononcer sur une affaire de la compétence d'autres institutions. Mais en même temps il faut passer par cet organe après le refus de la demande de main levée adressée par le Procureur Général au Président et aux membres de l'Assemblée Nationale où siège "l'accusé" d'abus de pouvoir.

Le rejet des requêtes de l'opposition est devenu une tradition du conseil constitutionnel. Dans son dernier considérant, il affirme qu'"il n'entre pas dans la compétence du Conseil Constitutionnel de statuer sur les telles conclusions, qu'il suit de là que la requête susvisée est irrecevable".

En fait, la contestation contre un abus de pouvoir ou excès de pouvoir d'une administration comme un ministère ou un département d'un ministère, relève d'une autre institution : le conseil du contentieux administratif. Or celle-ci ne fonctionne pas.

Le consensus politique dans un régime démocratique repose avant tout sur le respect des actes et les décisions adoptés par une institution. Mais quel type de respect faut-il pour qu'une institution juridictionnelle fonctionne bien pour le bénéfice de tous les acteurs, politiques comme non politiques?

3. Le respect formel des décisions du conseil constitutionnel

L'institutionnalisation d'une institution politique ou d'un organe constitutionnel se manifeste par le respect d'une part de ses compétences par des organes judiciaires et politiques du pays, lesquelles sont déterminées par un cadre législatif et d'autre part l'acceptation et l'accomplissement de ses

⁴⁶ *Idem.*

décisions par les autorités judiciaires et politiques du pays. Ce sont deux conditions sine qua non pour le développement d'une juridiction constitutionnelle dans un régime pluraliste, qui se veut démocratique.

Les décisions adoptées par le conseil constitutionnel depuis 1993 n'ont pas fait l'objet de recours, ni de contestation de la part des autorités judiciaires et politiques. Le fait qu'elles relèvent de l'autorité de la chose jugée a créé un esprit de respect des décisions dudit conseil.

Pendant le respect de l'autorité de la chose jugée relève plus d'une théorie qu'une conscience nouvelle du droit constitutionnel dans le jeu politique. On peut dire qu'il y a une certaine accommodation de la part des hommes politiques à des décisions du Conseil Constitutionnel, qui ne changent pas le cours de la vie politique.

Mais toutes les décisions ne furent pas été respectées par les autorités politiques. C'est le cas de la décision n° 96-01/CC des 30 et 31 juillet 1996. Le juge constitutionnel déclare d'une part que "la lettre no. 141 /AN/FW du 15 juin 1996 de Monsieur le Président de l'Assemblée nationale à Monsieur le Ministre de la Justice, ne constitue pas une résolution portant autorisation de levée de l'immunité parlementaire..."⁴⁷ et d'autre part que "la lettre no. 141 /AN/FW du 15 juin 1996... ne peut suppléer à l'absence d'une résolution du bureau de l'Assemblée nationale et produire les effets y attachés".⁴⁸

Le respect de l'ordre institutionnel conduirait le bureau de l'Assemblée Nationale à reprendre la procédure en respectant le règlement intérieur de l'institution parlementaire, adopter une résolution et l'envoyer au Procureur de la République au lieu et place d'une lettre du président de cette dernière institution. Et la justice devrait respecter la décision du conseil constitutionnel de ne pas poursuivre la procédure judiciaire ouverte contre ces députés. Par l'attitude de l'administration judiciaire, dépendant du gouvernement (ministère), c'est l'autorité de l'institution qui est bafouée, mais aussi celle de l'institution juridictionnelle, qui n'a pas été respectée. Cette administration n'a pas remis en cause la décision du Conseil constitutionnel. Mais en poursuivant la procédure ouverte contre les accusés, elle s'appuie sur une décision, qui constate la violation d'un règlement. Reprenant les termes de R. Poussar,⁴⁹ l'autorité de la chose interprétée par le conseil constitutionnel n'est qu'un mot, qui sent la poudre ou un artifice mouillé?

⁴⁷ Art. 2 de la décision no. 96-01/CC des 30 et 31 juillet 1996. Le conseil constitutionnel djiboutien présente ses décisions sous forme d'article.

⁴⁸ Art. 3 de la décision no. 96-01/CC des 30 et 31 juillet 1996.

⁴⁹ Cité par Emmanuel Adouki, Delphine, "Contribution à l'étude de l'autorité des

VIII. CONCLUSION

L'existence d'une justice constitutionnelle est une réalité sociopolitique en République de Djibouti théoriquement de l'indépendance du pays par emprunt de l'ex puissance coloniale. L'enjeu de son existence est de permettre l'application et le respect des principes constitutionnels contenus dans la constitution du 15 septembre 1992 par tous les acteurs.es de la vie politique et sociale. Cependant sa seule existence ne constitue pas une garantie des droits, libertés et les principes reconnus par la constitution et les traités internationaux à la personne humaine. Elle est insuffisante, c'est la culture politique et sociale et son fonctionnement qui fait d'elle une institution importante dans les nouvelles relations sociopolitiques dans ce pays.

Depuis le début de l'exercice de ses compétences en matière électorale et constitutionnelle 1993, le conseil constitutionnel s'est limité dans ses décisions par le rejet des requêtes de l'opposition sans vraiment étudier les arguments des requérants, sans utiliser les possibilités que lui offre la loi organique n° 4/AN/93/3ème L du 07 avril 1993 en ouvrant à une procédure contradictoire comme le prévoit l'art. 74 de la Loi Organique n° 1/AN/92 2ème L du 29 octobre 1992 relative aux élections.⁵⁰

Dans la résolution des conflits juridiques et politiques, le conseil constitutionnel djiboutien est saisi essentiellement par les candidats de l'opposition principalement pour contester la publication des résultats des élections. Sur 15 décisions depuis 1993, il n'a jamais utilisé la procédure contradictoire alors que les arguments contenus dans certaines requêtes le conduisaient à s'appuyer sur cette procédure.

Aussi la paralysie d'autres institutions comme le Tribunal du Contentieux Administratif a joué un rôle négatif dans la résolution de certains conflits juridiques et politiques et donc du rôle de la justice dans la résolution des conflits juridico-politiques. A cela il faut ajouter le fait qu'il soit dépourvu de la compétence de prévention constitutionnelle des conflits tant juridiques que politiques pour garantir le fonctionnement des institutions et de maintenir la stabilité du système politique. Une telle prévention serait une compétence donnée au conseil constitutionnel comme la Cour constitutionnelle béninoise, qui a pu prévenir des situations explosives

décisions du juge constitutionnel en Afrique", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, no. 95, juillet 2013, pp. 611.

⁵⁰ Cette loi a été modifiée en 1993, ce qui a donné la Loi Organique n°2/AN/93 du 7 avril 1993.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

durant les campagnes électorales notamment pour les élections présidentielles en avisant l'imminence d'un conflit social par les propos tenus par un.e candidat.e. Si le rôle et le respect d'une juridiction constitutionnelle dépendent en grande partie des capacités de ses membres, utilisant les procédures prévues par le cadre légal, mais ils résultent aussi de l'usage des acteurs.es politiques et sociales. Or ces derniers.es, et surtout les membres de l'élite politique, ne respectent pas les décisions. Au contraire, elles/ils usent et abusent l'institution juridictionnelle à leurs bénéfices et jeux politiques. Ce qui paraît dangereux pour la stabilité politique du pays.

Dans la pratique, et en reprenant les mots de Delphine il fut un "simple ornement institutionnel du nouveau système politique".⁵¹ Les candidats.es et les partis de l'opposition saisissent le conseil constitutionnel pour résoudre un conflit juridique et/ou politique au lieu de recourir évitant ainsi la violence postélectorale comme cela se produit dans d'autres pays de l'Afrique subsaharienne. Le juge constitutionnel djiboutien n'a pas joué pleinement son rôle de gardien de la suprématie de la constitution et le respect de l'Etat de droit et des principes constitutionnels, et en particulier dans ses compétences exclusives en matière électorale.

On ne peut toutefois exclure ou sous-estimer une évolution de l'attitude du juge constitutionnel djiboutien tant pour les questions relatives aux irrégularités électorales que pour le contrôle de constitutionnalité et à la résolution des conflits juridiques et politiques, qui surviennent dans les relations sociopolitiques.



⁵¹ Emmanuel Adouki, Delphine, *op. cit.*, p. 611.

Fecha de recepción: 18 de agosto de 2018.

Fecha de aceptación: 27 de abril de 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

El parámetro de regularidad constitucional y la ley suprema de la Unión

The Parameter of Constitutional Regularity and the Supreme Law of the Land

Juan Manuel ACUÑA*

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto estudiar el proceso de resignificación del concepto “ley suprema de la Unión” contenido en el artículo 133 constitucional, a partir de la identificación y desarrollo del parámetro de regularidad constitucional, por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para ello, procederemos en primer lugar a estudiar el concepto de la ley suprema de la Unión prestando especial atención a las variaciones observables en su contenido con relación a la ubicación del derecho de fuente internacional. Luego, analizaremos la conformación del parámetro de regularidad constitucional como bloque de derechos y los problemas para la solución de diferencias y antinomias en su interior. En la tercera sección procederemos a determinar las transformaciones generadas en el contenido de la ley suprema de la Unión a partir de la incorporación del parámetro de regularidad constitucional.

Palabras clave: ley suprema de la Unión; parámetro de regularidad constitucional; bloque de constitucionalidad; bloque de derechos; control constitucional.

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to study the re signification process of the supreme law of the Union contained in article 133 of the Constitution, based on the identification and development of the constitutional regularity parameter by the Supreme Court of Justice of the Nation. In order to do so, we will first proceed to study the concept of the supreme law of the Union giving special attention to the observable variations in its content in relation to the location of the international source right. Then, we will analyze the conformation of the parameter of constitutional regularity as a block of rights and the problems for the solution of differences and antinomies in its interior. In the third section we will proceed to determine the transformations generated in the content of the supreme law of the union from the incorporation of the parameter of constitutional regularity.*

Keywords: *Supreme Law of the Land; Parameter of Constitutional Regularity; Constitutional Control.*

* Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, México. Director de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional. Sistema Nacional de Investigadores, nivel I. ORCID: 0000-0003-4330-6176. Correo: jmacuna@up.edu.mx.

SUMARIO: I. *Explicación preliminar*. II. *Preámbulo. La supremacía constitucional en tiempos del constitucionalismo cosmopolita*. III. *La ley suprema de la Unión y los tratados internacionales*. IV. *El parámetro de regularidad constitucional*. V. *El parámetro de regularidad constitucional en la ley suprema de la Unión*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliohemerografía*.

I. EXPLICACIÓN PRELIMINAR

Este trabajo tiene por objeto explicar la conformación del parámetro de regularidad constitucional a partir de la reforma constitucional de derechos humanos del 10 de junio de 2011 y del trabajo interpretativo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como la resignificación que produjo en el concepto “ley suprema de la Unión”. En la primera sección analizaremos el concepto y contenido de la “ley suprema de la Unión” para dar cuenta de sus variaciones y problemas internos más significativos. Nos enfocaremos en las relaciones que en su interior mantuvieron sus componentes de fuente interna con el derecho de fuente internacional, hasta antes de la reforma de derechos humanos. En segundo término, analizaremos el proceso de configuración del parámetro de regularidad constitucional que llevó a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Nos detendremos en el estudio de la generación de contradicciones al interior del parámetro y en el análisis de opciones para procurar solucionarlas. Por último, explicaremos la resignificación del concepto “ley suprema de la Unión” a partir de su ensamble con el parámetro de regularidad constitucional como bloque de derechos.

II. PREÁMBULO. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN TIEMPOS DEL CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA

El artículo 133 —junto a otras disposiciones constitucionales— receipta en nuestro sistema el principio de supremacía constitucional, nota entitativa de las Constituciones.¹ La Constitución por ser suprema, es la norma a la

¹ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, pp. 1 y 2.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

que está sujeta la creación del resto de las normas, por ciertos órganos superiores estatales.² Pero la Constitución es suprema también en un sentido normativo y, como tal, es inmune a las leyes ordinarias y a la vez, determinante de la validez de éstas.³ Este principio fue claramente expresado por Alexander Hamilton en *El Federalista* LXXVIII⁴ y luego por el juez Marshall en la multitudada sentencia *Marbury vs. Madison*⁵ y sobre la base de estas ideas continuamos entendiendo a la supremacía de las Constituciones.

La Constitución ocupa entonces la cúspide del ordenamiento jurídico y del complejo concepto “ley suprema de la Unión”, en cuyo seno en principio fue entendida como supra ordenada a los tratados y a las leyes que emanen del Congreso de la Unión. Sobre la conformación del complejo normativo denominado “ley suprema de la Unión” volveremos más adelante, pero debemos anticipar que debido al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y de los órganos de protección regionales e internacionales, se han recortado ámbitos decisorios en cada sistema jurídico nacional. Los espacios resolutivos, aun los constitucionales, han visto disminuida su libertad configurativa y en este sentido y en la actuali-

² De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, 1998, p. 15.

³ García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 3a. ed., Civitas, 1983, pp. 30 y 31.

⁴ “No hay proposición que se apoye sobre principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo...”, en Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., *El Federalista*, trad. de Gustavo Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 332.

⁵ “Está fuera de toda duda que o la Constitución se impone a cualquier ley que la contradiga o, por el contrario, el Legislativo puede modificar la Constitución a través de una ley cualquiera. Entre estas dos opciones no hay término medio. O la Constitución es un derecho superior, principal e inmodificable a través de mecanismos ordinarios, o, por el contrario, se sitúa al mismo nivel que las leyes ordinarias, y como toda ley, es modificable cuando así lo disponga la voluntad del Legislativo. Si la primera parte de la alternativa fuera cierta, entonces una ley contraria a la Constitución no es derecho. Si la cierta fuese la última parte, entonces, las Constituciones escritas no serían más que intentos absurdos del pueblo de limitar un poder que por naturaleza escaparía a todo límite”, “Sentencia *Marbury vs. Madison* (1803)”, en Beltrán de Felipe, Miguel y González García, Julio V. (coords.), *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Boletín oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 93 y ss.

dad, las Constituciones aún son supremas, aunque en un sentido diferente a aquel que tradicionalmente se les ha atribuido. La libertad configurativa de las Constituciones debe garantizar los mínimos convencionales en materia de derechos humanos, pero esos mínimos no sólo restringen la libertad configurativa en un momento estático, como al ratificar un tratado internacional cuando se adquiere un compromiso respecto a lo establecido en el texto del tratado, sino también —y en ocasiones no se suele reparar en esto—, se adquiere un compromiso en cierto modo, “a ciegas”, para aceptar aquello que los órganos del tratado establecerán, como intérpretes auténticos del mismo a la luz claro de un trabajo interpretativo razonable. En otros términos, cuando los Estados asumen compromisos internacionales, en ocasiones no están del todo claras las especificidades de tales compromisos, lo que, con el tiempo, tenderá a provocar resistencias.

La relación entre la Constitución y el derecho internacional se tiende a entorpecer cuando anclamos el concepto de supremacía en la nota de soberanía, sin reparar que la Constitución —y los valores y notas que le atribuimos— es antes que un producto estatal, un producto del constitucionalismo y la supremacía de las Constituciones nacionales se resiente ante el auge del constitucionalismo cada vez más inscrito en clave cosmopolita e internacional. Ferrajoli ha explicado muy bien este asunto: el constitucionalismo —nos cuenta— es un paradigma que nace ligado a tres ideas: la defensa de los derechos de libertad, la limitación al poder político y todo ello, dentro de los confines del Estado nación. La historia del constitucionalismo es la de la expansión de estas variables: de la protección de los derechos civiles a la protección del constitucionalismo social, de limitar sólo al Estado a limitar además al mercado y, por último, la generación de un constitucionalismo mundial que complementa a los constitucionalismos nacionales.⁶ En este proceso, la constitución como producto nacional se resiste frente al constitucionalismo como movimiento supranacional y cosmopolita.⁷ El constitucionalismo comienza a deslindarse del Estado dando lugar a aquello que García Jaramillo ha denominado “*constitucionalismo genérico*”, fruto de un proceso de naturaleza globalizadora, que en nuestro ámbito se puede denominar interamericanización del derecho.⁸

⁶ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 35 y 36.

⁷ Para un estudio acerca de las relaciones entre Constitución y soberanía y el proceso de conformación de la visión estatalista de los derechos, véase, Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales, Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, 1996.

⁸ García Jaramillo, Leonardo, “Desafíos de la interamericanización del derecho: la

Con estas ideas en mente, se puede asumir que los problemas generados en el proceso de construcción del parámetro de regularidad constitucional y las dificultades para su ensamble adecuado en el complejo normativo conformado por la ley suprema de la Unión, se deben a una inadecuada comprensión de las nuevas relaciones entre la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos en el escenario del constitucionalismo cosmopolita.

III. LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La ley suprema de la Unión es uno de los conceptos centrales contenidos en el artículo 133 constitucional, junto con el principio de supremacía de la Constitución y el reconocimiento de la facultad de ejercicio de control constitucional a los jueces locales. Además, debemos incluir el tratamiento de temas más específicos como la relación entre el orden federal y los órdenes locales y —de relevancia para nuestro tema— los componentes de la ley suprema de la Unión y la relación que guardan entre sí.⁹

A lo largo de los años, estos temas han generado desacuerdos y los conceptos mencionados han tenido diversos significados connotativos o bien variaciones significativas en cuanto a las formas de vinculación entre sí. Un claro ejemplo lo encontramos en las diversas connotaciones acerca de uno de los componentes de la ley suprema de la unión, “las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella”, es decir, de la Constitución. Durante años, la doctrina discutió acerca de la naturaleza y concepto de dichas leyes.¹⁰ Con el tiempo, y amén de las divergencias doctrinales, el

contribución del *ius constitutionale commune*”, en von Bogdandy, Armin; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina*, México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro y Max Planck Institute, 2017, pp. 577-605.

⁹ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰ Para un estudio en clave histórica de las diferentes opiniones acerca del concepto de las leyes a las que alude el artículo 133, véase, entre otros: Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, 37 ed., México, Porrúa, 2015, pp. 39 y ss. García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 65 ed., México, Porrúa, 2015, pp. 85 y ss.; Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2008, pp. 114 y ss.; Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 9a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2017, pp. 72 y 73, entre otros.

concepto parece haberse estabilizado a partir de la identificación realizada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 120/2002 y establecer que las leyes a las que refiere el artículo 133 constitucional no son las leyes federales ordinarias, ni las constitucionales, sino las leyes generales por las que debemos entender aquellas que son dictadas para incidir en todos los órdenes jurídicos parciales, que tienen su origen en cláusulas constitucionales y que tienen por objeto distribuir competencias en materias concurrentes.¹¹

Sin embargo, las variaciones más relevantes para nuestro tema son aquellas que se generaron con relación al lugar de los tratados internacionales con respecto a los demás componentes de la ley suprema de la Unión y si un tipo especial de tratados o bien, un cierto contenido de los tratados, los derechos humanos, debería guardar una relación diferente con el resto del ordenamiento jurídico. Tradicionalmente, la incorporación de los tratados internacionales de la materia que sea y su relación con las otras partes integrantes de la ley suprema de la Unión fue entendida en términos de jerarquía. Un rápido repaso a las principales decisiones de la Suprema Corte al respecto corroborará esta afirmación.

Con ocasión de la resolución del amparo en revisión 2069/92, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que las leyes federales y los tratados internacionales tenían la misma jerarquía. La Corte no

¹¹ Tesis: P. VII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, abril de 2007, p. 5. “LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente al establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la «Ley Suprema de la Unión». En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión, a las que se refiere el artículo constitucional, no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente todos los órdenes jurídicos parciales que integran el Estado mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellos respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del distrito federal y municipales”.

hizo eco de las distinciones efectuadas por la doctrina y se refirió a leyes federales sin más. Por ello es posible intuir también que en esta decisión la Corte participó de la idea de preminencia del orden federal sobre el local. En lo referente a las relaciones al interior de la ley suprema de la Unión, ubicó a las leyes federales y a los tratados internacionales en el mismo nivel jerárquico.¹²

Años después, y ya en la Novena Época, al resolver el amparo en revisión 1457/98, el Tribunal Pleno modificó sustancialmente el criterio anterior al determinar los criterios de supra legalidad e infra constitucionalidad, según los cuales los tratados internacionales se ubican por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución federal.¹³ La

¹² Tesis: P. C/92, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, núm. 60, diciembre de 1992, p. 27. “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de la Industria, no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional”.

¹³ Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 46. “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de las normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión «...será la ley suprema de la Unión...» parece indicar que no sólo la carta magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la ley fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la ley suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana y con la existencia de leyes constitucionales, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia, considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República

determinación más importante consistió en la modificación de su anterior criterio sobre la ubicación de los tratados. La segunda determinación fue el reconocimiento expreso de las leyes constitucionales, distinción a la que no dio efecto alguno. Por último, el juicio más confuso allí vertido fue el referido a que la expresión “ley suprema de la Unión” sólo incluiría a la Constitución federal. La literalidad del artículo 133 es clara en el sentido de indicar que ese concepto tiene una integración compleja cuyo contenido no se circunscribe a la Constitución —amén de la relación jerárquica interna entre sus componentes—.

La siguiente determinación importante fue tomada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte en el ya mencionado amparo en revisión 120/2002. Sobre el tema específico de la relación de los tratados internacionales con el resto de los componentes del concepto de ley suprema de la Unión, la Corte sostuvo que los tratados internacionales —sin distinción—, poseían rango supra legal e infra constitucional. En este sentido, ratificó su criterio anterior y la adaptó al concepto de leyes generales identificado en esta misma resolución.¹⁴

a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado, y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas, y por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133, el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos, ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 constitucional lleva a considerar en un tercer lugar, al derecho federal y al local, en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto por el artículo 124 de la ley fundamental, el cual ordena que las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados. No se pierde de vista que, en su anterior conformación, este máximo tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 60, correspondiente a diciembre de 1992, p. 27, de rubro: «LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA», sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal”.

¹⁴ Tesis P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, abril de 2007, p. 6. “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”. La

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

Mencionamos que al resolver el amparo en revisión 1457/98, el Pleno estableció una serie de juicios complejos sobre nuestro concepto; entre ellos, que la ley suprema de la Unión sólo estaría conformada por la Constitución. En el amparo en revisión 120/2002, la Corte recompuso el contenido de la ley suprema de la Unión y estableció que la Constitución, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, forman parte de ella y que conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional y en cuyo interior la Constitución se ubica en el peldaño más alto, seguida de los tratados internacionales y las leyes generales, en ese orden.¹⁵ Hasta el momento entonces, prevaleció el criterio jerárquico como vertebrador al interior de la ley suprema de la Unión.

IV. EL PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 tuvo como objetivo primordial fortalecer y apuntalar el proceso de constitucio-

interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional integrado por la Constitución federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado mexicano, al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales y además, atendiendo al principio fundamental del derecho internacional consuetudinario «pacta sunt servanda», contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo cumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional”.

¹⁵ Tesis P. VIII/ 2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, abril de 2007, p. 6. “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las leyes del Congreso de la Unión a las que aquel se refiere, corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran el Estado mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de supremacía constitucional implícito en el texto del artículo en cita, claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen «la ley suprema de la Unión», esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

nalización del derecho internacional de los derechos humanos en términos de provocar una mayor apertura del sistema jurídico mexicano a los derechos humanos de fuente internacional. La reforma abordó temas diversos y generó la modificación de varios artículos constitucionales,¹⁶ sin embargo, los cambios al artículo 1o. constitucional generaron los impactos más profundos y con efectos directos en el contenido de la ley suprema de la Unión.

Recordemos que hasta el momento la Suprema Corte se había referido a las relaciones que los tratados internacionales —sin distinciones de materia—, debían guardar con el resto de los componentes de la ley suprema de la Unión, pero específicamente con respecto a las leyes. En todas esas resoluciones, los tratados mantuvieron un lugar subordinado a la Constitución. El nuevo artículo 1o. constitucional párrafo primero modificó en parte los términos de dicha relación. El párrafo reformado establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Esta redacción provocó que ciertos contenidos de tratados internacionales, los derechos humanos, adquieran rango constitucional, estableciendo una excepción a la regla general del carácter infra constitucional y supra legal de los tratados internacionales, regla que sigue manteniendo vigencia con relación al resto de los contenidos de tratados internacionales no relativos a derechos humanos.

De esta forma surgió en el sistema jurídico mexicano un bloque de derechos conformado por los derechos humanos contenidos en la Constitución y aquellos contenidos en tratados internacionales de los que México sea parte y que estén conforme a aquélla. El artículo no refiere únicamente entonces a tratados internacionales sobre derechos humanos. Bajo este criterio, formarán parte del bloque de derechos aquellos derechos huma-

¹⁶ Para un estudio pormenorizado de la reforma constitucional y su proceso véase: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Suprema Corte de Justicia, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, y García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2022)*, México, UNAM-Porrúa, 2012.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

nos contenidos o regulados por tratados internacionales, aunque no estén contenidos en tratados de tal naturaleza.¹⁷ Los derechos humanos de fuente constitucional y aquellos de fuente internacional convocados a la Constitución por el artículo 1o. constitucional, conforman entonces un bloque de constitucionalidad que se ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico mexicano y que servirá de parámetro de control constitucional y convencional de las leyes y actos.¹⁸

El bloque de constitucionalidad tiene diversos significados connotativos por razones espaciales y temporales,¹⁹ sin embargo, el concepto parece responder a una idea matriz que le permitiría mantener identidad. Rodrigo Uprimny indica que esa idea consistiría en que el bloque de constitucionalidad refiere a la existencia de normas con calidad constitucional que no aparecen directamente en el texto constitucional.²⁰ El bloque permitiría canalizar jurídicamente el fenómeno de acuerdo al cual existen normas materialmente constitucionales más allá de las que expresamente ésta reconoce.²¹ Esas normas materialmente constitucionales que integran el bloque de constitucionalidad, son llamadas a integrarse a él por la propia Constitución, tal como sucede en México a partir de la nueva redacción del artículo 1o. constitucional. Esta idea debería ayudar a relativizar el conflicto con el principio de supremacía de la Constitución pues es por su imperio que aquellas normas son llamadas y se integran.²² Bidart Campos lo explicó hace tiempo al describir el proceso de reconocimiento de

¹⁷ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, cit., p. 45.

¹⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, cit., p. 356. Véase también, Caballero Ochoa, José Luis, “Cláusula de interpretación conforme y el principio propersona”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, cit., p. 122.

¹⁹ Para un análisis pormenorizado del bloque de constitucionalidad véase, Favoreu, Louis y Rubio Llorente, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, 1991.

²⁰ Uprimny, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia*, Colombia, Universidad Nacional-ENS, 2005, p. 2, disponible en: [www. http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad\(Uprimny\).pdf](http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad(Uprimny).pdf), consultado el 22 de junio de 2016.

²¹ *Idem*.

²² *Ibidem*, p. 3.

rango constitucional a ciertos tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994, al sostener que estos tratados se incorporan al derecho interno, no a la Constitución, fuera de ella pero junto a ella, conformando el bloque de constitucionalidad federal.²³ En América latina, el bloque de constitucionalidad ha asumido una identidad más específica, como *bloque de constitucionalidad de derechos*.²⁴ Así ha ocurrido en México a partir de la reforma al artículo 1o. constitucional.

Luego de la reforma, la Suprema Corte emitió una serie de importantes pronunciamientos para configurar el bloque constitucional de derechos en nuestro sistema jurídico. La primera determinación importante se tomó en el Expediente Varios 912/2010, al abordar el estudio del parámetro que debían utilizar los jueces para llevar a cabo el control de constitucionalidad y convencionalidad, y resolvió que el *parámetro de análisis* que debían tomar en cuenta para realizar dicho control se integraría con los derechos humanos de fuente constitucional, los derechos humanos de fuente internacional, la jurisprudencia del poder judicial federal y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre la que deberían distinguir aquella de carácter vinculante, generada en decisiones en las que México fuere estado demandado y la de carácter orientador, generada en aquellos demás casos en los que México no sea parte.²⁵

²³ Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Nueva edición ampliada y actualizada, t. III, El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 285.

²⁴ Nogueira Alcalá, Humberto, “El bloque constitucional de derechos en Chile. El parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales*, Chile, año 13, núm. 2, 2015, pp. 301-350.

²⁵ Tesis P. LXVIII/2011 (9a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 551. “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte”.

La Suprema Corte introdujo un término cercano al bloque de constitucionalidad, lo llamó “*parámetro de análisis*”, término que tiene una connotación más procesal.²⁶

Tiempo después al resolver una serie de amparos, la Primera Sala de la Suprema Corte interpretó el artículo 1o. constitucional reformado y determinó las normas de derechos humanos de fuente constitucional y de fuente internacional son “*normas supremas del ordenamiento jurídico y fuentes primigenias*”, de modo que comprendió al bloque de derechos como un complejo normativo que se supra ordena al resto del ordenamiento. En la segunda parte de la tesis, abordó el tema de las posibles diferencias o eventuales conflictos al interior del bloque de derechos. Cuando existan diferencias de alcance y protección entre los derechos de fuente constitucional y aquellos de fuente internacional, el derecho aplicable será determinado mediante la operación del principio *propersona* que indica aplicar el derecho que brinde mayor protección o bien “*menor restricción*”. Esta última cuestión es fundamental; la primera sala comprendió el verdadero sentido de la reforma y la decisión política fundamental adoptada por el poder reformador, consistente en dejar atrás el criterio jerárquico y proponer que los derechos humanos de fuente internacional se integren de manera armónica.²⁷ Además, de manera acertada, entendió al principio *propersona*

²⁶ Astudillo, César, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, t. IV, vol. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 119 y ss.

²⁷ Tesis 1a. /J. 107/2012 (10a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIII, octubre de 2012, t. 2, p. 799. “PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. DE conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan, deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental sea reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable —en materia de derechos humanos—, atenderá a criterios

en toda su extensión. Este principio tiene dos expresiones, indica Mata Quintero, una positiva y otra negativa,²⁸ la expresión positiva permite el despliegue del principio en el sentido de elegir la norma o la interpretación más amplia cuando se trate de reconocer y proteger derechos, la expresión negativa determina que se debe elegir la norma o interpretación más restrictiva cuando se trate de restringirlos.²⁹ Ambas expresiones conforman el contenido del principio. La sala asumió el principio en completitud. Con el tiempo, el principio será cercenado.

La siguiente resolución importante fue tomada al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007. En ella, se indicó que en el Varios 912/2010, se estableció la existencia de un parámetro de regularidad constitucional a partir del cual se determinaría la validez de las normas del orden jurídico mexicano y que a su vez serviría como catálogo normativo para los jueces.³⁰ Sin embargo, lo más interesante de la decisión tomada en esta acción consistió en ofrecer un buen ejemplo de aplicación del principio propersona para la selección de la norma aplicable tratándose de derechos. En esta acción, se impugnó la validez de diversos artículos de la Ley de Prevención de Adicciones del Estado de Yucatán que permitían que autoridades administrativas impusieran sanciones consistentes en trabajos forzados a los infractores de la ley, por ser contrarios al artículo 5o. constitucional. Para la composición del parámetro de control, la Corte identificó que además del artículo 5o. ya mencionado, a partir de 2008, el artículo 21 constitucional permitía la imposición de sancio-

que favorezcan al individuo o a lo que se ha denominado principio propersona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance y la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esa lógica, el catálogo de derechos fundamentales, no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano”.

²⁸ Mata Quintero, Gerardo, “El principio propersona: la fórmula del mejor derecho”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 39, julio-diciembre de 2018, p. 210.

²⁹ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martis y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, p. 163.

³⁰ Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de octubre de 2012, segunda sección, pp. 42 y 43.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

nes por autoridad administrativa ante el supuesto de incumplimientos de reglamentos gubernativos y de policía. Por otro lado, el Convenio 29 de la Organización General del Trabajo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, resultaban aplicables y estos tratados, al ser interpretados en su conjunto, ofrecían una mejor protección que la norma constitucional al determinar que los trabajos forzados sólo podían imponerse con el carácter de pena y mediante decisión judicial. La Corte entendió que esa elección era la que exigía el artículo 1o. constitucional.³¹ Sin embargo, y a pesar de esta decisión, las divergencias entre la primera y la segunda salas al respecto de la conformación y operación del parámetro de regularidad constitucional, se hicieron cada vez más evidentes. Estas divergencias se observaban también en las determinaciones de los tribunales inferiores. La oportunidad para fijar un criterio estable al respecto se daría con ocasión de resolver la Contradicción de tesis 293/2011.

Dos fueron los temas a resolver en la contradicción: la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y el valor de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³² y tres fueron las determinaciones tomadas; primero, se confirmó el criterio previamente establecido en orden a reconocer que los derechos humanos de fuente constitucional e internacional conforman un parámetro de regularidad constitucional y que no se relacionan en términos jerárquicos sino armónicos y en caso de diferencias o antinomias, éstas se resolverán de acuerdo a lo que determine la operación del principio pro persona; segundo, se estableció una excepción a la regla anterior que se configuraría cuando en la Constitución se establezca una restricción a un derecho humano y que ésta debería prevalecer sobre lo que determine la norma internacional,³³ y tercero, que los criterios jurisprudenciales de

³¹ Para un análisis del caso véase, Cossío, José Ramón *et al.*, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*, México, Porrúa, 2015, pp. 15 y ss.

³² Contradicción de tesis 293/2011, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Engrose, p. 26.

³³ Tesis P/J 20/2014 (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, abril de 2014, t. 1, p. 202. "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados in-

la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en casos en los que México no hubiere sido parte, tendrán carácter vinculante, modificando así el criterio sentado en el Varios 912/2010, a partir del cual se le había asignado carácter orientador.³⁴

Decidir con relación a las restricciones constitucionales implicó un significativo retroceso en el camino iniciado con la reforma en materia de

ternacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en el sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento, es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente debe calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”.

³⁴ Tesis P/J 21/2014 (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 5, abril de 2014, t. 1, p. 204. “JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que dichos criterios determinan el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues, por principio *propersona*, obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: i) cuando un criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicación del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento, ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional y, iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorable para la protección de los derechos humanos”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

derechos humanos. A continuación, se indican las razones por las cuales consideramos que la decisión es equivocada.

En primer término, establecer la prevalencia de las restricciones constitucionales de manera apriorística y general, implica reincorporar el principio jerárquico para resolver las diferencias en el interior del bloque de derechos. Esta decisión contradice el método establecido por el artículo 1o. que determina una relación no jerarquizada y dinámica para favorecer la aplicación del mejor derecho al caso.

Eventualmente los derechos admiten restricciones y no todas ellas serán inconventionales o inconstitucionales, sin embargo, la decisión de la Corte no distingue y declara que todas ellas, siempre prevalecerán y habrá entonces que incluir claro, aquellas que sean efectivamente contrarias al derecho convencional. Esta determinación contradice de manera frontal los artículos 1o., 2o. y 29 a) de la Convención Americana. Los artículos 1o. y 2o. establecen las obligaciones genéricas de respetar los derechos de la Convención y adoptar medidas internas para hacerlos efectivos, obligaciones que se violarían si por medio de la Constitución se establecen o mantienen restricciones a derechos por debajo de los mínimos convencionales y son aplicadas por parte de los jueces de cada estado. Además, el artículo 29 inciso “a” establece la prohibición de interpretar normas de la Convención para limitar los derechos más allá de los límites convencionales. Es decir, que si bien la Convención admite en el artículo 30 que los Estados pueden establecer restricciones a los derechos, ello no habilita restricciones por debajo del mínimo convencional. Por estas razones la decisión es inconventional; además, compromete potencialmente la responsabilidad internacional del Estado al obligar a los jueces a aplicar las restricciones constitucionales a pesar de su inconventionalidad. La Segunda Sala tuvo ocasión de dar una suerte de respuesta a este argumento. Al resolver el amparo en revisión 6065/2014, la Sala pretendió justificar la jurisprudencia comentada al establecer que las restricciones que pudiera establecer el Constituyente tienen sustento convencional en los artículos 30 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que habilitan a los Estados a establecer restricciones cuando ellas se justifiquen en razones de interés general además de resultar ineludibles por razones de seguridad y las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.³⁵ Ya

³⁵ Tesis 2a. CXXVIII/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 24, noviembre de 2015, t. 2, p. 1299.

mencionamos la contradicción entre esta interpretación y lo establecido por el artículo 29 de la Convención; habría que agregar que las restricciones están sujetas a ciertas condiciones, entre ellas, que sean necesarias y proporcionales; además, se debe garantizar la posibilidad de demostrar que ellas responden a estas notas y que persiguen los objetivos convencionalmente establecidos. En tal sentido, las críticas anteriores se sostienen, pues la decisión de la Sala más bien inhibe el ejercicio interpretativo necesario para determinar la validez de la restricción. De manera expresa determinó que la decisión tomada en la Contradicción de tesis 293/2011, implica no dar lugar a juicio de ponderación posterior.

En tercer lugar, la decisión desconoció el propio artículo 1o. constitucional, que establece el principio propersona para determinar el derecho aplicable al caso cuando tanto la Constitución como la Convención regulen el derecho. La aplicación del principio no se ve afectada por la mención que el párrafo primero del artículo 1o. hace de las restricciones que la Constitución establezca, más allá que se considere que el párrafo primero hace referencia al régimen del artículo 29 constitucional, o bien, a todas las restricciones esparcidas por la Constitución. El principio propersona no sólo fue excluido inconstitucionalmente, sino que además resultó cerceado en su comprensión, al eliminarse una de sus expresiones, aquella restrictiva que debe operar al interpretar restricciones y eliminar las restricciones más restrictivas. Por estas razones, la decisión resultó también inconstitucional.

En la decisión se observa además una comprensión imprecisa acerca de la estructura y contenido de las normas de derechos humanos. Robert Alexy explica que es posible distinguir entre los derechos y sus restricciones, es decir, “el derecho en sí”, “que no está restringido” y el derecho que queda luego de aplicar las restricciones al derecho en sí, es decir, el “derecho restringido”.³⁶ El derecho restringido, es expresado en la “norma completa de derecho fundamental”³⁷ que tendrá su lado negativo, constituido por la restricción, y su lado positivo, conformado por el supuesto de hecho del derecho fundamental y el del ámbito ius fundamental protegido.³⁸ Cuando se afirma que los derechos de fuente constitucional y de fuente internacional forman el parámetro de regularidad constitucional, la

³⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 268.

³⁷ *Ibidem*, p. 277.

³⁸ *Ibidem*, p. 292.

expresión sólo tiene sentido si la utilizamos para evocar lo que en términos de Alexy denominamos norma completa de derecho fundamental, es decir, el derecho y sus restricciones (delimitaciones, configuraciones, etcétera). Sólo esta comprensión permite además el desenvolvimiento completo del principio propersona y su operación, no nada más para elegir el derecho más amplio, sino incluso para descartar la restricción más aguda. En la decisión, la Corte procede a desagregar los derechos de sus restricciones para luego aplicar de manera selectiva las restricciones constitucionales, aunque sean más restrictivas.³⁹

El segundo asunto discutido en la contradicción que estamos comentando tuvo que ver con la revisión del criterio establecido en el expediente Varios 912/2010 referido al carácter orientador asignado a las sentencias de la Corte IDH en las que el Estado mexicano no haya sido parte. En un sentido, la decisión anterior no era del todo respetuosa con las pretensiones del sistema interamericano y la comprensión de la Corte IDH para el ejercicio del control de convencionalidad, pues de acuerdo a sus decisiones, dicho control debía considerar como parámetro las interpretaciones que la Corte IDH hubiera vertido y las interpretaciones a las que refiere, son las vertidas tanto en sentencias en las que el Estado sea parte y aquellas en los que no lo sea. La Suprema Corte decidió entonces modificar el criterio y determinar que

...como resultado de nuevas reflexiones, y con motivo de la nueva integración de este Tribunal Pleno, debe considerarse que esta fuerza vinculante de los criterios interpretativos contenidos en sentencias interamericanas debe extenderse a aquellas dictadas en casos en los que el Estado mexicano no haya sido parte”.⁴⁰

Esta decisión, si bien correcta, leída junto a la referida a las restricciones, incrementará el grado de contradicción de la decisión con el sistema de derechos.

³⁹ Para analizar los problemas derivados de no comprender las relaciones entre derechos y restricciones o entre ámbito y alcance de los derechos, véase también: Ortega García, Ramón, “El enfoque restrictivo de los derechos humanos: comentarios a la contradicción de tesis 293/2011”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 32, enero-junio de 2015, pp. 287 y ss.

⁴⁰ Contradicción de tesis 293/2011 engrose, p. 80.

En resumen, la decisión de la Corte en cuanto a las restricciones adolece de varios defectos que Francisca Pou resumió al afirmar que la decisión es incompleta, vaga, inestable y juristocéntrica. Incompleta pues no aclara absolutamente nada respecto a otras fuentes del derecho internacional de los derechos humanos que deberían ser reconocidas como integrantes del parámetro de regularidad constitucional, por ejemplo las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, a las cuales el alto tribunal interamericano ya les atribuyó carácter vinculante;⁴¹ vaga porque la referencia a restricciones expresas es sumamente imprecisa y más en este caso, en el cual la Corte nada dice sobre su aplicación. Efectivamente como también ha señalado Fernando Silva, normalmente el alcance de las restricciones en general se define en su aplicación, la que debe estar rodeada de otros derechos cuyo respeto condiciona la validez de la aplicación de la restricción;⁴² inestable pues considerando la cantidad de votos concurrentes y las inconsistencias entre cada uno de ellos y las razones del proyecto, difícilmente se pueda considerar que existe allí una decisión en sentido fuerte. Y por último, juristocéntrica por la centralidad concedida a lo que la Corte resuelva en cada caso.⁴³

¿Qué opciones tienen los jueces y la propia Suprema Corte para llevar a cabo las labores de control de constitucionalidad y convencionalidad sobre la base de semejante contradicción al interior del parámetro de control? Comencemos por el resto de los jueces. La determinación de la Suprema Corte se presenta de manera algo irresistible pues su enunciado es categórico. Una primera opción para los operadores jurídicos podría consistir —como apuntó Fernando Silva—, en verificar que, en la aplicación de la restricción, se respeten los demás derechos que deben acompañar esa aplicación. Sin embargo, ese trabajo no tiene que ver con la verificación de la convencionalidad de la restricción en sí. Más allá de eso, la forma de su enunciación pareciera inhibir además cualquier juicio de ponderación que

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC- 21/14 de 19 de agosto de 2014.

⁴² Silva García, Fernando, “Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿reforma constitucional del futuro vs. interpretación constitucional del pasado? (comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 30, enero-junio 2014.

⁴³ Pou, Francisca, “Lo que quisiera que la Corte hiciera por mí: lealtad constitucional y justicia dialógica en la aplicación de la CT 293/2011”, en Caballero Ochoa, José Luis y Sánchez Gil, Rubén (coords.), *Derechos constitucionales e internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 599.

los jueces inferiores quisieran realizar al momento de aplicar la restricción constitucional con respecto a otros principios. Por supuesto, quedaría fuera la ponderación con otras normas de fuente internacional, aunque podría considerarse abierta la posibilidad de realizar una ponderación con respecto a otras normas constitucionales. Sin embargo, esta opción también parece desplazada, por lo menos en opinión de la Segunda Sala, cuando se resolvió la tesis 2a. CXXVIII/2015 en la cual, recordemos, determinó que la decisión sobre las restricciones no da lugar a ninguna ponderación.

Cabría preguntarse también qué podría hacer un juez mexicano ante una restricción constitucional declarada inconvencional en una sentencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una opción hubiera sido que en un supuesto así, el juez mexicano podría inaplicar la restricción debido al carácter vinculante de la sentencia interamericana. Sin embargo, esta posibilidad quedó vedada cuando la Suprema Corte resolvió el expediente Varios 1396/2011, que paradójicamente se abrió a trámite para resolver la forma de dar cumplimiento a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaídas en los casos *Fernández Ortega*⁴⁴ y *Rosendo Cantú*⁴⁵ contra México. En este caso, la Corte determinó que si bien las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no pueden ser escrutadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a si son correctas o no, cuando alguno de los deberes del fallo interamericano implique desconocer una restricción constitucional (supuesto de control convencional sobre la Constitución), ésta deberá prevalecer.⁴⁶ De esta forma, la Corte profundizó el error cometido al resolver la contradicción 293/2011 y así, los restantes componentes del parámetro de regularidad constitucional se jerarquizan independientemente de su inconvencionalidad.

En definitiva, los jueces inferiores están en problemas. Cuando deban resolver un caso en el que esté en juego una restricción constitucional, no podrán analizar la convencionalidad de la restricción, tampoco ponderarla con respecto a otros principios, solo podrán aplicarla. De esta forma, si la restricción es inconvencional, comprometerán la responsabilidad interna-

⁴⁴ Corte IDH, caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215.

⁴⁵ Corte IDH, caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216.

⁴⁶ Tesis P.XVI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 22, septiembre de 2015, t. I, p. 237.

cional del Estado. Si existiera una sentencia de la Corte Interamericana en la que se estableciera la inconvencionalidad de la restricción, deberán desobedecerla.

Ahora bien, y ¿qué podrán hacer de acá en más las Salas de la Corte y el Tribunal Pleno? Pocos meses después, la Segunda Sala estableció con carácter de jurisprudencia los siguientes criterios: primero: que las restricciones constitucionales a los derechos deben aplicarse sin posibilidad de realizar ponderación alguna, segundo: que las restricciones pueden interpretarse de un modo más favorable, tercero, que el intérprete constitucional, especialmente la Suprema Corte, al hacer prevalecer una restricción debe practicar una interpretación más favorable y sistemática, delimitando su alcance según lo establecido por otras disposiciones de la Constitución.⁴⁷ En primer término la Corte ratifica la regla: en nuestro sistema prevalecen las restricciones constitucionales a los derechos por sobre el derecho convencional. En segundo lugar, insiste con esa suerte de regla preventiva sobre la imposibilidad absoluta de realizar juicio de ponderación alguno. Sin embargo, a continuación, asume los excesos de esta regla e intenta suavizar sus efectos. Comienza por afirmar que esta regla es compatible con una interpretación más favorable que el intérprete constitucional debería realizar para no aplicar la restricción sin más —de manera indiscriminada afirma la Sala—, con la finalidad de delimitar sus alcances

⁴⁷ Tesis 2a /J. 163/2017, *Semanario Judicial de la Federación*, libro 49, diciembre de 2017, t. 1, p. 487. “RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES. Conforme a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior; sin embargo, nada impide que el intérprete constitucional, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances en forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional. En efecto, no porque el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deba prevalecer, su aplicación ha de realizarse de manera indiscriminada, lejos de ello, el compromiso derivado de lo resuelto en la aludida contradicción de tesis privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, ésta sea leída de la forma más favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

con respecto al resto de la Constitución. Lo que postula la Sala es la necesidad de interpretar las restricciones de modo que, de existir diversos resultados interpretativos, se deba preferir aquel que resulte más favorable a la persona, es decir, propone aquí habilitar la operación reducida del principio pro persona; además, postula que con tal ejercicio interpretativo se procurará articular esa restricción con el resto de la Constitución, esto es, realizar una interpretación sistemática. Habría que recordar que el resto de la Constitución incluye los derechos humanos de fuente internacional, traídos por el artículo 1o., por lo que esta determinación parece algo contradictoria con la decisión tomada en la contradicción de tesis 293/2011 acerca de la prevalencia de las restricciones. Tal resultado interpretativo sólo podría lograrse frente a restricciones convencionalmente aceptables, con relación al resto, esta jurisprudencia podría estar postulando un trabajo interpretativo de resultado incierto. Lo cierto es que la operación dentro del parámetro de control resultará sumamente complicada para los operadores jurídicos. Al referir al “intérprete constitucional” parece extender esta posibilidad interpretativa a todos los jueces, pero lo hace al parecer tratando de desincentivar tal actividad, o bien, incentivando a que los órganos jurisdiccionales que tengan competencia soliciten a la Suprema Corte que ejerza eventualmente la facultad de atracción, pero ésta no será opción para los jueces comunes, quienes se verán eventualmente conminados por la fuerza de la jurisprudencia, a tomar decisiones inconvencionales e inconstitucionales. Esta opción, si bien correcta, parece algo descafeinada considerando las opciones brindadas por el artículo 1o. constitucional que han sido fuertemente disminuidas por la decisión de la Corte.

La Suprema Corte tendría otra opción. Francisca Pou sostiene una tesis interesante para explicar aquello que la Corte mexicana podría hacer con la contradicción de tesis 293/2011. Sostiene que otra de las características de esta sentencia es su carácter contemporizador y leal con la Constitución, pero por invisibilizar o minimizar las incoherencias, éstas se terminaron haciendo más patentes.⁴⁸ Antes esto, ¿qué otra opción existe entre por un lado el seguimiento callado de la tesis de la 293/2011 o de su mejor versión descafeinada de acompañarla con la interpretación sistemática y por el otro, la opción más radical que consistiría en declarar la inconstitucionalidad de las restricciones inconstitucionales e inconvencionales si ello se pudiera? La opción sería recurrir a un comportamiento dialógico

⁴⁸ Pou, Francisca, *op. cit.*, pp. 499 y ss.

consistente en evidenciar y señalar las contradicciones para de ese modo provocar la reacción de los otros poderes.⁴⁹ En su versión más fuerte, este ejercicio de justicia dialógica se podría activar con pedidos a los poderes políticos en los puntos resolutivos de las sentencias para que modifiquen la Constitución y, por ejemplo, procedan a suprimir la restricción. Este tipo de trabajo contribuiría también a generar debate público sobre el tema y a la larga mejoraría el nivel de protección de los derechos.⁵⁰ En general coincidimos con la propuesta, sin embargo, nos cuesta identificar que la decisión sobre las restricciones sea producto de las lealtades de la Corte a la Constitución, un comportamiento igualmente leal, pero al artículo 1o., le podría haber llevado a establecer una decisión que restrinja la operatividad de las restricciones constitucionales inconvencionales. En todo caso, pareciera que la lealtad de la Corte fue a la Constitución antes de la reforma, o bien, a la Constitución como ley suprema antes de la conformación del bloque de derechos o parámetro de regularidad constitucional. La lealtad a la nueva “Constitución de los derechos”, debería haber conducido a una decisión diferente. Podríamos asumir también que la lealtad de la Corte es a las decisiones democráticas que, a través de los órganos competentes, se decide establecer ciertas restricciones inconvencionales en la Constitución, sin embargo, ese mismo poder decidió establecer en el artículo primero el bloque de derechos y en tal sentido, detrás del artículo 1o., el criterio armonizador y el principio propersona, hay también una decisión democrática que merece deferencia. Amén de este comentario, creo que la propuesta de Pou es relevante pues asumiendo que la Suprema Corte se anime a modificar su criterio y proceder por ejemplo a inaplicar restricciones inconvencionales, esto tendría como efecto el admitir la existencia de normas constitucionales inconstitucionales. La única vía para solucionar esa clase de antinomias hoy por hoy es que el poder reformador actúe y modifique esas normas. La Corte podría ayudar a activar ese proceso.

V. EL PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EN LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN

En el proceso de elaboración de propuestas para la reforma constitucional de 2011, se pensó en modificar el artículo 133 constitucional para recono-

⁴⁹ *Ibidem*, p. 615.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 614.

cer jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos.⁵¹ Sin embargo, explica Caballero Ochoa, comenzaron a prevalecer las opiniones tendientes a establecer la jerarquía constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en el artículo 1o., en el cual se condensan las principales disposiciones constitucionales sobre la dimensión de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano.⁵² Amén de esta cuestión de orden, se procuró evitar que el artículo 133 siga generando divisiones; mantener su carácter de sistema de fuentes, dar a los derechos humanos de fuente internacional autonomía como derecho no producido por el ordenamiento interno⁵³ y, creemos, mantener alejados a los derechos humanos de la gradación jerárquica a la que hubieran ingresado de haber sido incorporados en el artículo 133 y, por tanto, en el ámbito del concepto ley suprema de la Unión. Tomando en cuenta los increíbles problemas interpretativos que este artículo ha generado a lo largo de los años, no parece haber sido una mala estrategia, aunque la Suprema Corte se encargó, como hemos analizado, de reinsertar la discusión en clave jerárquica.

De todas formas, el concepto ley suprema de la Unión y así el artículo 133, ha sido modificado por la aparición del bloque de derechos establecido en el artículo 1o. constitucional y conceptualizado por la Suprema Corte como parámetro de regularidad constitucional.

Los derechos humanos de fuente constitucional y los provenientes del derecho internacional, conforman un bloque en cuyo interior no existen jerarquías y las relaciones entre esos derechos se deberían resolver mediante los criterios de interpretación conforme y principio propersona. Este bloque de derechos que se integra en términos armónicos y no jerárquicos con el resto del ordenamiento no renuncia a su carácter prevalente ante ciertas circunstancias, como cuando se pretenden vulnerar los límites mínimos desde allí establecidos. En esos casos, el bloque reclama supra ordenación frente a todo el ordenamiento jurídico. Se podría afirmar entonces que el bloque de derechos impregna todo el ordenamiento y se integra con normas que son supremas por mandato constitucional. La ley suprema de la Unión de esta manera se completa por mandato constitucional, con el parámetro de regularidad constitucional y convencional.

⁵¹ Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, p. 107.

⁵² *Ibidem*, p. 108.

⁵³ *Ibidem*, p. 109.

VI. CONCLUSIONES

Los profundos cambios motivados por la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, requieren de una puesta a punto de conceptos fundamentales de nuestra Constitución. Es el caso del concepto “ley suprema de la Unión” del artículo 133, que, si bien no fue modificado en su texto, ha resultado fuertemente impactado por los cambios operados en el artículo 1o. constitucional, y demanda una nueva lectura que permita ponerlo en consonancia con éste. Específicamente, nos hemos propuesto determinar el lugar que ocupa el parámetro de regularidad constitucional identificado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de su labor interpretativa del artículo 1o. constitucional, en el complejo entramado denominado ley suprema de la Unión. Con apoyo en las principales determinaciones de la Corte, hemos concluido que el nuevo parámetro resulta identificable como un bloque de derechos y que ocupa un lugar preeminente en el marco de la ley suprema de la Unión. Asimismo, y respecto a la articulación de las relaciones entre los componentes constitucionales y convencionales del bloque, persisten ideas que provocan inconsistencias y contradicciones. Específicamente, las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la prevalencia de las restricciones constitucionales expresas a los derechos y su persistencia acerca de la inaplicabilidad de las sentencias de la Corte Interamericana en las que se declare la inconveniencia de restricciones constitucionales a derechos, desarticulan en buena medida el sistema establecido por el poder revisor de la Constitución, contradiciendo además de una norma constitucional, una decisión política fundamental que apoya tal norma.

Por otro lado, se obliga a los jueces a tomar decisiones potencialmente inconvenientes e inconstitucionales que incluso comprometerán la responsabilidad internacional del Estado. En tal sentido, es necesaria la revisión de estos criterios para instalar de nueva cuenta el principio propersona como regla operativa completa al interior del parámetro de regularidad constitucional y así restablecer el adecuado diseño de la ley suprema de la Unión.

VII. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

- ASTUDILLO, César, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en CARBONELL, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, Estado constitucional*, t. IV, vol. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, Boletín oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, *El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Ediar, 1995.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “Cláusula de interpretación conforme y el principio propersona”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.
- COSSÍO, José Ramón *et al.*, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*, México, Porrúa, 2015.
- CUEVA, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2008.
- FAVOREU, Louis y RUBIO LLORENTE, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro,

- La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, 1996.
- FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, 37a. ed., México, Porrúa, 2015.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 9a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2017.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1983.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, “Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *ius constitutionale commune*”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina*, México, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro y Max Planck Institute, 2017.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 65a. ed., México, Porrúa, 2015.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2022)*, México, UNAM-Porrúa, 2012.
- HAMILTON, A. *et al.*, *El Federalista*, trad. Gustavo Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- MATA QUINTERO, Gerardo, “El principio propersona: la fórmula del mejor derecho”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 39, julio-diciembre de 2018.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional, sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel Derecho, 1998.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El bloque constitucional de derechos en Chile. El parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales*, Chile, año 13, núm. 2, 2015.
- ORTEGA GARCÍA, Ramón, “El enfoque restrictivo de los derechos humanos: Comentarios a la contradicción de tesis 293/2011”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 32, enero-junio de 2015.

- PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martis y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- POU, Francisca, “Lo que quisiera que la Corte hiciera por mí: lealtad constitucional y justicia dialógica en la aplicación de la CT 293/2011”, en CABALLERO OCHOA, José Luis y SÁNCHEZ GIL, Rubén (coords.), *Derechos constitucionales e internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- SILVA, Fernando, “Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿reforma constitucional del futuro vs. interpretación constitucional del pasado? (comentario a la C. T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 30, enero- junio de 2017.
- UPRIMY, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia*, Colombia, Universidad Nacional-ENS, 2005, disponible en: [www.http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJSBloque_Constitucionalidad\(Uprimny\).pdf](http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJSBloque_Constitucionalidad(Uprimny).pdf).



Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2017.

Fecha de aceptación: 12 de marzo de 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2018

O direito constitucional ao esporte em perspectiva comparada*

Constitutional Right to Sport in a Compared Perspective

Felipe CANAN**

Fernando Augusto STAREPRAVO***

RESUMO: a constitucionalização de um direito não significa sua garantia de fato, mas ao menos contribui para sua valorização social e geração de respaldo jurídico para sua reivindicação. Objetivou-se identificar o perfil geral da previsão constitucional do esporte e do direito ao esporte em perspectiva comparada, abrangendo suas características gerais, distribuição geoespacial e particularmente a dogmática do direito ao esporte. A pesquisa é descritiva documental, com abordagem quali-quantitativa. Investigou-se 75 constituições, das quais 49 preveem o esporte e 14 estabelecem o direito ao esporte, prevalentemente em países ibero-americanos e/ou do bloco de países de língua portuguesa. O termo esporte é comumente associado às expressões cultura física e/ou educação física. O núcleo essencial do direito ao esporte

ABSTRACT: *the constitutionalization of a right does not mean its guarantee of fact, but at least it contributes to its social valorization and generation of legal support for its claim. The objective was to identify the general profile of the constitutional prediction of sport and the right to sport in a comparative perspective, covering its general characteristics, geospatial distribution and particularly the dogmatics of the right to sport. The research is descriptive and documentary, with a qualitative-quantitative approach. 75 constitutions were investigated, of which 49 forecast the sport and 14 establish the right to sport, predominantly in ibero-american or the block of portuguese-speaking countries. The term sport is commonly associated with expressions of physical culture or physical education.*

* O presente trabalho contou com apoio financeiro de Bolsa CAPES-DS, nível doutorado, para sua realização.

** Doutor em Educação Física pela Universidade Estadual de Maringá, Brasil, professor da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Brasil. Correio: felipe.canan@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9450-778X>.

*** Doutor em Educação Física pela Universidade Federal do Paraná, Brasil, professor da Universidade Estadual de Maringá, Brasil. Correio: fernando.starepravo@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1655-998X>.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

encontra-se na liberdade de prática, na educação física escolar obrigatória e na gratuita de infraestrutura para prática.

Palavras-chave: esporte, cultura física, educação física, políticas públicas.

The essential core of the right to sport lies in freedom of practice, compulsory school physical education and free provision of infrastructure for practice.

Keywords: Sport, Physical Culture, Physical Education, Public Policy.

RESUMO: I. *Introdução.* II. *Procedimentos metodológicos.* III. *Resultados e discussão.* IV. *A dogmática do direito ao esporte em âmbito constitucional.* V. *Considerações finais.* VI. *Referências.*

I. INTRODUÇÃO

A constitucionalização de um direito não significa automaticamente sua garantia, mas contribui para sua valorização social e permite sua reivindicação em âmbito jurídico.¹ Em outras palavras a constitucionalização confere um maior status a um direito, contribuindo para uma maior possibilidade de seu exercício e garantia do que haveria se não fosse elencado na Constituição.

Tendo em conta que muitos países, sobretudo aqueles em desenvolvimento, dadas suas precárias condições socioeconômicas não conseguem garantir satisfatoriamente muitos direitos, especialmente os de caráter social, a constitucionalização pode contribuir para que sejam entendidos e respaldados juridicamente sob uma perspectiva plausível, condizente com o contexto nacional. Ou seja, além da constitucionalização garantir status ao direito, pode contribuir para que seja formalizado sob uma perspectiva adequada à realidade do próprio país, a fim de permitir que haja condições fiáveis de ser garantido.

Nesse ponto é que reside a importância de uma análise pautada em perspectiva comparada, permitindo que verifique-se como os diferentes países pensam a respeito e tratam determinado tema ou direito, podendo contribuir para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico estatal interno. Além disso, tal exercício de análise permite identificar quais países apresentam entendi-

¹ Melo Filho, Álvaro, “Desporto Constitucionalizado”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 26, núm. 101, janeiro-março de 1989, p. 209.

mentos mais alinhavados entre si, possibilitando pensar-se na constituição de redes de discussão e construção coletiva.²

A análise do direito constitucional ao esporte em perspectiva comparada busca tentar compreender a lógica de previsão do esporte a partir do estudo e comparação das Constituições de diferentes países. Pode oferecer subsídios tanto para que se compreenda como cada Estado tem previsto o esporte e o direito ao esporte, quanto para apresentar modelos e alternativas para melhoria do texto constitucional e do exercício e garantia do direito em cada país. Em outros termos, no caso do direito ao esporte, a perspectiva comparada pode contribuir para elaboração/aperfeiçoamento de bases para políticas públicas que possam proporcionar seu exercício e garantia.

Entretanto, ainda que a temática do esporte seja abrangida por uma grande quantidade de Constituições na atualidade, nem sempre constou nos textos constitucionais. Como coloca Pachot Zambrana,³ apesar do esporte estar se consolidando desde a metade do século XX como uma das atividades sociais mais importantes, ainda não foi suficientemente compreendido sob o ponto de vista jurídico. No que diz respeito especificamente ao direito constitucional ao esporte, segundo o autor, a situação se agrava, havendo uma dívida do campo acadêmico em relação à sua dogmática ou desenvolvimento técnico-jurídico, que abrange seu estudo, entendimento e o esclarecimento de seus elementos constitutivos.

Esses elementos abrangem a natureza jurídica, a titularidade, o objeto, o núcleo essencial e os limites ao exercício do direito ao esporte. Resumidamente entende-se que a natureza jurídica é diretamente ligada às dimensões dos direitos fundamentais, sendo o fundamento jurídico encontrado na abstenção ou na ação estatal. A titularidade diz respeito àqueles que podem usufruir o direito e cobrar sua garantia dos destinatários, que são, conseqüentemente, aqueles que têm a obrigação de garantir o direito aos titulares. O objeto refere-se ao bem jurídico a ser protegido/garantido.

² Maximiliano, Carlos, *Heremênutica e aplicação do direito*, 20. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011, pp. 107-109.

³ Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte, la constitución y las normas de ordenación del deporte en Cuba*, tesis (doctorado), La Habana, Universidad de Oriente, 2008, p. 14; Pachot Zambrana, Karel Luis, “El derecho constitucional al deporte en la doctrina y el derecho comparado”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 35, julio-diciembre de 2016, p. 131.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

O núcleo essencial trata-se do mínimo de proteção/garantia, que não pode ser obstaculizado e/ou deve ser obrigatoriamente garantido pelo Estado e demais destinatários. Os limites dizem respeito às possibilidades que o Estado ou outros destinatários têm de restringir a garantia do direito.

Canan⁴ acresce à compreensão dogmática do direito ao esporte a institucionalidade e a fundamentalidade. A primeira, como apresenta Toledo,⁵ diz respeito à concretude e objetividade da norma que estabelece o direito, ou seja, ao quanto a norma informa as possibilidades de materialização do direito por parte de seus operadores, minimizando a discricionariedade. A fundamentalidade, como ensina Sarlet,⁶ divide-se em formal e material. A formal relaciona-se basicamente à previsão constitucional de um direito dentre os direitos fundamentais ratificados na Constituição de um país, com aplicabilidade imediata e impossibilidade ou elevada complexidade para ser abolido. A fundamentalidade material encontra-se em todos os valores e direitos considerados mais importantes para promoção da dignidade da pessoa humana e garantia do sistema democrático.

Na literatura, de fato foram identificados poucos estudos que abordaram a questão dogmática do direito ao esporte, nenhum antes de Pachot Zambrana⁷ apontar a dívida do setor acadêmico. Apesar de Cazorla Prieto⁸ afigurar-se como expoente autor que influencia até a atualidade as discussões sobre as relações entre Estado e esporte, questões específicas sobre a dogmática do direito ao esporte, em termos de compreensão de alguns de seus elementos constitutivos parecem terem sido inauguradas por Pachot Zambrana.⁹ De-

⁴ Canan, Felipe, “Compreendendo o direito ao esporte no Brasil – constitucionalização, teleologia e dogmática”, tese (doutorado em Educação Física), Maringá, Centro de Ciências da Saúde da Universidade Estadual de Maringá, 2018, p. 37.

⁵ Toledo, Renata Maria, *As políticas públicas e o direito “social” ao esporte: uma análise a partir do estado do Paraná (1995-2010)*, tese (doutorado), Curitiba, Setor de Ciências Humanas, da Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 20.

⁶ Sarlet, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012, p. 59.

⁷ Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, cit., trabalho completo.

⁸ Cazorla Prieto, Luis María, “Deporte y Estado”, *Revista Aranzadi de Deporte y Entretenimiento* (Monografia), Cizur Menor, 2013, trabalho completo. A versão consultada para presente pesquisa data de uma reedição de 2013, mas o original da obra é de 1979.

⁹ Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, cit., trabalho completo.

pois dele foram identificadas discussões com robustez aproximada também em Flores Fernández,¹⁰ Castilla¹¹ e Canan.¹²

Porém, há de se destacar que o próprio esporte não figura há muito tempo nas preocupações jurídicas, especialmente em âmbito constitucional, daí também resultando no pouco interesse do campo acadêmico. Explica Pachot Zambrana¹³ que

...na medida em que evoluíram as concepções ideológicas, políticas e filosóficas sobre as quais se baseiam os diferentes modelos de Estado foram positivadas nos respectivos textos constitucionais as principais questões de interesse geral e particular das sociedades, entre as quais, as de conteúdo social tomaram uma transcendência vertiginosa.

Complementa o autor¹⁴ que na grande maioria dos ordenamentos jurídicos estatais contemporâneos, a Constituição do país trata-se da norma jurídica fundamental e fundamentadora da sociedade, que busca respectivamente traduzir e regular harmonicamente necessidades e anseios sociais. Dentro desses anseios e interesses encontra-se o esporte, mas ele só tem sido abrangido com alguma representatividade após o terço final do século XX.

Independentemente se Estados mais liberais (constitucionalismo social) ou mais socialistas (constitucionalismo socialista), esferas de âmbito so-

¹⁰ Flores Fernández, Zitlally, “El contenido esencial del derecho al deporte. Perspectiva constitucional en Latinoamérica”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Sevilla, vol. 4, núm. 2, julio-diciembre de 2014, trabalho completo; Flores Fernández, Zitlally, “El derecho al deporte en México”, en Flores Fernández, Zitlally (coord.), *El derecho deportivo desde una perspectiva comparada. Los casos de España, México, Argentina, Cuba, Brasil y Mozambique*, México, Editorial Flores, 2015, trabalho completo; Flores Fernández, Zitlally, “La cultura física y la práctica del deporte en México. Un derecho social complejo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 40, enero-junio de 2019, trabalho completo.

¹¹ Castilla, Karlos, “El derecho humano a la práctica del deporte. Una propuesta desde y para la Constitución mexicana”, *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, Barcelona, vol. 3, núm. 2, 2015, trabalho completo.

¹² Canan, Felipe, *op. cit.*, trabalho completo. As discussões do presente texto, inclusive são resultados parciais e ao mesmo tempo desdobramentos dos dados apresentados pelo autor em sua tese de doutorado.

¹³ Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, *cit.*, p. 33.

¹⁴ *Idem.*

cial como o esporte, pouco concebíveis antes do Estado de bem-estar social, passaram a ser objeto de atenção pública e de textos constitucionais.¹⁵

Castilla,¹⁶ Cazorla Prieto,¹⁷ Miranda¹⁸ e Pachot Zambrana¹⁹ apontam que o esporte somente teria adquirido o status constitucional a partir da inserção de preocupações com novos direitos sociais nas Constituições, depois que necessidades básicas, tais como saúde e educação, já se encontrariam minimamente atendidas no período pós-Segunda Guerra Mundial. Na ótica dos autores o esporte teria sido constitucionalizado a partir de suas relações com a qualidade de vida.

Mais especificamente, Cazorla Prieto²⁰ e Miranda,²¹ diferenciam a introdução do esporte em Constituições de países liberais/capitalistas e socialistas/comunistas. Nos primeiros, teria se dado em decorrência e consonância a um estágio de desenvolvimento qualitativo dos países, afigurado no conjunto de liberdades e direitos característicos do Estado bem-estar social. O esporte seria um dos fatores de desenvolvimento integral dos cidadãos, complementando saúde, educação, cultura e lazer. Nos países socialistas/comunistas o esporte teria sido incorporado nas Constituições também como um elemento relacionado ao desenvolvimento integral do cidadão, mas associado à ideia de preparação do indivíduo para defesa do Sistema ou Regime. Para os autores, assim como para Pachot Zambrana,²² ainda que por caminhos distintos, os diferentes modelos político-econômicos chegaram a tratamento constitucional semelhante do esporte.

Na origem da previsão constitucional do esporte, ainda que Cazorla Prieto²³ e Miranda²⁴ apontem a Constituição da República Democrática da Alemanha de 1968 como a primeira a tratá-lo como tema específico, é possível se identificar antecedentes na Constituição de outros países, tais como Albânia (1947), Bulgária (1947), Paraguai (1967), Polônia (1952), Romênia (1965), Suíça (1874) e Uruguai (1967), que previam generica-

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Castilla, Karlos, *op. cit.*, p. 108.

¹⁷ Cazorla Prieto, Luis María, *op. cit.*, pp. 189-192.

¹⁸ Miranda, Martinho Neves, *O direito no desporto*, 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, pp. 18-22.

¹⁹ Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, *cit.*, pp. 14 e 36-42.

²⁰ Cazorla Prieto, Luis María, *op. cit.*, pp. 189-195.

²¹ Miranda, Martinho Neves, *op. cit.*, pp. 12-18.

²² Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, *cit.*, p. 33.

²³ Cazorla Prieto, Luis María, *op. cit.*, p. 192.

²⁴ Miranda, Martinho Neves, *op. cit.*, p. 13.

mente um dever do Estado frente ao desenvolvimento físico dos jovens e/ou dos cidadãos em geral, como também identificado por Pachot Zambrana.²⁵

Sobre o direito ao esporte especificamente, o primeiro indício de uma tentativa de constitucionalização encontra-se no processo constituinte da Constituição mexicana de 1917, que acabou não abarcando tal direito.²⁶ Somente no ano de 1976 é que o esporte acabou sendo constitucionalizado como direito, em Cuba (24 de fevereiro) e Portugal (2 de abril).²⁷ Pachot Zambrana²⁸ tece uma crítica à literatura, principalmente europeia, que comumente aponta a Constituição de Portugal como a primeira a reconhecer o direito ao esporte e ao mesmo tempo deprecia a Constituição cubana porque supostamente restringir-se-ia à previsão de um constitucionalismo socialista, inclusive desconsiderando sua previsão do direito ao esporte.

Tendo esse breve cenário acadêmico e histórico-social em conta, objetivou-se neste artigo identificar o perfil geral da previsão constitucional do esporte e do direito ao esporte em perspectiva comparada. Especificamente, busca-se compreender as características gerais das formas como o esporte é previsto nas Constituições de vários países, o perfil geoespacial das Constituições que preveem o esporte e o direito ao esporte e a forma como se configuram os elementos constitutivos do direito ao esporte no seio constitucional. Vale dizer, neste último caso, que busca-se traçar a dogmática do direito ao esporte a partir de uma análise sistemática das Constituições que o preveem. Com essa pesquisa objetiva-se avançar na literatura em relação ao estudo do direito ao esporte e suas formas de exercício e garantia.

II. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de uma pesquisa descritivo-exploratória de abordagem quali-quantitativa, pautada na análise de documentos. Pesquisas exploratórias ob-

²⁵ Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, cit., p. 34.

²⁶ Schmitt de Bem, Leonardo, “La constitucionalización del deporte”, en Millán Garrido, Antonio y Cervantes Liñán, Luis (dirs.), *Anuario Iberoamericano de Derecho Deportivo*, Lima, ano 2, núm. 2011, 2014, p. 70; Flores Fernández, Zitlallty, “El contenido esencial...”, cit., 2014, p. 110; Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, cit., 2008, p. 33.

²⁷ *Ibidem*, p. 37.

²⁸ *Ibidem*, p. 38.

jetivam gerar uma visão geral sobre determinado fenômeno ainda pouco explorado pela literatura. As descritivas buscam descrever características e estabelecer relações entre variáveis relacionadas a determinado fenômeno. Quando as pesquisas descritivas contribuem para que se chegue a uma nova visão sobre o objeto aproximam-se das exploratórias.²⁹

No ano de 2018 foram consultadas as Constituições de 75 países,³⁰ sendo: todos os países que preveem constitucionalmente o esporte, citados pela literatura, da qual destacam-se Bem³¹ e Pachot Zambrana,³² todos os países de língua portuguesa e ibero-americanos; todos os países nórdicos, reconhecidos pelo Estado de bem-estar social e implementação do esporte para todos; países de expressão internacional ainda não abarcados pelos demais critérios.

Em cada Constituição foram buscadas informações sobre o esporte e direito ao esporte. A busca foi feita a partir dos descritores “esport”, “físic”, “recre”, “atlet” e “ginast” tendo em vista identificar os dispositivos constitucionais que tratassem do esporte, educação física, cultura física, atividade física, exercício físico, recreação, atletismo, ginástica, entre outros termos derivados dos prefixos adotados. Para Constituições em inglês ou espanhol, procedimento semelhante foi adotado no respectivo idioma.

Além da identificação do texto sobre o esporte em si, foi identificada sua localização dentro da Constituição, no que diz respeito ao Título, Capítulo, Seção ou outro tipo de divisão. A análise quantitativa deu-se em termos de frequência absoluta e relativa, buscando-se identificar características gerais da previsão constitucional do esporte em diferentes blocos de países, em termos de padrões ou singularidades.

A análise qualitativa foi tecida exclusivamente em relação ao direito ao esporte nas Constituições que expressamente o estabelecem, em busca de se traçar um perfil dogmático, tendo como base os elementos constitutivos do direito, bem como sua institucionalidade e a fundamentalidade. O caráter qualitativo emerge neste ponto da pesquisa porque, à pesquisa comparativa quantitativa soma-se o exercício interpretativo e a tentativa de síntese, buscando identificar no texto de cada Constituição ou em padrões textuais de

²⁹ Gil, Antônio Carlos, *Métodos e técnicas de pesquisa social*, 6. ed., São Paulo, Atlas, 2008, pp. 43 e 44.

³⁰ A versão consultada de cada Constituição foi a vigente no ano de 2018, portanto com as respectivas emendas/atualizações/revisões até tal ano.

³¹ Schmitt de Bem, Leonardo, *op. cit.*, pp. 57-78.

³² Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, *cit.*, pp. 32-36.

algumas Constituições, elementos subjacentes do direito ao esporte. Em outras palavras, a partir da construção dogmática tendo como objeto os textos Constitucionais, busca-se compreender o quanto e como as Constituições informam a sociedade e os operadores do direito a respeito do exercício e da garantia do direito ao esporte, respectivamente.

Carvalho³³ explica que o exercício de análise comparada entre ordenamentos jurídicos pode afigurar-se como objeto ou como método, recebendo a denominação de direito comparado. Quando se trata do caso de um exercício comparado utilizado como método, a ele devem ser acrescidos outros instrumentos de análise, buscando-se chegar à compreensão do objeto. Na presente pesquisa não há a pretensão de adoção do direito comparado propriamente dito, mas sim de utilização de uma análise comparada em busca de conhecer o teor geral do esporte e a dogmática do direito ao esporte em seara constitucional. Daí a busca pela análise de várias Constituições e o exercício comparativo entre as mesmas, somado ao esforço interpretativo no caso específico do direito ao esporte. Dessa forma, sinteticamente, tem-se metodologicamente que o objeto de estudo é o esporte e o direito ao esporte, ao passo que o método é o comparativo somado ao interpretativo-sistemático e as fontes documentais para tal comparação são as 75 Constituições consultadas.

III. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Características gerais da previsão do esporte nas Constituições

Os 75 países componentes da amostragem são apresentados no Quadro 01, classificados em ordem alfabética e por continente.³⁴

QUADRO 1. CONSTITUIÇÕES ANALISADAS

| <i>Continente e Quantidade</i> | <i>Países</i> |
|--------------------------------|--|
| África (10) | África do Sul, Angola, Cabo Verde, Camarões, Egito, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Moçambique, Quênia, São Tomé e Príncipe. |

³³ Carvalho, Weliton, “Direito comparado-método ou ciência?”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, núm. 180, outubro-dezembro de 2008, pp. 142 e 143.

³⁴ O texto que abrange o esporte em todas as Constituições citadas no Quadro 1 pode ser encontrado em Canan, Felipe, *op. cit.*, trabalho completo.

| <i>Continente e Quantidade</i> | <i>Países</i> |
|------------------------------------|---|
| América (25) | Argentina, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Estados Unidos da América, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai, Venezuela. |
| Ásia (14) | Afeganistão, Armênia, Camboja, China, Filipinas, Hong Kong, Japão, Laos, Macau, Síria, Tibet, Timor-Leste, Turquia, Vietnam. |
| Europa (25) | Albânia, Alemanha, Andorra, Bulgária, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Islândia, Itália, Lituânia, Macedônia, Noruega, Polônia, Portugal, República Checa, Romênia, Rússia, Suécia, Suíça, Ucrânia. |
| Oceania (1) | Austrália. |

FONTE: elaboração própria.

Países componentes do Reino Unido (Inglaterra, Escócia, País de Gales e Irlanda do Norte), bem como a Nova Zelândia não compuseram a amostra porque não adotam uma Constituição formal, sendo regidos a partir da *common law*³⁵ por leis, jurisprudências e tratados internacionais. Austrália e Suécia, embora também não apresentem uma Constituição formal, são regidas por uma série de documentos que têm sido tratados como leis fundamentais.

Das 75 (100%) Constituições analisadas, 26 (34,67%) não fazem menção ao esporte ou, no máximo tecem uma previsão genérica que Estado deve possibilitar o desenvolvimento físico das pessoas, em conjunto ao mental, intelectual, cultural, etc. (África do Sul, Alemanha, Andorra, Argentina, Austrália, Canadá, Chile, Costa Rica, Dinamarca, El Salvador, Eslováquia, Estados Unidos da América, Finlândia, França, Guiana, Guiné Equatorial, Haiti, Islândia, Itália, Jamaica, Japão, Noruega, República Checa, Suécia, Timor-Leste e Vietnam). Como é uma previsão genérica considerou-se que não dizem respeito a uma previsão e tampouco regulação mínima do esporte em âmbito constitucional.

O fato da maioria das Constituições analisadas (49 no total ou 65,33% de 75) prever em alguma medida o esporte em âmbito constitucional cor-

³⁵ Diferente da *civil law* adotada pela maioria dos países, baseada na formalização de normas jurídicas em documentos escritos, especialmente a Constituição.

robora o entendimento de Pachot Zambrana³⁶ de que há uma crescente tendência internacional de valorização e relevância social do esporte.

Dos 49 países que preveem constitucionalmente o esporte de uma maneira específica ou dentro de outra temática (educação ou saúde, por exemplo), 8 (15,33%) são africanos, 16 (32,65%) americanos, 11 (22,45%) asiáticos, 14 (28,57%) europeus e nenhum (0%) é da Oceania. Como foram analisados mais países americanos e europeus do que de outros continentes, não é possível afirmar taxativamente que é nestes continentes que encontra-se o maior número de Constituições que regulam o esporte.

Entretanto, considerando que a maioria das Constituições analisadas foi selecionada a partir da literatura,³⁷ ou seja, considerando que existe um somatório histórico de esforços em se identificar quais países têm previsão do esporte em sua Constituição, é possível ao menos sugerir que é principalmente em países americanos e europeus que isso acontece. No caso da América identifica-se ainda que somente em países latino-americanos é que ocorre a constitucionalização do esporte.

Deve ficar bastante claro que, assim como explicado nos procedimentos metodológicos, ainda que esteja aqui se adotando genericamente o termo esporte, as Constituições não necessariamente o adotam ou não o fazem com exclusividade, comumente associando-o a correlatos como cultura física ou educação física.

A Tabela 1 apresenta a frequência e percentual de termos ou expressões utilizadas para referir-se às práticas física/corporais em geral nas 49 Constituições que preveem o esporte.

TABELA 1. INCIDÊNCIA DE TERMOS CORRELATOS A ESPORTE NAS CONSTITUIÇÕES

| <i>Termo ou expressão utilizado</i> | <i>Frequência e percentual</i> |
|---|--------------------------------|
| Somente esporte | 12 (24,49%) |
| Esporte e cultura física | 10 (20,41%) |
| Esporte e educação física | 7 (14,29%) |
| Esporte, educação física e recreação | 4 (8,16%) |
| Somente outros (treinamento físico, atividades atléticas, etc.) | 4 (8,16%) |

³⁶ Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, cit., pp. 14; 33-36.

³⁷ *Ibidem*, pp. 32 a 36; Schmitt de Bem, Leonardo, *op. cit.*, pp. 57-78.

| <i>Término ou expressão utilizado</i> | <i>Frequência e percentual</i> |
|--|--------------------------------|
| Esporte, cultura física e educação física | 2 (4,08%) |
| Esporte, cultura física e recreação | 2 (4,08%) |
| Esporte, cultura física, educação física e recreação | 2 (4,08%) |
| Esporte e recreação | 2 (4,08%) |
| Somente cultura física | 2 (4,08%) |
| Somente educação física | 2 (4,08%) |
| Total | 49 (100%) |

FONTE: elaboração própria.

Se a análise levar em conta somente o termo/expressão isolado percebe-se a seguinte frequência e percentagem nas 49 Constituições que preveem os esporte: 41 (83,67%) vezes esporte, 18 (36,73%) vezes cultura física, 17 (34,69%) vezes educação física e 10 (20,41%) vezes recreação. Ainda que a simples interpretação literal dos termos ou expressões não seja suficiente para indicar as especificidades da previsão do esporte em cada Constituição, serve como um primeiro ponto de análise para verificação da compreensão dada ao esporte e sua abrangência.

Como é comumente associado a outros fenômenos relativos ao movimento humano, percebe-se que o esporte tem sido perspectivado sob uma ótica estrita, ou seja, de prática corporal competitiva e regrada institucionalmente. Esta perspectiva é diferente da abrangente, que entende o esporte como sinônimo de práticas física/corporais em geral, comumente adotada nos países em que há difusão do esporte para todos.³⁸

Em relação à cultura física, Cazorla Prieto³⁹ explica que a expressão teria sido criada na URSS e depois difundida dentre os países comunistas/socialistas no início do século XX, relacionada à educação e desenvolvimento físico das pessoas e como alternativa ao esporte de competição que, naquelas localidades representava o ideal burguês surgido no capitalismo. A expressão cultura física acabaria sendo o equivalente comunista/socialista

³⁸ Ministros Europeos Responsables del Deporte, *Carta Europea del Deporte para Todos*, Universidad de Córdoba, 1975, disponível em: <https://www.uco.es/deportes/media/documentacion/Carta%20Europea%20del%20Deporte%20para%20todos.pdf>, acesso em 13 set. 2018, p. 2; Bergsgard, Nils Asle et al., *Sport Policy: a comparative analysis of stability and change*, Oxford, Elsevier, 2007, pp. 201-203.

³⁹ Cazorla Prieto, Luis María, *op. cit.*, p. 175.

lista do esporte para todos liberal/capitalista, ambos voltados à superação do esporte como prática exclusivamente voltada à competição institucionalizada. Como resultado, posteriormente, países comunistas/socialistas acabaram adotando também o termo esporte e países liberais/capitalistas acabaram adotando também a expressão cultura física.

A única Constituição que conceitua em alguma medida a cultura física é a do Equador, estabelecendo em seu Art. 381 que ela “...compreende o esporte, a Educação Física e a recreação, como atividades que contribuem para a saúde, formação e desenvolvimento integral de pessoas”. Como aponta Flores Fernández,⁴⁰ a Lei Geral de Cultura Física e Esporte de 2013 do México define, no inciso II do Art. 5, cultura física como “Conjunto de bens, conhecimentos, ideias, valores e elementos materiais que o homem tem produzido em relação ao movimento e uso do seu corpo”. No inciso I do Art. 5 estabelece a Educação Física como “O meio fundamental para adquirir, transmitir e acrescentar a cultura física”.

Pela lógica dos conceitos de esporte e cultura física, pelo teor dos textos constitucionais em geral, exemplificados pelo excerto da Constituição do Equador e mais detalhadamente no desdobramento feito pela Lei mexicana, entende-se que educação física refere-se à disciplina escolar. Nos textos constitucionais, comumente é associada diretamente à escola e/ou educação e conjugada ao termo esporte e/ou expressão cultura física, o que indica serem entendidos como instâncias/contextos de práticas físicas/corporais diferentes. Além disso, em muitos países, a Educação Física não compõe uma área de conhecimento e/ou uma profissão legalmente reconhecida para além do contexto escolar.

Esse esforço de delineamento conceitual mostra-se importante para que cada fenômeno abrangido pela Constituição não seja mal interpretado. Ao mesmo tempo serve para que o exercício comparado não trate fenômenos distintos como semelhantes ou fenômenos semelhantes como distintos. Comparar a previsão do esporte a partir de uma Constituição que teleologicamente o perspectiva em sentido estrito com outra que o concebe em sentido lato pode mostrar-se um equívoco, pois a função social esperada do esporte em cada qual possivelmente é diferente. A associação ou não do esporte a outros termos/expressões pode contribuir para se identificar

⁴⁰ Flores Fernández, Zitlally, “El derecho al deporte en México”, *cit.*, p. 57.

a abrangência daquilo que se pretende constitucionalmente das práticas físicas/corporais à sociedade.

Pela lógica da maioria dos textos constitucionais analisados, assim, o esporte é perspectivado sob uma ótica estrita de práticas físicas corporais competitivas e institucionalizadas, mas em contrapartida existe uma preocupação abrangente com práticas físicas/corporais em geral, pois é associado outro termo ou expressão na maioria das Constituições. Dito de outro modo, a regulação constitucional do esporte não se restringe ao esporte de competição, abrangendo também as práticas físicas/corporais em geral, comumente abarcadas pela expressão cultura física e tendo como principal *locus* de manifestação a educação física escolar.

Em relação às áreas de atuação estatal agregadas ao esporte identifica-se que, dentre as 49 Constituições, 17 (34,69%) relacionam-no à saúde; 17 (34,69%) à educação; 6 (12,24%) à cultura; 6 (12,24%) ao lazer; 5 (10,2%) ao código nacionalista, ou seja, ao uso do esporte como símbolo para promoção do nacionalismo; e 31 (63,27%) prevêm em algum de seus dispositivos o esporte dissociado de qualquer outra área de atuação estatal, o que representa uma maior institucionalidade e sugere uma maior legitimação social. O percentual total supera os 100% porque muitas Constituições relacionam o esporte a mais de uma área de atuação estatal. A partir desses dados verifica-se que o esporte é tanto perspectivado como meio para outros fins em busca do desenvolvimento humano integral, qualidade de vida e/ou dignidade humana, quanto como fim em si mesmo, neste caso justificado por se tratar de um patrimônio cultural historicamente construído.

Corroborando o fato de que 24 (48,98%) Constituições destinam, no mínimo, um dispositivo (título, capítulo e/ou artigo) exclusivo para prever o esporte (e não apenas um inciso ou alínea dentro de um dispositivo mais geral, relativo a algumas ou várias áreas), e 32 (65,31%) estabelecem um dever específico do Estado/poder público para desenvolvê-lo.

Dentre os 49 países que apresentam a previsão constitucional do esporte, 14 (28,67%) estabelecem expressamente o direito ao esporte (Angola, Bolívia, Brasil, Cabo Verde, Colômbia, Cuba, Egito, Equador, México, Moçambique, Nicarágua, Portugal, República Dominicana e Venezuela). Esse montante equivale também a 18,67% do total de 75 Constituições analisadas.

Pachot Zambrana⁴¹ identificou o direito ao esporte nas Constituições de Cuba, Portugal, Nicarágua, Brasil, Colômbia e Venezuela. Bem⁴² identificou nas Constituições de Bolívia, Brasil, Cabo Verde, Cuba, Moçambique, Nicarágua, Portugal, República Dominicana e Venezuela. E Flores Fernández,⁴³ referindo-se exclusivamente a Constituições de países latino-americanos, lista que o direito ao esporte encontra-se previsto no Brasil, Cuba, Colômbia, Guatemala, Nicarágua, Paraguai, Venezuela e México. A autora interpreta que Guatemala e Paraguai também estabelecem o direito ao esporte, ainda que expressamente prevejam somente o dever do Estado/poder público.

Sobre essa questão verifica-se que as 14 Constituições que preveem expressamente o direito ao esporte encontram-se no grupo das 32 que estabelecem o dever do Estado/poder público (43,75% de 32), o que significa que 18 (36,73% de 49 e 56,25% de 32) Constituições atribuem um dever de desenvolvimento do esporte para o Estado/poder público, mas não estabelecem expressamente um direito às pessoas. As demais 17 (34,69% de 49) que preveem e/ou regulam em alguma medida o esporte não estabelecem nem dever ao Estado/poder público e nem direito às pessoas.

A dicotomia entre os textos que preveem o esporte como um dever do Estado/poder público e os textos que expressamente estabelecem o esporte como direito é uma temática importante que permeia as discussões sobre o esporte no âmbito da análise comparada de Constituições. Cazorla Prieto⁴⁴ e Castilla⁴⁵ compreendem que a previsão do dever sem concomitância do direito não permite que se interprete pela existência de um direito implícito. De outro lado, Bem⁴⁶ compreende que a simples previsão constitucional de um dever do Estado é suficiente para se presumir o direito, mesmo que este não seja expressamente estabelecido. Pachot Zambrana⁴⁷ contribui para discussão do tema, mas não toma expressamente partido para algum dos lados.

⁴¹ Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, cit., pp. 14; 37 e 38.

⁴² Schmitt de Bem, Leonardo, *op. cit.*, pp. 70-78.

⁴³ Flores Fernández, Zitlally, “La cultura física...”, *cit.*, p. 187.

⁴⁴ Cazorla Prieto, Luis María, *op. cit.*, pp. 193-198.

⁴⁵ Castilla, Karlos, *op. cit.*, pp. 103 e 104.

⁴⁶ Schmitt de Bem, Leonardo, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁷ Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, cit., pp. 35 e 36; Pachot Zambrana, Karel Luis, “El derecho constitucional...”, *cit.*, pp. 124-126.

Na primeira tendência, como defende Cazorla Prieto,⁴⁸ o cidadão não é contemplado diretamente como um titular do direito, mas tão somente como um usuário dos serviços públicos, ou, em outros termos, um objeto da atividade do Estado. Assim, num exemplo hipotético, se a pessoa sentir-se prejudicada por não estar tendo acesso à prática esportiva, pode demandar juridicamente o Estado, mas este pode alegar que está cumprindo seu dever, pois que realiza diversas ações frente ao esporte (educação física escolar, financiamento da iniciativa privada, entre outros possíveis exemplos), mesmo que elas não atinjam diretamente o demandante. Como a ele não é expressamente garantido o direito constitucional, teria que aceitar que o Estado, no exemplo apresentado, estaria cumprindo com seu dever.

Na outra tendência, Bem⁴⁹ argumenta que, se a Constituição estabelece um dever ao Estado é porque existe um direito correspondente das pessoas. Fosse este o caso, no exemplo hipotético utilizado acima, a pessoa que demandasse o Estado teria direito a ganho de causa, com consequente acesso à prática esportiva garantido. Como argumento contrário à esta tendência encontra-se o fato de que não haveria necessidade de prever direitos expressamente ou, inversamente, caso o direito fosse previsto não haveria a necessidade de prever deveres ao Estado/poder público.

Adota-se neste artigo a compreensão de que a discussão, no fundo, passa a questão da fundamentalidade. Além de cumprir com os quesitos da fundamentalidade formal, tem-se a impressão de que uma previsão expressa do direito garante ao esporte também uma maior fundamentalidade material do que ocorre com a simples previsão do dever do Estado/poder público. Uma potencialidade de exigência da pessoa frente ao Estado seria indubitavelmente maior no caso de haver um direito expresso e aumentaria se, em conjunto ao direito dos titulares fosse estabelecido o dever do Estado e/ou de outros destinatários.

Sobre a questão da fundamentalidade, inclusive, verifica-se que, de todos os 49 países que preveem constitucionalmente o esporte, 33 (67,35%) o fazem dentro do título ou capítulo destinado à previsão e/ou estabelecimento de direitos. Das 32 que preveem o dever do Estado/poder público para com o esporte, 22 (44,9% de 49 ou 68,75% de 32) o enquadram no título/capítulo específico para estabelecer direitos. Se considerados somente os 14 países que estabelecem expressamente o direito ao esporte,

⁴⁸ Cazorla Prieto, Luis María, *op. cit.*, pp. 193-198.

⁴⁹ Schmitt de Bem, Leonardo, *op. cit.*, p. 59.

13 (26,53% de 49, 40,63% de 32 ou 92,86% de 14) tratam deste direito no título ou capítulo relativo à previsão e/ou estabelecimento de direitos, sendo a única exceção o Brasil.

Deve-se ponderar que a forma como cada país organiza sua Constituição e como interpreta os direitos fundamentais varia. Em algumas Constituições, por exemplo, direitos sociais ou culturais são previstos como parte dos direitos fundamentais, ao passo que em outras são previstos à parte. Concorde-se com Bem,⁵⁰ quando afirma que o fato de Constituições albergarem o esporte no título/capítulo dedicado ao estabelecimento de direitos não significa obrigatoriamente que o tratem como um direito, se não for assim expressamente estabelecido.

Em relação à fundamentalidade material, ainda que os textos das Constituições que preveem expressamente o direito ao esporte comumente sejam mais completos e complexos, com maior institucionalidade, existem exceções. As Constituições de Egito e México, por exemplo, preveem sucintamente o direito e pouco oferecem diretrizes sobre como garanti-lo. A Constituição do Brasil, embora relativamente abrangente em relação ao esporte mostra-se confusa em relação à natureza do direito e especialmente às formas de garanti-lo.

A Constituição da Guatemala, a contrário, não prevê o direito, mas, em compensação é a única que estabelece um percentual mínimo de destinação de fundos públicos para o esporte, na ordem de 3%. O montante deve ser destinado para os organismos esportivos privados, educação física escolar, esporte escolar, recreação e esporte não federado, seguindo percentuais estabelecidos pela própria Constituição. Os organismos esportivos privados gozam ainda de isenção fiscal.

A Constituição de Filipinas, embora também na preveja o direito e não se mostre tão concreta quanto a da Guatemala, apresenta um texto coerente, que informa as bases do desenvolvimento esportivo nacional, mencionando o Estado deve contribuir para promoção de variados contextos esportivos, como a educação física escolar, ligas esportivas, esportes amadores e treinamento para competições internacionais. Determina ainda que instituições educacionais devem estabelecer parcerias com clubes e entidades diversas para garantir a promoção de práticas esportivas regulares.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 66.

Ao passo que a maioria das Constituições trata o esporte sob uma perspectiva de democratização, ou seja, de criação/ampliação do acesso das pessoas em geral à prática esportiva, 6 (12,24%) expressamente abrem precedentes para intervenção/fomento estatal ao esporte de elite, que pode gerar representação nacional, mas é destinado à expressiva minoria da população (Brasil, Equador, Guatemala, Paraguai, República Dominicana e Venezuela). Inclusive, somente Equador e Paraguai especificam que o financiamento do esporte de elite destina-se à representação nacional em competições internacionais. Filipinas e Egito não mencionam o esporte de elite, mas determinam respectivamente a promoção do treinamento para competições internacionais e o dever estatal de descobrir e patrocinar atletas talentosos.

Em relação exclusivamente aos 14 países que estabelecem expressamente o direito ao esporte em suas Constituições, a partir de uma análise da configuração geoespacial tem-se que, no tocante à divisão continental, 4 são africanos (28,57%), 9 americanos (64,29%) e 1 europeu (7,14%). Em relação ao idioma, 5 (35,71%) são de língua portuguesa (Angola, Brasil, Cabo Verde, Moçambique e Portugal), 8 (57,14%) são de língua espanhola (Bolívia, Colômbia, Cuba, Equador, México, Nicarágua, República Dominicana e Venezuela) e 1 (7,14%) é de outro idioma (Egito). Identifica-se que o direito constitucional ao esporte é mais prevalente em países americanos e de língua espanhola.

Se levados em conta os blocos culturais de países, tem-se que dentre os 22 países da Organização de Estados Ibero-americanos (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Espanha, Guatemala, Guiné Equatorial, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, República Dominicana, Uruguai e Venezuela), o direito ao esporte é previsto em 10, o que corresponde a 45,45% dos 22 ou 71,43% dos 14. Dentre os 20 países latino-americanos (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai, Venezuela), o direito ao esporte é previsto em 9, o que corresponde a 45% dos 20 ou 64,29% dos 14. E dentre os 9 países da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste)

o direito ao esporte é previsto em 5, o que corresponde a 55,56% dos 9 ou 35,71% dos 14.

Pachot Zambrana⁵¹ e Castilla⁵² apontam que o direito ao esporte encontra-se majoritariamente previsto em Constituições de países latino-americanos. Entretanto, pelos dados elencados identifica-se que, em termos absolutos o maior contingente encontra-se em países ibero-americanos e não somente latino-americanos e, em termos relativos/percentuais sobressaem-se os países de língua portuguesa. Ou seja, dentro dos blocos culturais de países, o que tem maior percentual de Constituições que estabelecem o direito ao esporte em relação ao total de países do bloco é o de língua portuguesa.

Essa prevalência do direito constitucional ao esporte em países de origem/colonização/cultura espanhola e portuguesa pode ser explicada por vários fatores, tais como similaridades sócio-jurídico-político-econômicas, idioma, influência dos textos de Cuba (1976a) e Portugal (1976a) que inauguraram previsões amplas do esporte e do direito ao esporte, e até mesmo a repercussão e difusão da obra de Cazorla Prieto,⁵³ multicitada e reproduzida na literatura em espanhol e português da área. O caráter de *common law* em países de origem anglo-saxã também pode ser um fator explicativo para maior prevalência do direito constitucional ao esporte em países ibero-americanos e/ou de língua portuguesa. Importante destacar que naqueles países, ainda que seja pouco comum a adoção de uma Constituição escrita/formal e que, portanto, não haja previsão formal do direito ao esporte, existe grande difusão do esporte para todos, ou seja, de uma plataforma política de universalização, popularização e/ou democratização das práticas físicas/corporais.⁵⁴

IV. A DOGMÁTICA DO DIREITO AO ESPORTE EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL

A partir da identificação de questões gerais sobre o esporte e especialmente sobre o direito ao esporte em sede constitucional, é possível se esta-

⁵¹ Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, *cit.*, pp. 35, 82 e 102.

⁵² Castilla, Karlos, *op. cit.*, pp. 102, 104, 123 e 125.

⁵³ Cazorla Prieto, Luis María, *op. cit.*, trabalho completo.

⁵⁴ Bergsgard, Nils Asle *et al.*, *op. cit.*, pp. 201-242.

belecer o exercício jurídico-interpretativo de construção dogmática. Para que o exercício dogmático realizado possa ficar mais visível e concreto apresenta-se no quadro 2 o texto sobre o direito ao esporte em todas as Constituições que expressamente o estabelecem.

QUADRO 2. TEXTOS SOBRE O DIREITO AO ESPORTE NAS
CONSTITUIÇÕES QUE O ESTABELECEM

| <i>País</i> | <i>Texto constitucional sobre o direito ao esporte</i> |
|-------------|---|
| Angola | <p>Título II - Direitos e Deveres Fundamentais. Capítulo II - Direitos, Liberdades e Garantias Fundamentais. Seção II - Garantia dos Direitos e Liberdades Fundamentais. Capítulo III - Direitos e Deveres Econômicos, Sociais e Culturais.</p> <p>Artigo 79 (Direito ao ensino, cultura e desporto) - 1. O Estado promove o acesso de todos à alfabetização, ao ensino, à cultura e ao desporto, estimulando a participação dos diversos agentes particulares na sua efetivação, nos termos da lei. 3. A iniciativa particular e cooperativa nos domínios do ensino, da cultura e do desporto exerce-se nas condições previstas na lei.</p> <p>Artigo 81 (Juventude) - 1. Os jovens gozam de proteção especial para efetivação dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, nomeadamente: d) na educação física e no desporto.</p> |
| Bolívia | <p>Primeira Parte - Bases Fundamentais do Estado - Direitos, Deveres e Garantias. Título III - Direitos Fundamentais e Garantias. Capítulo Sexto - Educação, Interculturalidade e Direitos Culturais. Seção V - Esporte e Recreação.</p> <p>Artigo 104 - Toda pessoa tem direito ao esporte, à cultura física e à recreação. O Estado garante o acesso ao esporte sem distinção de gênero, idioma, religião, orientação política, localização territorial, classe (pertencimento) social, cultural ou qualquer outro tipo.</p> <p>Artigo 105 - O Estado promoverá, por meio de políticas de educação, recreação e saúde pública, o desenvolvimento da cultura física e da prática esportiva em seus níveis preventivo, recreativo, formativo e competitivo, com especial atenção às pessoas com deficiência. O Estado garantirá os meios e os recursos econômicos necessários para sua efetividade.</p> |

| | |
|------------|---|
| Brasil | <p>Título VIII - Da Ordem Social. Capítulo III - Da Educação, da Cultura e do Desporto. Seção III - Do Desporto.</p> <p>Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:</p> <p>I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;</p> <p>II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;</p> <p>III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;</p> <p>IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.</p> <p>§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.</p> |
| Cabo Verde | <p>Parte II – Direitos e Deveres Fundamentais. Título III - Direitos e Deveres Econômicos, Sociais e Culturais.</p> <p>Artigo 80º (Direito à cultura física e ao desporto) - 1. A todos é reconhecido o direito à cultura física e ao desporto. 2. Para garantir o direito à cultura física e ao desporto, aos poderes públicos em colaboração com as associações, coletividades desportivas, escolas e demais agentes desportivos incumbe designadamente: a) Estimular a formação de associações e coletividades desportivas; b) Promover a infra-estruturação desportiva do país; c) Estimular, orientar e apoiar a prática e a difusão da cultura física e do desporto; d) Prevenir a violência no desporto.</p> |
| Colômbia | <p>Título II - Dos Direitos, Garantias e Deveres. Capítulo 2 - Dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.</p> <p>Artigo 52 - O exercício do esporte, suas manifestações recreativas, competitivas e autóctones têm como função a formação integral das pessoas, preservar e desenvolver uma melhor saúde no ser humano. O esporte e a recreação fazem parte da educação e constituem um gasto público social. Se reconhece o direito de todas as pessoas à recreação, à prática esportiva e ao aproveitamento do tempo livre. O Estado fomentará essas atividades e inspecionará, monitorará e controlará as organizações esportivas e recreativas cuja estrutura e propriedade deverão ser democráticas.</p> |

| | |
|-------|---|
| Cuba | <p>Capítulo I. Fundamentos Políticos, Sociales e Econômicos do Estado.</p> <p>Artigo 9 - O Estado: b) como poder do povo, ao serviço do próprio povo, garante: 6. Que não haja pessoa que não tenha acesso ao estudo, à cultura e ao esporte;</p> <p>Capítulo V - Educação e Cultura.</p> <p>Artigo 39 - Em sua política educacional e cultural [o Estado] adere aos seguintes postulados: c. promover a educação patriótica e a formação comunista das novas gerações e a preparação de crianças, jovens e adultos para a vida social. Para realizar este princípio, combina-se a educação geral... com... educação física, esporte... O Estado guia, fomenta e promove a cultura física e o esporte em todas as suas manifestações como meio de educação e contribuição para a formação integral dos cidadãos;</p> <p>Capítulo VII - Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais.</p> <p>Artigo 52 - Todos têm direito à educação física, ao esporte e à recreação. O gozo deste direito é garantido pela inclusão do ensino e da prática da educação física e do esporte nos planos de estudo do sistema nacional de educação; e pela amplitude da instrução e dos meios colocados à disposição do povo, que facilitem a prática massiva do esporte e da recreação.</p> |
| Egito | <p>Capítulo Três - Direitos públicos, Liberdades e Deveres.</p> <p>Artigo 84 (Esporte) - O estado garante o direito de todos de praticarem esportes físicos. As instituições do Estado e a sociedade devem trabalhar para descobrir e patrocinar atletas talentosos e tomar as medidas necessárias para incentivar a prática do esporte.</p> |

| | |
|------------|---|
| Equador | <p>Título II – Direitos. Capítulo Dois - Direitos de Bem Viver. Quarta Seção - Cultura e Ciência.</p> <p>Art. 24- As pessoas têm direito à recreação e lazer, à prática esportiva e ao tempo livre.</p> <p>Sétima Seção – Saúde.</p> <p>Art. 32 - A saúde é um direito garantido pelo Estado, cuja realização está ligada ao exercício de outros direitos, incluindo o direito à... cultura física...</p> <p>Capítulo Sexto - Direitos de Liberdade.</p> <p>Art. 66- Se reconhece a garante às pessoas: 2. O direito a uma vida digna, que assegura... cultura física...</p> <p>Título VII - Regime de Bem Viver. Capítulo Primeiro - Inclusão e Equidade. Seção Seis - Cultura Física e Tempo Livre.</p> <p>Art. 381 - O Estado protegerá, promoverá e coordenará a cultura física, que compreende o esporte, a educação física e a recreação, como atividades que contribuem para a saúde, formação e desenvolvimento integral de pessoas; impulsionará o acesso em massa ao esporte e a atividades esportivas ao nível formativo, de vizinhança e paroquial; patrocinará a preparação e participação de atletas em competições nacionais e internacionais, que incluem os Jogos Olímpicos e Paralímpicos; e fomentará a participação de pessoas com deficiência. O Estado garantirá os recursos e a infra-estrutura necessários para estas atividades. Os recursos se sujeitarão ao controle estatal e prestação de contas e deverão ser distribuídos de forma equitativa.</p> |
| México | <p>Título Primeiro. Capítulo I - Dos Direitos Humanos e suas Garantias.</p> <p>Artigo 4 - Toda pessoa tem direito à cultura física e à prática do esporte. O Estado é responsável pela sua promoção, fomento e estímulo de acordo com as leis sobre o assunto.</p> |
| Moçambique | <p>Título III - Direitos, Deveres e Liberdades Fundamentais. Capítulo V - Direitos e Deveres Econômicos, Sociais e Culturais.</p> <p>Artigo 93 (Cultura física e desporto) - 1. Os cidadãos têm direito à educação física e ao desporto. 2. O Estado promove, através das instituições desportivas e escolares, a prática e a difusão da educação física e do desporto.</p> |

| | |
|----------------------|---|
| Nicarágua | <p>Título IV - Derechos, Deberes e Garantías do Povo. Capítulo III. Derechos Sociales.</p> <p>Artigo 65 - Os nicaraguenses têm direito ao esporte, à educação física, à recreação e ao lazer. O Estado impulsione a prática do esporte e da educação física, por meio da participação organizada e massiva do povo, para a formação integral dos nicaraguenses. Isso será feito com programas e projetos especiais.</p> |
| Portugal | <p>Capítulo II - Direitos e Deberes Sociais.</p> <p>Artigo 64.º (saúde) - 2. O direito à proteção da saúde é realizado: B) ...pela promoção da cultura física e desportiva...</p> <p>Artigo 70.º (juventude) - 1. Os jovens gozam de proteção especial para efetivação dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, nomeadamente: D) na educação física e no desporto;</p> <p>Capítulo III - Direitos e Deberes Culturais.</p> <p>Artigo 79.º (cultura física e desporto) - 1. Todos têm direito à cultura física e ao desporto. 2. Incumbe ao Estado, em colaboração com as escolas e as associações e coletividades desportivas, promover, estimular, orientar e apoiar a prática e a difusão da cultura física e do desporto, bem como prevenir a violência no desporto.</p> |
| República Dominicana | <p>Título II - Dos Derechos, Garantías e Deberes Fundamentales. Capítulo I - De Derechos Fundamentales. Sección III - Dos Derechos Culturais e Esportivos.</p> <p>Artigo 65 - Derecho ao esporte. Toda pessoa tem direito à educação física, ao esporte e à recreação. Cabe ao Estado, em colaboração com centros de ensino e organizações esportivas, fomentar, incentivar e apoiar a prática e difusão dessas atividades. Para tanto: 1) O Estado assume o esporte e a recreação como política pública de educação e saúde e garante a educação física e o esporte escolar em todos os níveis do sistema educacional, de acordo com a lei; 2) A lei fornecerá recursos, estímulos e incentivos para a promoção do esporte para todos e todas, a atenção integral aos esportistas, o apoio ao esporte de alta competição, aos programas e atividades esportivas no país e no exterior.</p> |

| | |
|-----------|---|
| Venezuela | Título III - Dos Deveres, Direitos Humanos e Garantias. Capítulo VI - Dos Direitos Culturais e Educacionais. Artigo 111 - Todas as pessoas têm direito ao esporte e à recreação como atividades que beneficiam a qualidade da vida individual e coletiva. O Estado assumirá o esporte e a recreação como política de educação e saúde pública e garantirá os recursos para sua promoção. A educação física e o esporte desempenham um papel fundamental na formação integral de crianças e adolescentes. Seu ensino é obrigatório em todos os níveis da educação pública e privada até o ciclo diversificado, com as exceções que estabeleça a lei. O Estado garantirá atenção integral aos e as esportistas sem discriminação, bem como apoio ao esporte de alta competição e à avaliação e regulamentação de entidades esportivas do setor público e privado, de acordo com a lei. A lei estabelecerá incentivos e estímulos às pessoas, instituições e comunidades que promovam os e as atletas e desenvolvam ou financiam planos, programas e atividades esportivas no país. |
|-----------|---|

FONTE: Constituições consultadas. Elaboração: os autores.

O exercício dogmático não desconsidera que existem diferenças entre as Constituições e os países, mas busca identificar padrões relativos a cada elemento constitutivo do direito ao esporte, o que não significa deixar de apontar singularidades. Ao mesmo tempo, o padrão não significa que 100% das Constituições se encaixam, mas ao menos a maioria delas ao menos se aproxima dele.

Em relação ao destinatário percebe-se uma maior incidência do poder público do que exclusivamente do Estado. Parece existir uma tendência de o Estado deixar de assumir com exclusividade a responsabilidade pelo desenvolvimento do direito ao esporte, passando a dividi-la com instituições esportivas privadas e escolares, como pode ser identificado em 7 (50%) Constituições (Cabo Verde, Colômbia, Egito, Moçambique, Portugal, República Dominicana e Venezuela). Nesses casos, é interessante que haja no ordenamento jurídica do cada país uma lei que defina mais especificamente as responsabilidades de cada destinatário, evitando que uns desresponsabilizem-se perante os outros.

No caso brasileiro, atribui-se dever exclusivamente ao Estado, que, além disso, garante autonomia às instituições esportivas privadas, mas não

as responsabiliza frente ao desenvolvimento do esporte e tampouco do direito ao esporte.

No que diz respeito aos titulares identifica-se que há um padrão de abrangência de todas as pessoas, embora haja especial atenção ao público infante-juvenil, atendido predominantemente pela educação física escolar. Nas Constituições que preveem o esporte de elite, a titularidade acaba abrangendo também os atletas que dele fazem parte. Neste caso, contudo, como sugere Castilla,⁵⁵ a característica do direito é diferenciada, relacionando-se mais a direitos trabalhistas do que ao direito à prática esportiva propriamente dita.

O objeto do direito ao esporte no seio da análise comparada, como adverte Pachot Zambrana,⁵⁶ não é e nem pode ser simplesmente o esporte, sem que haja uma especificação mínima sobre seu conceito ou sua abrangência. O autor menciona a primeira diferenciação entre direito à prática esportiva e direito de acesso à prática esportiva. No primeiro caso, o direito é essencialmente de primeira dimensão, de liberdade, ao passo que no segundo caso o direito é de segunda dimensão, de caráter social, exigindo prestações por parte do Estado e/ou outros destinatários.

Num esforço de interpretação das Constituições aloca-se em ambas as possibilidades, abrangendo, no caso do direito à prática esportiva, a garantia de liberdade de prática e, no caso do direito de acesso à prática esportiva, essencialmente a oferta de educação física escolar e do esporte para todos ou cultura física, isto é, da prática física/corporal/esportiva não necessariamente competitiva por todas as pessoas. Além da previsão especial de garantia ao público infante-juvenil e à comum citação de escolas como *locus* de exercício e garantia do direito ao esporte, sua associação às expressões cultura física e educação física contribui para este entendimento. De uma forma geral, assim, o objeto do direito ao esporte em seara constitucional comparada basicamente abrange a possibilidade de acesso de todas as pessoas às práticas físicas/corporais em geral.

Especificamente em relação ao esporte de elite verifica-se que é pouco prevalente nas Constituições e, por ser destinado a poucas pessoas não é abrangido pelo direito. Ainda que componha um dever do Estado nas Constituições que o preveem e que em alguma medida encontre-se inserido na ideia de esporte para todos/cultura física, o fato de ser pouco

⁵⁵ Castilla, Karlos, *op. cit.*, p. 114.

⁵⁶ Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, *cit.*, p. 43.

previsto não permite que seja enquadrado como objeto do direito ao esporte tendo-se em conta a perspectiva comparada. Ou seja, representa uma singularidade e não um padrão.

Tendo em vista a abrangência quase sem limitação do objeto e levando-se em conta as limitações de caráter socioeconômico de muitos países, especialmente no sentido de reserva do possível que por si só impediria a garantia incontestada do direito ao esporte, a identificação do núcleo essencial torna-se indispensável.

Percebe-se, assim, que o núcleo essencial encontra-se na liberdade/autonomia de prática e associação, obrigatoriedade da educação física escolar e na geração de facilidades ao acesso de todos à prática esportiva e cultura física. Essas facilidades de acesso não significam necessariamente a oferta de serviços (ainda que possam abrangê-los), estando mais relacionadas à disposição de equipamentos às pessoas. Isso pode ser observado nas Constituições de Cuba, República Dominicana e Venezuela, que estabelecem a obrigatoriedade da educação física escolar em todo o ciclo escolar; do Brasil que prioriza o esporte educacional; e de Cabo Verde, Cuba, Equador e República Dominicana, que prevêm expressa e objetivamente o dever do Estado frente à infraestrutura e desenvolvimento do esporte para todos/cultura física. As demais Constituições ainda que não tão expressa ou expressivamente, dão indícios a respeito, transformando em padrão aquilo que encontra-se claro nas citadas. Pachot Zambrana,⁵⁷ a exemplo do que foi anteriormente apresentado, embora não especifique objetivamente o núcleo essencial, também identifica que perpassa uma dimensão abstencionista e outra prestacional por parte do Estado/poder público.

Os limites do direito são estritamente relacionados ao ordenamento constitucional e jurídico como um todo de cada país, de forma que é difícil apontá-los num exercício de direito comparado. Entretanto, tendo em vista o padrão identificado como núcleo essencial, pode-se inferir que os limites do direito ao esporte a partir da perspectiva comparada abrangem quaisquer ações que não contrariem a liberdade de prática e associação, a obrigatoriedade da educação física escolar e a criação de condições mínimas de infraestrutura para prática do esporte para todos/cultura física.

A institucionalidade, a exemplo dos limites, depende muito de cada ordenamento jurídico específico, especialmente de caráter infraconstitucional. Embora também não seja plenamente possível de ser identificada em

⁵⁷ *Ibidem*, p. 43.

uma análise de caráter constitucional comparado, identifica-se um norte objetivo para as formas de garantia e exercício do direito ao esporte nas Constituições de Bolívia, Cabo Verde, Colômbia, Cuba, Equador, Portugal, República Dominicana e Venezuela. Merece menção as Constituições de Guatemala e Filipinas, como anteriormente discutido, que, mesmo não prevendo o direito ao esporte são bastante informativas quanto às formas de cumprimento do dever do Estado.

Em Cuba, possivelmente a Constituição com maior institucionalidade em relação ao direito ao esporte, identifica-se um perspectiva sistêmica semelhante à apontada por Canan, Lacerda e Starepravo⁵⁸ em análise a documentos internacionais.⁵⁹ Nessa perspectiva, sumariamente, o Estado/poder público deve garantir a obrigatoriedade da educação física escolar e gerar a instrução e meios/estruturas para prática esportiva da população em geral, visando contribuir para seu desenvolvimento integral. Ou seja, as pessoas devem ter acesso ao conhecimento e às vivências físicas/esportivas na educação física escolar, com intuito de que sejam incorporados como hábito, ao mesmo tempo em que precisam ser criadas condições de manutenção e incentivo a esse hábito por meio da disponibilização de condições estruturais. A Constituição da República Dominicana também aproxima-se dessa perspectiva. As Constituições de Bolívia, Cabo Verde, Colômbia, Equador, Portugal e Venezuela mantêm em alguma medida o padrão, mas mostram-se menos objetivas em relação às formas de cumprimento do dever do Estado, enfatizando, cada uma, mais a educação física escolar ou mais o esporte para todos/cultura física.

No que diz respeito à natureza jurídica do direito verifica-se que o esporte enquadra-se como direito individual no que diz respeito à liberdade de prática e de associação para prática e como direito social, principalmente porque relaciona-se com um sentido lato de educação (que ultrapassa o

⁵⁸ Canan, Felipe; Cabral Lacerda, Paulo José e Starepravo, Fernando Augusto, “Direito ao esporte em documentos internacionais”, *Congresso Brasileiro de Ciências do Esporte, XX e Congresso Internacional de Ciências do Esporte*, Goiânia, Universidade Federal de Goiás, 2017, pp. 2950 e 2951.

⁵⁹ Os autores analisaram vários documentos inscritos na origem institucional do direito ao esporte, dos quais destaca-se a Carta Europeia de Esporte para Todos de 1975 (Ministros Europeos Responsables del Deporte, *op. cit.*, documento completo) e a Carta Internacional da Educação Física e do Esporte de 1978 (United Nations Educational, Scientific And Cultural Organization, *International Charter of Physical Education and Sport*, Paris, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 1978, documento completo).

ensino formal), sendo compreendido, dentro de uma lógica de educação permanente, como um meio de formação integral e valorização das pessoas. Além disso, em 10 (71,43%) Constituições, o esporte é previsto no título/capítulo/seção destinado a estabelecer direitos sociais e/ou culturais, elencando-se, neste caso, no grupo dos direitos fundamentais de segunda dimensão, formado pelos direitos econômicos, sociais e culturais. Assim, independentemente ser adotado em cada Constituição como direito social ou cultural, insere-se no grupo dos direitos de segunda dimensão, genericamente tratados como direitos sociais.

Dentre as demais Constituições, a do Brasil prevê o direito ao esporte na Ordem Social, Egito nos Direitos Públicos, Equador nos Direitos de Bem Viver e México nos Direitos Humanos. Sendo assim, ao menos Brasil e Equador também estabelecem uma relação direta entre esporte e direitos sociais. Esse padrão vai ao encontro do observado por Castilla,⁶⁰ Cazorla Prieto,⁶¹ Miranda⁶² e Pachot Zambrana,⁶³ de que o esporte seria um novo direito social.

Em relação à fundamentalidade percebe-se que 13 (92,86%) das Constituições, exceto o Brasil, preveem o direito ao esporte dentro de algum título/capítulo relativo à previsão de direitos, ainda que não necessariamente de direitos sociais. Isto leva a compreensão de que em tais países o direito ao esporte goza de fundamentalidade formal ou, ao menos, aproxima-se dela, vez que o funcionamento constitucional relativo a cláusulas pétreas, emendas e modificações de caráter geral não foi objeto de estudo deste artigo. Ou seja, não é possível afirmar que em todas as Constituições o esporte apresenta fundamentalidade formal porque a lógica de cada qual é diferente das demais. Mas o fato de na maioria das Constituições o direito ao esporte estar inscrito no título/capítulo destinado ao estabelecimento de direitos, que normalmente é matéria cujo retrocesso é obstaculizado sugere que tal fundamentalidade exista.

A amplitude dada ao direito por parte das Constituições que expressamente o estabelecem, normalmente a partir de um dispositivo próprio e também associado a outros direitos e/ou áreas de atuação estatal indica também fundamentalidade material. Especialmente no caso de Brasil, Egito,

⁶⁰ Castilla, Karlos, *op. cit.*, pp. 108 e 110.

⁶¹ Cazorla Prieto, Luis María, *op. cit.*, pp. 189-192.

⁶² Miranda, Martinho Neves, *op. cit.*, pp. 18-22.

⁶³ Pachot Zambrana, Karel Luis, *El derecho al deporte...*, *cit.*, pp. 14, 36-42.

Nicarágua e México, que tratam o tema do direito ao esporte com bastante superficialidade a fundamentalidade material é menos visível. Canan e Starepravo⁶⁴ e Flores Fernández⁶⁵ também identificam falta de concretude na Constituição brasileira e mexicana, respectivamente.

Além disso, apesar da maioria das 14 Constituições que expressamente estabelecem o direito, além de fazê-lo, apresentarem também um texto com significativa institucionalidade, o fato das 14 representarem apenas 18,67% de todas as 75 Constituições analisadas ou 28,57% das 49 que preveem o esporte sugere que em termos gerais, o direito ao esporte ainda goza de pouca fundamentalidade formal e material quando levado em conta o âmbito comparado.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em conta o objetivo da pesquisa verificou-se que, na perspectiva comparada, o esporte é previsto na maioria das Constituições, ao passo que o direito ao esporte é estabelecido pela minoria delas. Entretanto, das Constituições que preveem o esporte, a maioria estabelece um dever ao Estado/poder público em relação ao seu desenvolvimento.

Países dos blocos culturais ibero-americanos de língua portuguesa destacam-se no que diz respeito à complexidade e completude dos textos sobre o esporte e direito ao esporte. Este último, na realidade é estabelecido expressamente quase que exclusivamente nesses blocos.

Em relação ao direito ao esporte e em busca de oferecer subsídios para superação da carência da literatura a respeito, principalmente no que diz respeito à identificação de possibilidades concretas para seu exercício e garantia, verificou-se que não se restringe ao esporte em sentido estrito, de competição institucionalizada. Abrange também as práticas físicas/corporais em geral, sendo seu principal contexto de manifestação a educação física escolar. Em outras palavras o direito ao esporte, que na realidade é um direito às práticas físicas/corporais, comumente abarcadas pelo conceito de cultura física ou esporte para todos é especialmente garantido e exercido por meio da educação física escolar. Esta é a principal obrigação

⁶⁴ Canan, Felipe e Starepravo, Fernando Augusto, “Problematizando o direito ao esporte”, *Congresso Sulbrasileiro de Ciências do Esporte*, Criciúma, Universidade do Extremo Sul Catarinense, 2016, pp. 7-11.

⁶⁵ Flores Fernández, Zitlally, “La cultura física...”, *cit.*, pp. 187 e 188.

prestacional do poder público e outros destinatários parceiros em relação ao direito ao esporte.

Em complemento, cabe ao poder público e demais destinatários não apenas a garantia de liberdade de prática e associação para prática esportiva, mas também a disponibilização de meios para tal, em forma eminentemente de infraestrutura. Serviços esportivos para além da educação física escolar não são impossibilitados, mas não compõem o padrão principal identificado como núcleo essencial do direito ao esporte em sede constitucional.

Tem-se clareza que cada país apresenta suas peculiaridades em termos sociais, políticos, econômicos, culturais e jurídicos, somente sendo possível uma certeza a respeito da previsão do esporte e do direito ao esporte em âmbito constitucional a partir da análise da própria Constituição. Não obstante, a identificação de padrões presentes em âmbito comparado como os aqui apresentados pode contribuir para o aperfeiçoamento do ordenamento constitucional de cada país sobre a temática. Além disso, o exercício comparativo permitiu identificar quais países têm mostrado um pensamento convergente em relação ao direito ao esporte.

No caso específico identificou-se que países de língua espanhola e portuguesa têm entendido a relação entre Estado e esporte sob uma perspectiva semelhante, o que sugere a possibilidade de pensarem políticas esportivas, especialmente no que diz respeito à educação física escolar e à infraestrutura esportiva, em conjunto. Estudos futuros que busquem tecer uma comparação entre uma Constituição específica e outras, em relação ao esporte e direito ao esporte, podem agregar à compreensão da temática.

VI. REFERÊNCIAS

- BERGSGARD, Nils Asle *et al.*, *Sport Policy: a comparative analysis of stability and change*, Oxford, Elsevier, 2007.
- CANAN, Felipe, *Compreendendo o direito ao esporte no Brasil. Constitucionalização, teleologia e dogmática*, tese (doutorado), Maringá, Universidade Estadual de Maringá, 2018.
- CANAN, Felipe *et al.*, “Direito ao esporte em documentos internacionais”, *Congresso Brasileiro de Ciências do Esporte, XX e Congresso Interna-*

- cional de Ciências do esporte*, Goiânia, Universidade Federal de Goiás, 2017.
- CANAN, Felipe e STAREPRAVO, Fernando Augusto, “Problematizando o direito ao esporte”, *Congresso Sulbrasileiro de Ciências do Esporte*, Criciúma, Universidade do Extremo Sul Catarinense, 2016.
- CARVALHO, Weliton, “Direito Comparado-Método ou ciência?”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, núm. 180, outubro-dezembro de 2008.
- CASTILLA, Karlos, “El derecho humano a la práctica del deporte. Una propuesta desde y para la Constitución mexicana”, *Fair Play. Revista de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*, Barcelona, vol. 3, núm. 2, 2015.
- CAZORLA PRIETO, Luis María, “Deporte y Estado”, *Revista Aranzadi de Deporte y Entretenimiento* (Monografía), Cizur Menor, 2013.
- FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally, “El Contenido esencial del Derecho al Deporte. Perspectiva constitucional en Latinoamérica”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Sevilla, vol. 4, núm. 2, julio-diciembre de 2014.
- FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally, “El derecho al deporte en México”, em FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally (coord.), *El derecho deportivo desde una perspectiva comparada. Los casos de España, México, Argentina, Cuba, Brasil e Mozambique*, México, Editorial Flores, 2015.
- FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally, “La cultura física y la práctica del deporte en México. Un derecho social complejo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 40, enero-junio de 2019.
- GIL, Antônio Carlos, *Métodos e técnicas de pesquisa social*, 6a. ed., São Paulo, Atlas, 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 20a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2011.
- MELO FILHO, Álvaro, “Desporto Constitucionalizado”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 26, núm. 101, janeiro-março de 1989.
- MINISTROS EUROPEOS RESPONSABLES DEL DEPORTE, *Carta Europea del Deporte para Todos*, Universidad de Córdoba, 1975, disponible en: <https://www.uco.es/deportes/media/documentacion/Carta%20Europea%20del%20Deporte%20para%20todos.pdf>, acceso em 13 set. 2018.

- MIRANDA, Martinho Neves, *O direito no desporto*, 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- PACHOT ZAMBRANA, Karel Luis, *El derecho al deporte, la Constitución y las normas de ordenación del deporte en Cuba*, tesis (doctorado), La Habana, Universidad de Oriente, 2008.
- PACHOT ZAMBRANA, Karel Luis, “El derecho constitucional al deporte en la doctrina y el derecho comparado”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 35, julio-diciembre de 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.
- SCHMITT DE BEM, Leonardo, “La constitucionalización del deporte”, em MILLÁN GARRIDO, Antonio y CERVANTES LIÑÁN, Luis (dirs.), *Anuario Iberoamericano de Derecho Deportivo*, ano 2, 2011, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2014.
- TOLEDO, Renata María, *As políticas públicas e o direito “social” ao esporte: uma análise a partir do estado do Paraná (1995-2010)*, tese (doutorado), Curitiba, Universidade Federal do Paraná, 2014.
- UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION, *International Charter of Physical Education and Sport*, Paris, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, 1978.



Fecha de recepción: 5 de abril de 2019.
Fecha de aceptación: 30 de junio de 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

El agua como tema transversal de actuación del derecho ambiental y sanitario en Brasil

The Water as a Transversal Theme of Action of Environmental and Sanitary Law in Brazil

Nicolau CARDOSO NETO*

RESUMEN: La garantía de calidad de vida para la población brasileña involucra, *sine qua non*, acciones sobre la condición del medio ambiente. Las mismas pueden realizarse buscando la protección, prevención y mejoría de la condición ambiental —materias éstas del derecho ambiental— por medio de acciones que buscan identificar y detener los riesgos y divulgar las informaciones referentes a los factores ambientales que puedan causar enfermedades y otros agravios a la salud —acciones que competen al derecho sanitario—. Frente a tal constatación, el objeto de este estudio es analizar la problemática del agua como tema transversal de actuación en el derecho ambiental y sanitario. Este trabajo analizará el tema del agua por ser un tema común a dichos sistemas, con la intención de evaluar si las competencias y las estructuras del sistema ambiental y sanitario poseen composiciones diferentes actuando sobre el mismo asunto.

Palabras clave: derecho ambiental, derecho sanitario, agua.

ABSTRACT: *The guarantee of quality of life for the Brazilian population involves, necessarily, actions on the condition of the environment. This performance can be achieved through actions which aim at protection, prevention and improvement of environmental condition —these competences belong to the branch of Environmental Law—, by means of actions that seek to identify and hold the risks and disseminate the information related to environmental factors that can cause diseases and other health problems —these competences belong to the branch of Health Law—. In view of this observation, is object of this study analyze water as crosscutting themes of action of Environmental and Health Law. To answer the problem, this paper will analyze a common theme between the two systems, the water, with the intention of evaluating if the competences and the structures of the environmental and sanitary system have different compositions acting on the same subject.*

Keywords: *Environmental Law, Health Law, Water.*

* Doctor en derecho público por la UNISINOS, Brasil. Profesor de la Universidad FURB, Brasil. Integrante del Grupo de Estudios Derechos Fundamentales, Ciudadanía y Diferenciación. Correo: nicolau@scambiental.com.br; ORCID: 000-0002-9463-0673.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Análisis de las ramas del derecho ambiental y sanitario*. III. *Conclusión*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El agua es, siempre fue y será un tema vigente para discutirse. La facilidad que la tecnología nos ofrece en la actualidad permite identificar nuevos factores a ser considerados para análisis; factores que pueden perjudicar los recursos hídricos como lanzar residuos industriales y cloacas domésticas; erosión de costas, laderas, áreas de plantío, terrenos urbanos; alteraciones climáticas que interfieren en el ciclo de las lluvias; urbanización; instalación de hidroeléctricas, entre otras.

Estos factores son históricos y continúan creando problemas; sin embargo, actualmente es posible identificar factores como la presencia de diferentes contaminantes oriundos del proceso del control de plagas y fertilización del suelo, herbicidas y fungicidas que contaminan los manantiales, perjudicando a los usuarios del agua, debemos mencionar también los principios activos de fármacos que al ser excretados por los seres humanos contaminan el medio ambiente.

El avance tecnológico se nos presenta con sus pros y contras; por un lado, contribuye para la producción de nuevos procesos industriales, en contrapartida genera nuevos problemas. En esta perspectiva, podemos identificar los aspectos negativos generados por la propia dinámica de dicho avance tecnológico. Sería la síntesis y la antítesis, ya que los avances generan nuevos problemas que la propia tecnología identifica y concretiza el análisis de estos nuevos conflictos.

Ante esta constatación, el sistema jurídico brasileño posee una estructura apropiada para enfrentar esta cuestión, se identifican en el sistema dos estructuras distintas de control provenientes de políticas públicas que tienen el objetivo común de ofrecer calidad de vida a la población, ambas debidamente apoyadas en principios extraídos de la Constitución Federal Brasileña de 1988. Una de ellas deriva de la Política Nacional del Medio Ambiente, que se fundamenta en el artículo 225, y la otra tiene por base los principios destacados en la sección del capítulo II de la CF/88.

Ambos sistemas poseen fundamentación específica y son equivalentes en lo que se refiere al control ambiental. Tal política posee competencia

para proteger, prevenir y mejorar la calidad ambiental, proporcionando beneficios a la calidad de vida de la población brasileña. El sistema de control de la salud, por su parte, trata de identificar y detener las informaciones referentes a los factores ambientales que puedan provocar enfermedades y otros riesgos a la salud.

De este modo es posible identificar la existencia de un acercamiento técnico entre los dos postulados —el medio ambiente y la salud— que se apoyan en los principios de la Constitución Federal de 1988, uno busca la protección del medio ambiente y el otro trata de identificar problemas ambientales que puedan ofrecer riesgos a la calidad de vida, competencias que se equivalen y complementan.

La identificación de la equivalencia entre las competencias levanta una cuestión: ¿es posible identificar si las organizaciones del sistema ambiental y sanitario poseen composiciones distintas actuando sobre el mismo tema? Para encontrar la respuesta, este trabajo analizará el agua como un tema transversal entre los dos sistemas, con la finalidad de evaluar si las organizaciones ambiental y sanitaria poseen composiciones diferentes actuando sobre el mismo objeto.

La intención es realizar la descripción a partir de las normas e identificar las operaciones que tienen vinculación con el objeto del tema de este trabajo, subsistemas debidamente apoyados en la lógica de la teoría de los sistemas sociales, en especial en cuanto al derecho de la sociedad teorizado por Niklas Luhmann. Por lo tanto, al final del capítulo es posible identificar las operaciones y la estructura de cada una de las normas que fueron autorreferenciadas, para entonces realizar la comparación de las operaciones y estructuras e identificar eventuales irritaciones.

II. ANÁLISIS DE LAS RAMAS DEL DERECHO AMBIENTAL Y SANITARIO

En este subtítulo, la intención es demostrar la proximidad existente entre las competencias para actuar en la protección del medio ambiente de los subsistemas del derecho ambiental y del derecho sanitario por medio de análisis de los conceptos de diferentes teóricos. La intención es analizar la conceptualización de subsistemas para comprender la relación de las competencias de la actuación.

La teoría de Luhmann sobre los sistemas sociales exige de los nuevos pensadores que sobrepasen la modernidad clásica, con el propósito

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

de buscar nuevas categorías, pero en algunos casos las fuentes no fueron trabajadas desde una perspectiva teórica según una concepción corriente, especialmente sobre la historia del derecho.¹

Sin embargo, es importante entender lo que es derecho. En este contexto, las teorías del derecho, junto con la enseñanza y los textos en vigor, construyen la

...forma por la cual el derecho se presenta como resultado de interpretaciones. De esta forma, comprendido como producto “de auto-observación del sistema jurídico”. Sin embargo, en absoluto, no se debe entender el trabajo interno en sistemas jurídicos en la teoría del derecho, en la dogmática jurídica y en los principios y conceptos del derecho, sino en esfuerzos para obtener coherencia conceptual, buscando una verificación de principios, conceptos y reglas.²

La teoría jurídica del derecho, a su vez, sería la realización de autodescripción del sistema del derecho, teniendo en cuenta que autoobservaciones y autodescripciones del objeto lo aprehenden sólo si hay distinción de otros objetos. En consecuencia, existe la necesidad de identificación y distinción para poder entonces realizar la asociación. Pero en el contexto actual, lo que se aplica son sólo fórmulas problemáticas como el caso “derecho y sociedad”, para pensar que existiría derecho fuera de la sociedad.³

El primer concepto analizado es el presentado por Antúnez⁴ que sostiene que la rama del derecho ambiental, así como las demás ramas de la ciencia jurídica, se apoyan en valores que son el reflejo de la actualidad que expone la propia sobrevivencia del ser humano y que exigen “mantenimiento de las calidades de salubridad del medio ambiente, con la conservación de las especies, la protección de las aguas, del suelo, de la flora, del aire y de todo aquello que es esencial para la vida”.⁵

Gracias a esta breve definición es posible percibir que el derecho ambiental es mucho más complejo de lo que parece, una vez que una de sus competencias es asumir una acción de tutela de la protección a la vida de

¹ Luhmann, Niklas, *O direito da Sociedade*, trad. Saulo Krieger, São Paulo, Martin Fontes, 2016, título original: *Das Recht des Gesellschaft*.

² *Idem*.

³ *Idem*.

⁴ De Bessa Antunes, Paulo, *Direito ambiental*, 14a. ed., São Paulo, Atlas, 2012.

⁵ “Manutenção das qualidades de salubridade do Meio Ambiente, com a conservação das espécies, a proteção das águas, do solo, das florestas, do ar e, enfim, de tudo aquilo que é essencial para a vida” (traducción propia).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

las personas, de especies como la flora y la fauna que sean esenciales para el mantenimiento y garantía del funcionamiento de un sistema dinámico llamado medio ambiente.

Actualmente es imposible disociar la vida en sociedad de la utilización de recursos naturales; todo lo que es utilizado tiene origen a partir de los recursos naturales. El hombre se alimenta, vive, viste, desplaza, cultiva y crea de forma dependiente de los recursos naturales. Esta lógica siempre hizo parte de la humanidad, pero solamente en la actualidad se comprende las funciones del medio ambiente. Por medio de una visión sistémica, es que la gente ha percibido su dependencia del medio ambiente equilibrado.

De esta forma, es posible afirmar que el derecho ambiental puede ser definido como aquel que busca regular la “apropiación económica de los bienes ambientales”. Para Antunes,⁶ esta apropiación económica debe llevar en consideración “la sostenibilidad de los recursos, el desarrollo económico y social”, para garantizar a los interesados la debida participación en la construcción de las directrices que serán adoptadas, bien como los modelos adecuados de salud y renta.

Ya Michel Prieur⁷ presenta una visión más antropocentrista al afirmar que “el ambiente en el que vivimos es realmente un sinónimo de medio ambiente como sensación arquitectónica y urbana”,⁸ pues a través de esta afirmación es posible percibir el intento de incluir el ambiente construido como perteneciente al ramo del derecho ambiental. Prieur asegura que el medio ambiente es un concepto familiar a los ingenieros y urbanistas de la misma forma que lo es para los geógrafos y biólogos. Este medio ambiente abarca todo lo que constituye el territorio del hombre que incluye tanto el ambiente físico como el social.

Prieur⁹ considera que el medio ambiente “es una expresión de interacción y relaciones entre los seres vivos (incluyendo a los humanos), unos con otros y con el ambiente”.¹⁰ El autor utiliza esta expresión de la existencia de una interacción de las relaciones entre los seres vivos y el medio ambiente para demostrar que la legislación ambiental posee un carácter

⁶ De Bessa Antunes, Paulo, *op. cit.*

⁷ Prieur, Michel. *Droit de l'environnement*, 5a. ed., París, Dalloz, 2004.

⁸ “Le cadre de vie est en réalité un synonyme de l'environnement dans son sens architectural et urbanistique”, *idem*.

⁹ *Idem*.

¹⁰ “Est l'expression des interactions et des relations des êtres vivants (dont l'homme), entre eux et avec leur milieu”, *idem*.

horizontal que abarca diferentes ramos del derecho, sea privado, público o inclusive internacional. Considera que la legislación ambiental, ya sea como derecho de interacción cuya tendencia es incursionar en los diferentes sectores del derecho introduciendo la idea de medio ambiente o demostrando que la protección del medio ambiente debe ser integrada a otras políticas comunitarias.

Prieur llega a la concepción de que la finalidad del derecho ambiental es la búsqueda por un derecho a un ambiente saludable. Afirma que el derecho ambiental no puede estar en una perspectiva puramente positivista del estudio de las reglas jurídicas existentes en ese ámbito, sino debe enfocarse el derecho relativo al medio ambiente.

El derecho ambiental impone límites a la racionalidad del comportamiento ecológico de la sociedad de Massa, que detenta un creciente poder tecnológico, utilizado en la explotación de los recursos naturales, de forma agresiva y predatoria, para alimentar una producción económica ilimitada de bienes de consumo, en un mercado capitalista, que promete calidad de vida basada en la apropiación indiscriminada de riquezas y que desconsidera la naturaliza y su equilibrio como valor relevante.¹¹

Es necesario tener claro que el medio ambiente no es el objeto de la ciencia del derecho, pero sí su equilibrio. Mantener el medio ambiente ecológicamente equilibrado es uno de los más complejos e inducen tres desafíos definidos por la CRFB/88, que atribuye la responsabilidad de forma conjunta al Estado y a la sociedad civil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 225. La propuesta constitucional para una digna y saludable calidad de vida llevó en consideración que el hombre y el medio ambiente forman parte de un mismo contexto ecológico. Por lo tanto, la afectividad de las normas ambientales implica la efectividad de los derechos humanos fundamentales.¹²

La extensión y la complejidad de tales desafíos planteados al derecho constitucional ambiental exigen una postura de diálogo e interacción con todas las demás ciencias que recorren el camino de la temática ambiental, una vez que la búsqueda de la efectividad de las normas ambientales es de suma importancia para el mantenimiento de la vida y la salud en todas sus formas. La vida y la salud como “derechos” no se efectúan sin el equilibrio del medio ambiente.

¹¹ Sueli Padilha, Norma, *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*, Río de Janeiro, Elsevier, 2010.

¹² *Idem*.

El derecho ambiental fue revigorizado por el nuevo ropaje constitucional dado al tema del medio ambiente por la Constitución federal de 1988. Corresponde al derecho ambiental actuar sobre toda y cualquier área jurídica que involucra tal temática, imponiendo la reformulación de conceptos, institutos y principios, exigiendo la adaptación y reestructuración del modelo socioeconómico actual con el necesario equilibrio del medio ambiente, teniendo en cuenta la calidad de vida saludable.¹³

Por lo tanto, corresponde al derecho ambiental, en cuanto aspecto jurídico en el contexto ambiental, no aislarse en un compartimento estanco, sino respetar y considerar el conocimiento producido en áreas científicas diversas, principalmente la de las ciencias naturales, como la biología, la ecología, la geografía. Con las que no tiene tradición de intercambio; además de las nuevas áreas como el urbanismo, la ingeniería ambiental, la salud pública, cabe también acentuar la comunicación con la economía, la sociología, la antropología, la historia y la filosofía.¹⁴

En este sentido, Machado¹⁵ afirma que el derecho ambiental es un derecho sistematizado, que articula la legislación, la doctrina y la jurisprudencia concerniente a los elementos que integran el ambiente. Se busca evitar el aislamiento de los temas ambientales y su enfoque antagónico. No se trata de construir un derecho de las aguas, un derecho de la atmósfera, un derecho del suelo, un derecho forestal, un derecho de la fauna o un derecho de la biodiversidad; el derecho ambiental no ignora lo que cada materia tiene de específico, sino busca interconectar estos temas con el mortero de la identidad de los instrumentos jurídicos de prevención y de reparación, información, monitoreo y participación.

En el mismo sentido, Silva¹⁶ certifica que la calidad del medio ambiente en que la vivimos, trabajamos y nos divertimos, influye considerablemente en la propia calidad de vida, siendo que la calidad del medio ambiente se transforma, así, en un bien o patrimonio, cuya preservación, recuperación o revitalización se convierten en un imperativo del poder público, para asegurar una buena calidad de vida, que implica en buenas condiciones de

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ Affonso Leme Machado, Paulo, *Direito ambiental brasileiro*, 18a. ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

¹⁶ Afonso Da Silva, José, *Direito ambiental constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2003.

trabajo, ocio, educación, salud, seguridad, en fin, buenas condiciones de bienestar del hombre y su desarrollo.

El problema de la tutela jurídica del medio ambiente se manifiesta a partir del momento en que su degradación pasa a amenazar no sólo el bienestar, sino también la calidad de vida humana y la propia supervivencia del ser humano. De este modo es posible decir que el derecho ambiental trata de ser una disciplina jurídica de acentuada autonomía, dada la naturaleza específica de su objeto —organización de la calidad del medio ambiente con vistas a una buena calidad de vida—, que no se confunde ni se asemeja con el objeto de otras ramas tradicionales del derecho, salvo excepción del derecho sanitario.¹⁷

Rocha¹⁸ busca demostrar, por medio del análisis de la legislación infraconstitucional, que el derecho sanitario y el derecho ambiental poseen una importante área en común. Cita la Política Nacional del Medio Ambiente-PNMA (Ley núm. 6.938/81), en especial sus objetivos de preservación, mejoría y recuperación de la calidad ambiental propicia a la vida, con el objetivo de asegurar la protección de la vida humana, lo que refuerza la conexión entre los dos: salud y medio ambiente.

Del mismo modo, resalta el concepto de contaminación definido en el inciso III del artículo 3o. de la PNMA que, entre las hipótesis de degradación de la calidad ambiental, incluye la contaminación resultante de actividad que directa o indirectamente perjudique la salud, la seguridad y el bienestar de la población o afecten las condiciones estéticas o sanitarias del medio ambiente.¹⁹

Rocha²⁰ destaca que la Ley Orgánica de la Salud —Ley del SUS— (Ley núm. 8.080/90), a su vez, define en su artículo 3o. que la salud tiene como factores determinantes y condicionantes el medio ambiente. La Ley define, en el inciso II del artículo 16, en las letras “a” y “c”, como campo de actuación del SUS, la colaboración en la protección al medio ambiente, así como la tarea de participar en la formulación y la implementación de las políticas de control de las agresiones al medio ambiente, de saneamiento básico y aquellas relativas a las condiciones y a los ambientes de trabajo.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ De Sá Da Rocha, Julio Cesar, *Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*, 2a. ed., São Paulo, LTr, 2011.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

Sobre el tema, Rocha²¹ realiza la siguiente constatación: “que la salud y el equilibrio ambiental consagran el efectivo bienestar del ser humano”. Ambos derechos —salud y medio ambiente— tienen relación simbiótica, porque enfocan el mismo objeto mediato y se desarrollan sincronizadamente. Si el medio ambiente es degradado, estará afectando de manera directa la salud de aquellos que conviven en ese medio.

Ante tal afirmación no hay cómo alejar la conexión existente entre los temas medioambientales y salud previstos en la CRFB/88 tampoco la equivalencia del derecho sanitario y el derecho ambiental. La relación del medio ambiente y de la salud son “umbilicales”, ya que la falta de calidad ambiental puede afectar directa o indirectamente la calidad de la salud de las personas.

En este sentido, Aith²² afirma que el derecho sanitario está formado por un conjunto de normas jurídicas que construyen un sistema legal basado en reglas y principios del derecho que orientan y vinculan interpretaciones y decisiones, debidamente apoyadas y sistematizadas a partir de las determinaciones dadas por determinación de la CRFB/88. En consecuencia, con base en los principios constitucionales, se crearon diversas otras normas jurídicas (leyes, decretos, decretos, resoluciones, etcétera) implementando el sistema que trata y busca practicar la salud en Brasil, debidamente apoyada en un sistema jurídico especializado que apunta a una mejor organización jurídica de las bases determinadas por la Constitución Federal, para el tema de la salud.

La relación del derecho sanitario y del derecho ambiental, en el momento en que procuran actuar en la protección del medio ambiente, acaban teniendo como consecuencia una mejora del ambiente para la convivencia humana y por consiguiente la salud de las personas.

Este tipo de descripción en teoría de los sistemas tiene sentido en la producción de una conexión entre las teorías del derecho y de la sociedad, sobre todo en cuanto a la reflexión del derecho en teoría social. Hay que considerar la transformación de la sociedad estamental en una sociedad moderna, que ocurrió con el auxilio del derecho, principalmente de la revolución ocurrida por medio de la ruptura de la legalidad, comprendida como forma del derecho. Que en la actualidad no es garantía, pues puede generar duda. Aún más si se tienen en cuenta los fenómenos de sobrecarga

²¹ *Idem.*

²² Aith, Fernando. *Curso de direito sanitário, a proteção do direito à saúde no Brasil*, São Paulo, Quartier Latin, 2007.

del sistema jurídico contemporáneo, que pueden ser resultado “de la acumulación de antiguas reivindicaciones en cuanto a la densidad regulatoria y las nuevas condiciones”. Lo que hace que resalte la “dificultad de hacer que la forma del derecho llegue a dar cuenta de los problemas de riesgo o de problemas ecológicos”.²³

Así, de esta forma, la teoría de los sistemas, si es debidamente comprendida, es apta para ejecución de esta tarea, que según Luhmann “es el único candidato provisto de un concepto listo para ejecutar la tarea”. Pues según él, “una sociedad compleja sólo puede ser descrita por una sociedad compleja”.²⁴

1. *Competencias conexas y complementarias identificadas en la política ambiental y de salud*

En la práctica es posible identificar algunas acciones y programas que esbozan la necesidad de una actuación en conjunto de los órganos integrantes del Sistema Nacional de Medio Ambiente (Sisnama) y del Sistema Nacional de Vigilancia Ambiental en Salud (Sinvas).

Como referencia se pueden mencionar los programas específicos para el control del agua, suelo, contaminantes y desastres que integran las acciones del Sinvas. Estos programas tienen acciones que priorizan la calidad del recurso natural al que están conectados. En el caso de la Vigilancia Ambiental en Salud relacionada con la Calidad del Agua para Consumo Humano —Vigiagua—, el programa defiende que el recurso natural “agua” esté con estándares de calidad que no ofrezcan riesgo a la salud ni a la integridad de las personas. La calidad del agua se puede ver comprometida por diferentes factores, como el lanzamiento de agotamiento sanitario, sin el debido tratamiento, lanzamiento de efluentes de una empresa o incluso un accidente en el transporte de productos peligrosos. En esta situación, tanto los órganos integrantes del Sisnama como de Sinvas poseen competencia para fiscalizar y actuar junto al responsable por el lanzamiento del efluente o transporte de productos.

Sin embargo, si el órgano representante del Sisnama no se comunica con el Sinvas, el problema no puede ser detectado a tiempo para evitar perjuicios a la salud de la población o al medio ambiente. Este ejemplo

²³ Luhmann, Niklas, *op. cit.*

²⁴ *Idem.*

ilustra la necesidad de una actuación conjunta de los órganos integrantes del Sinvas con los del Sisnama y viceversa, ya que ambos poseen la responsabilidad por la ejecución, fiscalización, protección y mejora de la calidad ambiental. El intercambio de información es fundamental para que los programas de estas organizaciones obtengan éxito.

El Sinvas posee programas específicos para el agua, el suelo, las contaminaciones químicas y los desastres, que son los siguientes: Vigiaqua, que tiene como objetivo la vigilancia de la calidad del agua para consumo humano; Vigisolo, el cual lleva la vigilancia en salud de poblaciones expuestas a suelo contaminado, que tiene por objetivo desarrollar acciones de vigilancia en salud de poblaciones expuestas a suelo contaminado; Vigipeq se encarga de la vigilancia en salud de poblaciones expuestas a contaminantes químicos, que enfatiza la vigilancia en salud de poblaciones expuestas a contaminantes químicos, y Vigidesastres realiza la vigilancia en salud ambiental relacionada con los riesgos derivados de desastres naturales, que prioriza la vigilancia en salud ambiental de los riesgos asociados a los desastres y su actuación se basa en la gestión de los riesgos.

Para que los programas de Sinvas obtengan los resultados esperados, ellos dependen de comunicación con los integrantes del Sisnama, que deben informar situaciones que puedan comprometer el funcionamiento de los programas. Podrían ser mencionados numerosos ejemplos en que se percibe la importancia de la actuación conjunta, como el lanzamiento de efluentes industriales y residenciales en los manantiales, situaciones de contaminación del suelo, accidentes industriales o de transporte, contaminación del aire, ocupación de áreas de riesgo de deslizamiento, de inundación y ocupación de áreas de preservación permanente.

A partir de leyes de limitación del uso del suelo se percibe una intensa delimitación del uso de áreas de riesgo, que son colocadas en práctica por integrantes del Sisnama que buscan regular el uso y la ocupación de los espacios considerados de riesgo, definidos por la legislación ambiental (en inglés). Esta actuación es próxima a la actuación del Sinvas por medio del programa Vigidesastres, que busca identificar estas áreas y trabajar en el sentido de proteger al ciudadano de problemas que puedan ocurrir y comprometer su salud. En este caso, ambos sistemas podrían actuar de forma conjunta para lograr alcanzar la calidad de vida a través de dos sistemas que tienen diferentes intenciones, pero con objetos comunes.

Aunque existe la posibilidad de identificar conexiones en la ejecución de las políticas públicas ambientales y de salud, es difícil encontrar actuaciones conjuntas en que realmente las organizaciones integrantes del Sisnama y del Sinvas operen de forma cooperada. De esta forma queda comprobada la relación entre el derecho ambiental y el derecho sanitario, a pesar de que no existe una sintonía en la ejecución de sus competencias. En esta relación se destaca la importancia de investigar la existencia de interferencia entre las competencias de dichos sistemas, así como las condiciones de comunicabilidad entre ellos.

Como ejemplo de la mencionada comunicación deficitaria, se cita el caso de contaminación de un cuerpo hídrico, en que el órgano ambiental integrante del Sisnama toma la iniciativa administrativa y delictiva, sin comunicar a los órganos de salud, representantes del Sinvas para que tomen medidas en el sentido de detectar la posibilidad de que esta contaminación puntual afecte la salud de las personas de esa región o de los sistemas de producción de alimentos. Otro ejemplo sería cuando un órgano de salud, por motivos de seguridad de salud pública, suspende el abastecimiento de agua potable sin buscar identificar los factores responsables de la interrupción, o incluso comunicar al órgano ambiental para que éste identifique a los responsables de la contaminación que provocó la interrupción del servicio de abastecimiento de agua.

En los ejemplos citados es posible constatar que ambas organizaciones deberían haber actuado en el sentido de la protección del medio ambiente y de la salud de las personas, pero en la práctica no siempre ocurre de esta forma, o por desconocimiento de las estructuras y de sus competencias, o por la precariedad de comunicación entre los sistemas en cuanto a la ejecución de sus competencias, o incluso por la falta de conocimiento de la conexión de las competencias entre las organizaciones.

2. El mapa de normas como tema transversal de actuación del derecho ambiental y sanitario

Es importante destacar que, para Luhmann, el término “sistemas” no es entendido como una interconexión de ciertas reglas, al contrario de lo que muchos juristas comprenden, sino la interconexión de operaciones factuales que, por medio de la acción de la comunicación operativa, deben ser, sobre todo, comunicaciones, independientemente de lo que éstas afiancen

en cuanto al derecho. O sea, la distinción entre medio y medio ambiente es el foco de actuación, diferente de otras que buscan el punto de partida en la norma y en la tipología de valores.²⁵

Así, es posible identificar una relación sistémica²⁶ sobre el tema, donde el agua transita entre las ramas del derecho ambiental y sanitario. En el medio ambiente es posible destacar competencia en lo que se refiere a la protección, la prevención y la mejora de la condición ambiental, condiciones que acaban, consecuentemente, proporcionando beneficios a la calidad de vida de la población brasileña. Para la salud, la actuación busca identificar y detener los riesgos y divulgar las informaciones referentes a los factores ambientales que puedan provocar enfermedades y otros riesgos a la salud.

Para el derecho ambiental, el capítulo del Medio Ambiente de la Constitución federal de 1988 da el debido soporte para la implementación del subsistema jurídico ambiental con el tema agua, de donde es posible destacar las siguientes normas Federales: Política Nacional de Medio Ambiente - Ley 6.938/81; Política Nacional de Recursos Hídricos - Ley 9.433/97; Política Nacional de Saneamiento Básico - Ley 11.445/2007; Política Nacional de Residuos Sólidos - Ley 12.305/10; Política Nacional de Protección y Defensa Civil - Ley 12.608/12; Y la Política Nacional de Protección de la Vegetación nativa - Ley 12.651/12.

TABLA 1. LEGISLACIÓN DE MEDIO AMBIENTE, OBJETO AGUA

| <i>Norma</i> | <i>Lo que dispone</i> |
|-----------------|---|
| CF/88 | Capítulo de Medio Ambiente |
| Ley 6938/81 | Dispone sobre la política nacional del medio ambiente, sus fines y mecanismos de formulación y aplicación, y toma otras providencias. |
| Ley 9.433/97 | Instituye la política nacional de recursos hídricos, crea el Sistema Nacional de Gerencia de Recursos Hídricos. |
| Ley 11.445/2007 | Establece directrices nacionales para el saneamiento básico. |
| Ley 12.305/10 | Instituye la política nacional de residuos sólidos. |
| Ley 12.651/12 | Dispone sobre la protección de la vegetación nativa. |

²⁵ Luhmann, Niklas, *op. cit.*

²⁶ *Idem.*

| <i>Norma</i> | <i>Lo que dispone</i> |
|---------------|--|
| Ley 12.608/12 | Instituye la política nacional de protección y defensa civil (PNPDEC); dispone sobre el Sistema Nacional de Protección y Defensa Civil (Sinodec) y el Consejo Nacional de Protección y Defensa Civil (Cinpdec); autoriza la creación de sistema de informaciones y monitoreo de desastres. |

FUENTE: elaboración propia.²⁷

De estas normas es admisible percibir que la actuación privilegia a la protección del medio ambiente y consecuentemente del recurso natural agua, ya que es posible destacar la intención de protección del medio ambiente de forma sistémica. Cada uno con un objetivo más definido, pero partiendo de principios fundamentales del derecho ambiental, debidamente constituidos en la Constitución Federal de 1988.

En cuanto a las normas del derecho sanitario, es posible destacar las siguientes leyes federales: Sistema Único de Salud (Ley 8.080/90); Política Nacional de Recursos Hídricos (Ley 9.433/97); Sistema Nacional de Vigilancia Sanitaria (Ley 9.782/99); Fundación Nacional de Salud (Funasa) (Decreto 7.335/10); Política Nacional de Saneamiento Básico (Ley 11.445/2007), y Política Nacional de Residuos Sólidos (Ley 12.305/10).

En el caso de la salud, la Ley del SUS estructura la actuación administrativa de la salud para construir una base de actuación administrativa que permite, a partir de ella, reconocer la actuación de algunas vigilias (sanitaria, artículo 6o., §1), en la actuación de

...un conjunto de acciones capaces de eliminar, disminuir o prevenir riesgos a la salud y de intervenir en los problemas sanitarios derivados del medio ambiente [y] que proporcionan el conocimiento, la detección o prevención de cualquier cambio en los factores determinantes y condicionantes de salud individual o colectiva.²⁸

²⁷ Cardoso Neto, Nicolau, *Água com qualidade para o consumo humano: normas e sobreposição de competências entre o direito ambiental e sanitário*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018, p. 165.

²⁸ Brasil. Lei no. 8.080, de 19 de setembro de 1990, “Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990, disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

TABLA 2. LEGISLACIÓN DE SALUD, OBJETO AGUA

| <i>Norma</i> | <i>Lo que dispone</i> |
|------------------|---|
| CF/88 | Sección de la salud |
| Ley 8.080/90 | Dispone sobre las condiciones para la promoción, protección y recuperación de la salud, la organización y el funcionamiento de los servicios correspondientes y toma otras providencias |
| Ley 9.433/97 | Instituye la política nacional de recursos hídricos, crea el Sistema Nacional de Gerencia de Recursos Hídricos |
| Ley 9.782/99 | Define el Sistema Nacional de Vigilancia Sanitaria, crea la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria y toma otras providencias. |
| Decreto 7.335/10 | Aprueba el Estatuto y el Cuadro Demostrativo de los Cargos en Comisión y de las Funciones Gratificadas de la Fundación Nacional de Salud-Funasa, y toma otras providencias. |
| Ley 11.445/2007 | Establece directrices nacionales para el saneamiento básico. |
| Ley 12305/10 | Instituye la política nacional de residuos sólidos. |

FUENTE: elaboración propia.²⁹

A través de toda esta estructura, el derecho sanitario acaba constituyendo un sistema capaz de identificar y detener los riesgos y divulgar las informaciones referentes a los factores ambientales que puedan provocar enfermedades y otros agravios a la salud. Para el objeto agua, el Ministerio de Salud instituyó portaría de potabilidad de agua (Portaría MS núm. 2914 del 12 de diciembre de 2011), con la intención de instruir un parámetro mínimo de seguridad. el derecho ambiental, busca instituir por medio de dos grandes políticas (medio ambiente y de recursos hídricos) la protección y la prevención de la calidad ambiental.

III. CONCLUSIÓN

A partir de la investigación realizada se verificó que las ramas del derecho ambiental y del derecho sanitario poseen fundamentos equivalentes en cuanto al agua como tema transversal de actuación. A través de la investigación realizada sobre el subsistema derecho ambiental se destacan

²⁹ Cardoso Neto, Nicolau, *op. cit.*, p. 229.

las medidas de protección, prevención y de mejora de la calidad ambiental como requisitos para garantizar que todos tengan derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, balance necesario para el mantenimiento del agua con calidad y cantidad suficiente para los diferentes usos.

En cuanto al subsistema del derecho sanitario, el foco de actuación es identificar y detener los riesgos y divulgar las informaciones referentes a los factores ambientales, relacionados con el agua, que puedan provocar enfermedades y otros agravios a la salud, sin que sea necesario para la realización de acciones de protección y preservación ambiental. De esta comprobación es posible afirmar que ambas ramas actúan sobre el medio ambiente con la finalidad, directa o indirecta, de defender la calidad de vida de las personas.

Por lo tanto, fue posible identificar la existencia de una proximidad técnica entre los dos subsistemas de la ciencia jurídica, que se amparan en principios y competencias constitucionales distintas de la Constitución federal de 1988, ya que el derecho ambiental apunta a la protección del medio ambiente, que ofrece como resultado calidad de vida para las personas y el derecho sanitario que busca identificar problemas ambientales que puedan ofrecer perjuicios a la calidad de vida de la población. De este modo se puede afirmar que, estas ramas, a pesar de ser instituidas por objetos diferentes, medio ambiente y salud, poseen competencias equivalentes y complementarias.

Por medio de esta constatación se responde la cuestión de esta investigación que trató sobre la posibilidad de identificar si: ¿las organizaciones del sistema ambiental y sanitario poseen composiciones distintas actuando sobre el mismo tema?


Para responder el problema de la investigación este trabajo analizó el agua, como tema transversal de actuación de ambos subsistemas, a fin de evaluar si las organizaciones ambiental y sanitaria poseen composiciones distintas actuando sobre el mismo objeto.

Esta relación entre el medio ambiente y la salud es perceptible en la Constitución Federal/88, en especial en los artículos 200 y 225, lo que admite identificar su correspondencia en cuanto al objeto de proposición de calidad de vida para la población brasileña, a pesar de estar expuestos en diversos capítulos de la Constitución.

Luhmann llama la atención sobre el hecho de que el autorreferir caracteriza el sistema como objeto y no como concepto, lo que posibilita afirmar

que el sistema es diferenciado de todos los demás y no sólo de determinados. Esto admite garantizar que el sistema se caracteriza no como sistema solo, sea social, del derecho, económico, sino como diferencia de otros que realizan su propia autodesignación, independientemente de lo que ocurra. El acoplamiento estructural sería un contraste aquéllos, una vez que éste ocurre en el momento en que el sistema supone características determinadas de su ambiente, de forma que las utiliza estructuralmente, considerando que lo que incluyó es tan importante como lo que excluyó, lo que es el acoplamiento. Siendo las configuraciones de acoplamientos estructurales restrictivos, de forma que facilitan la influencia del ambiente sobre el sistema.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AFFONSO LEME MACHADO, Paulo, *Direito ambiental brasileiro*, 18a. ed., São Paulo, Malheiros, 2010.
- AFONSO DA SILVA, José, *Direito ambiental constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2003.
- AITH, Fernando, *Curso de direito sanitário. A proteção do direito à saúde no Brasil*, São Paulo, Quartier Latin, 2007.
- BESSA ANTUNES, Paulo de, *Direito ambiental*, 14a. ed., São Paulo, Atlas, 2012.
- CARDOSO NETO, Nicolau, *Água com qualidade para o consumo humano: normas e sobreposição de competências entre o direito ambiental e sanitário*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2018.
- LUHMANN, Niklas, *O direito da Sociedade*, trad. de Saulo Krieger, São Paulo, Martin Fontes, 2016 (título original: *Das Recht des Gesellschaft*).
- PRIEUR, Michel, *Droit de l'environnement*, 5a. ed., París, Dalloz, 2004.
- SÁ DA ROCHA, Julio César de, *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*, 2a. ed., São Paulo, LTr, 2011.
- SUELI PADILHA, Norma, *Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro*, Río de Janeiro, Elsevier, 2010. 

Fecha de recepción: 19 de julio de 2017.

Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 39, julio-diciembre 2018

Radiografía constitucional del principio pro persona

Constitutional X-Ray of Pro Persona Principle

Miguel Ángel CÓRDOVA*

RESUMEN: El principio pro persona cambió la manera de interpretar y aplicar los derechos humanos. Esta nueva herramienta permite mejorar la protección de los derechos humanos; sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina no han clarificado su estructura ni la manera en cómo funciona. Simplemente la utilizan. En tanto esta situación prevalezca, los límites la jurisprudencia constitucional en materia de derechos humanos serán la discreción y la creatividad de los jueces. Además, la Constitución exige que, en todo momento, las personas reciban la protección más amplia de sus derechos; por ello, esta falta de desarrollo teórico-jurisprudencial constituye un límite a la fuerza vinculante de la Constitución. Por ello, el propósito de este artículo es trazar algunos lineamientos que clarifiquen la estructura normativa del principio pro persona, y la manera en la que puede funcionar para cumplir su propósito constitucional.

Palabras clave: derechos humanos, principios, mandatos de optimización, regla de preferencia de interpretaciones, proporcionalidad.

ABSTRACT: *Pro-persona principle changed human rights adjudication and interpretation. This allows judges and lawyers to improve human rights protection; however, case-law and jurisprudence haven't clarified it's structure, and the way it works. They just use it. As long as this situation prevails, the limits of human rights case-law will be judiciary's discretionality and creativity. Besides, the constitution demands to provide, in every moment, the broadest protection to the people's rights; so, this lack of development limits to the constitution's binding force. That's why I will try to draw some guidelines in order to clarify pro-person's principle normative structure, and the way it may work to fulfill its constitutional purpose.*

Keywords: *Human Rights, Principles, Optimization Requirements, Interpretation-Preference Rule, Proportionality.*

* Maestro en Derecho Constitucional y Amparo por la Universidad Cristobal Colón, México. Director de Asuntos Jurídicos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Veracruz, México. Contacto: miguelcordova1992@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0002-9157-9630>.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Construcción de estándares garantistas de derechos humanos*. III. *Interpretación extensiva de los derechos humanos*. IV. *Identificación de restricciones ilegítimas a los derechos humanos*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina concibe al principio pro persona como una espada de dos filos; es decir, como una herramienta que amplía la protección de los derechos humanos y minimiza sus restricciones.¹

Para ello, funciona como *i)* regla de preferencia de interpretaciones, y *ii)* regla de preferencia de normas. En efecto, si una norma admite varias interpretaciones, se debe escoger la versión más protectora; o, si hay varias normas aplicables, deberá seleccionarse la que proteja mejor a la persona.²

En México, el principio pro persona encuentra sustento normativo en el segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Éste dispone que “[I]as normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. De esta disposición se desprenden la cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona, pero en este artículo sólo me ocuparé del último.

Para determinar el alcance normativo de una disposición, las reglas de interpretación jurídica recomiendan que el texto de la norma sea el punto de partida de la labor interpretativa.³ Por ello, propongo una suerte de

¹ “Opinión separada del juez Rodolfo Piza Escalante”, en Corte IDH, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, párr. 36; Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales-Editores del Puerto, 1997.

² Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución*, 2a. ed., México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2016, pp. 316 y ss.

³ Barak, Aharon, *Interpretation in Law*, 2a. ed., Nueva Jersey, Princeton University Press, 2005, p. 7; Scalia, Antonin y Garner, Bryan, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Thomson-West, 2012, pp. 56 y ss; Breyer, Stephen, *Cómo hacer*

radiografía constitucional de la disposición citada, que dé cuenta de los presupuestos teóricos y la naturaleza del principio pro persona.

La idea es aportar elementos que den claridad respecto a los alcances del principio pro persona como herramienta de protección de los derechos humanos. ¿Qué es lo que los operadores jurídicos pueden hacer con él? ¿Qué significa favorecer con la protección más amplia? ¿Qué es lo que hay que hacer para cumplir con esa disposición constitucional?

Responder esas interrogantes puede evitar que, éste se convierta en una fórmula vacía, endeble, llena de buenas intenciones, pero modulada a voluntad para legitimar decisiones públicas.⁴

Para ello, no voy a tratar de reconstruir el debate teórico-jurisprudencial en torno al principio pro persona.⁵ Tampoco voy a tratar de dar cuenta de las distintas posiciones teóricas en torno al principio pro persona. El propósito de este artículo es proponer una lectura de la expresión “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia” como un mandato de optimización de los derechos humanos que reconoce el orden jurídico mexicano.

De inicio, mi propuesta puede parecer restrictiva, pero, en el fondo, no lo es. De hecho, permite elaborar un bosquejo de teoría constitucional de los derechos humanos para: i) construir estándares de protección más

funcionar nuestra democracia, trad. de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 164.

⁴ Caballero Ochoa, José Luis y García Huerta, Daniel Antonio, “El principio pro persona en el marco del sistema de interpretación sobre los derechos humanos en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el internacional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2016, p. 59.

⁵ Al respecto, véase Castilla, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 20, enero-junio de 2009, pp. 71 y ss; Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 130 y ss; Silva García, Fernando y Gómez Sámano, José Sebastián, “Principio pro homine vs. restricciones constitucionales ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo?”, en Carbonell, Miguel *et al* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*, t. IV, vol. 2, México, UNAM, 2015, pp. 701 y ss; Rodiles, Alejandro, “The Law and Politics of the Pro Persona Principle”, en Aust, Helmut Philipp y Nolte, George (eds.), *The Interpretation of International Law by Domestic Courts*, Nueva York, Oxford University Press, 2016, pp. 163 y ss; Rodarte Berbera, Hayde, “The Pro Personae Principle and its Application by Mexican Courts”, *Queen Mary Human Rights Law Review*, vol. 4, 2018, pp. 3 y ss.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

amplios; *ii*) interpretar extensivamente los derechos, y *iii*) identificar si los límites impuestos a un derecho son legítimos.

II. CONSTRUCCIÓN DE ESTÁNDARES AMPLIOS DE PROTECCIÓN A DERECHOS HUMANOS

En la jurisdicción nacional casi siempre hay más de disposición de derechos humanos aplicable. Están las normas de fuente constitucional y las de fuente internacional; y entre éstas últimas se encuentran las que pertenecen al sistema universal de protección a derechos humanos y las que pertenecen al sistema interamericano.⁶ A su vez, cada una de éstas puede tener más de una interpretación posible.

La primera sala sostiene que, cuando esto sucede, la disposición aplicable es la que otorgue una mayor protección a la persona.⁷ Sin embargo, este criterio no resuelve los escenarios que se presentan cuando las conductas protegidas por las disposiciones de derechos humanos concurrentes sean las mismas, pero con alcances distintos, o con distintos niveles de detalle. Por ello, aun cuando existan varias disposiciones aplicables, al final el operador sólo aplica una: la que, a su juicio, otorgue la mayor protección.

Así, el operador jurídico está entre la espada y la pared, porque deberá elegir entre una disposición de fuente nacional o uno de fuente internacional. Ello lo conduce a un falso dilema entre las fuentes del derecho y la supremacía constitucional.

Para evitar ese obstáculo, hay que entender el principio pro persona con un alcance más limitado porque no permite al operador elegir normas o interpretaciones, según convenga. De acuerdo con el texto constitucional, su alcance es más restringido pues sólo habilita a construir —vía interpretativa— la protección más amplia, no a elegir qué norma aplicar.

Pero puede suceder —y sucede— que existan varias normas aplicables a un caso, las cuales normalmente tienen alcances distintos según su redacción. Cuando esto pasa, el operador tiene que decidir el caso aplicando una norma, aunque la solución dependerá de cómo se conciba al principio pro persona.

⁶ SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011. Sentencia del Pleno del 3 de septiembre de 2013, M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, p. 35.

⁷ SCJN, Amparo Directo 28/2010. Sentencia de la Primera Sala del 23 de noviembre de 2011, M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, p. 58.

1. *La regla de preferencia de normas funciona como un juicio de validez*

Si el principio pro persona funciona como regla de preferencia de normas, el operador aplicará la norma “más favorable” y desplazará las demás. Esto presupone que existan más de dos disposiciones aplicables, que regulan el mismo derecho. Si éstas tienen la misma fuente —dos normas de fuente constitucional o dos normas de fuente internacional—, el problema puede resolverse por vía interpretativa.

Pero si hay al menos una norma de fuente constitucional, y al menos una de fuente internacional, la coyuntura se resuelve mediante un juicio de validez.

Aquí no se aplica la norma más protectora. De hecho, se resuelve como si fuera una antinomia mediante el criterio jerárquico, por considerar inviable que un derecho de fuente internacional rebase los límites que la Constitución establece a los derechos humanos.⁸ Así, esta concepción asume que, cuando hay dos o más normas de distinta fuente que regulan un mismo derecho, pero con distintos alcances, estamos en presencia de una antinomia.⁹

Una antinomia existe si hay incompatibilidad entre una norma inferior y una norma superior;¹⁰ o cuando se imputan consecuencias jurídicas incompatibles a los mismos hechos.¹¹ Así, considerar que existe una antinomia cuando hay dos o más normas que regulan un mismo derecho pero con distintos alcances es un artificio, por no decir un error.

⁸ Véase “Voto particular del señor ministro Luis María Aguilar Morales” y “Voto concurrente del señor ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo” en SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011, *cit.* Robert Alexy señala que este es el método para solucionar conflictos de compatibilidad entre normas que son reglas; de este modo, una de las reglas no se aplica por ser inválida. Pero si los derechos humanos se conciben como reglas, y se desaplican por ser inválidos —por cualquier razón—, se menoscaba su fuerza normativa.

En efecto, “a diferencia de lo que sucede con el concepto de validez social o de la importancia de una norma, el concepto de validez jurídica no es graduable”. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 69.

⁹ Silva Meza, Juan y Silva García, Fernando, *Derechos Fundamentales*, 2a. ed., México, Porrúa, 2013, pp. 331 y 332.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos*, trad. de Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, Trotta, 2014, p. 65.

¹¹ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2009, p. 175.

Por ello, no se puede considerar que el principio pro persona resuelva conflictos normativos. Si dos normas regulan la misma conducta, pero con distintos alcances, no hay consecuencias jurídicas incompatibles. Sólo conductas jurídicas distintas —no mutuamente excluyentes— que deben armonizarse por la vía interpretativa.

De allí que, la función del principio pro persona sea construir la versión más favorable del derecho humano en cuestión a la luz de las disposiciones aplicables al caso concreto. No nos dice si una disposición es válida o no; sólo guía la interpretación de las normas aplicables.

2. *La regla de preferencia de interpretaciones permite ampliar la protección del derecho*

Por otro lado, si el principio pro persona opera como regla de preferencia de interpretaciones las consecuencias son distintas. Desde esta perspectiva, los ejercicios comparativos son útiles para resaltar aspectos particulares de la regulación de un derecho desde distintas fuentes; sin embargo, este método no puede emplearse para construir criterios restrictivos.¹²

Justamente, en la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) interpretó la libertad de trabajo para decidir si una norma era constitucional a la luz de varias disposiciones de derechos humanos con alcances distintos.¹³

El Pleno resaltó que los instrumentos que protegen la libertad de trabajo en México proscriben el trabajo forzado; es decir, mientras que la Constitución habilita a la autoridad judicial y a la administrativa para establecerlos a título de sanción, los tratados internacionales limitan esa posibilidad a la autoridad judicial.

Por lo tanto no existe contradicción entre la Constitución y los tratados. La única diferencia está en el alcance de la protección que otorgan a la libertad de trabajo.

¹² Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, párr. 51; *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016, serie C, núm. 318, párrs. 310-312.

¹³ La Suprema Corte valoró el Convenio 29 de la OIT, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante, el principio pro persona obliga a la SCJN a maximizar la protección de los derechos humanos. Así, cuando determina su alcance, no puede interpretarlos a la luz del criterio jerárquico, sino que siempre debe favorecer a la persona con la protección más amplia.¹⁴ De modo que, aunque el alcance protector varíe entre distintos instrumentos, el operador debe interpretar ampliamente todas las disposiciones que regulen ese derecho y no limitarse a lo que establece al texto constitucional.¹⁵

Por ello, para otorgar la protección más amplia, el Pleno decidió que los trabajos forzados son una restricción legítima a la libertad de trabajo, pero sólo cuando éstos son consecuencia de una sanción impuesta por un juez.

Así, las normas constitucionales no limitan un derecho cuando lo protegen con un alcance menor que una norma de fuente internacional, sino que —en cualquier caso— establecen modificadores internos para guiar su interpretación.¹⁶ De esta forma, la regla de preferencia de interpretaciones permite construir estándares de protección de derechos humanos más amplios, y con un alcance mayor que el sugerido por la literalidad de la constitución.¹⁷

III. INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *El principio pro persona convierte a los derechos humanos en principios (mandatos de optimización)*

La regla de preferencia de interpretaciones permite beneficiar a las personas, en todo momento, con la protección más amplia. Para cumplir con

¹⁴ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 155/2007. Sentencia del Pleno del 7 de febrero de 2012, M.P. Sergio Salvador Aguirre Anguiano, pp. 23 y 24.

¹⁵ *Ibidem*, p. 26.

¹⁶ Barak, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, trad. de Doron Kalir, Nueva York, Cambridge University Press, 2012, pp. 33; Gardbaum, Stephen, “Limiting Constitutional Rights”, *UCLA Law Review*, Los Angeles, núm. 54, 2007, pp. 801 y ss.; Kumm, Matthias, “Political Liberalism and the Structure of Rights: on the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, en Pavlakos, George (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Cornwall, Hart Publishing, 2007, pp. 131 y ss.

¹⁷ Solum, Lawrence B., “The interpretation-construction distinction”, *Constitutional Commentary*, Minnesota, núm. 27, núm. 1, 2010.

esta exigencia constitucional, la interpretación de los derechos humanos debe hacerse en dos etapas.

Este método determina con mayor claridad el alcance normativo de los derechos humanos, y los bienes constitucionalmente protegidos, que están en juego en un caso concreto. Esto facilita maximizar su eficacia cuando entran en pugna a la luz de ciertos hechos, o al momento de determinar su contenido y alcance. En otras palabras, el método de dos etapas propicia la optimización de los derechos humanos.

En la primera se determina el contenido previo o *prima facie* del derecho; es decir, se consideran *todas* las conductas que un derecho humano protege, y lo que el Estado debe hacer o dejar de hacer para respetarlo y garantizarlo, sin considerar sus límites.¹⁸

No se trata de imaginar todas las conductas que el derecho interpretado podría proteger. Esa tarea es prácticamente imposible. El punto es englobar todos los escenarios ya conocidos o explorados —por la jurisprudencia o la doctrina— en los que el derecho interpretado despliega sus efectos protectores, sin excluir *a priori* algún escenario o alguna conducta.

En la segunda, se aplica esta visión amplia del derecho y se delimita en relación con los hechos y con los bienes jurídicos relevantes del caso.¹⁹ Sobre esto me referiré más adelante, por ahora basta señalar que esta visión nos acerca a la teoría de los principios de Robert Alexy.

De acuerdo con el profesor Alexy, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las situaciones fácticas y jurídicas relevantes.²⁰ Es decir, son normas que —por su naturaleza— deben interpretarse extensivamente.

A la luz de la teoría de Alexy, el principio pro persona convierte a los derechos humanos en principios que, en cada caso, deben optimizarse. Esta perspectiva dota a la interpretación de los derechos humanos de una estructura argumentativa que facilita su aplicación y maximiza sus efectos protectores.

¹⁸ Barak, Aharon, *Proportionality...*, *cit.*, p. 19; Silva Meza, Juan y Silva García, Fernando, *op. cit.*, p. 128.

¹⁹ Barak, Aharon, *Proportionality...*, *cit.*, p. 19; SCJN, Amparo en Revisión 237/2014. Sentencia de la Primera Sala del 4 de noviembre de 2015, M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, p. 29; Amparo en revisión 208/2016. Sentencia de la Primera Sala del 19 de octubre de 2016, M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, p. 14.

²⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 67; Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 10.

2. El método de dos etapas permite favorecer a la persona con la protección más amplia

Favorecer a las personas con la protección más amplia requiere interpretar extensivamente las disposiciones que reconocen derechos humanos. Riccardo Guastini afirma que el efecto de este método de interpretación es reducir la indeterminación de las disposiciones normativas, mediante la aplicación de la norma a los casos dudosos.²¹

Para ello, la interpretación se debe hacer en dos etapas.²² La primera determina el contenido *prima facie* o previo del derecho (en lo sucesivo, me referiré al derecho humano que es objeto de interpretación pro persona como D1). Éste no varía caso a caso, porque las conductas que protege no dependen de las variables fácticas y jurídicas del caso concreto, sino del texto de la norma que dispone a D1. Por ello, el contenido previo es abstracto, amplio, y en consecuencia previsible y determinado con mayor certeza en el futuro.²³

En esta etapa es común preguntarse si una conducta entra o no en el ámbito de protección de un derecho. Esto obedece a que todas las normas tienen zona de certeza y una zona de penumbra. La zona de certeza abarca los escenarios claramente regulados por la norma, de modo que el caso es subsumible en la norma, porque no hay problemas de vaguedad, ambigüedad, o de valoración de los términos usados por el legislador que dificulten el proceso de interpretación.²⁴

La zona de penumbra comprende todos los supuestos que no entran en la zona de certeza. Aquí, los problemas de vaguedad, ambigüedad o de valoración de los términos usados por el legislador impiden determinar si el caso entra en el campo de aplicación de la norma o no.²⁵

²¹ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, trad. de Silvia Álvarez Medina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017, pp. 112 y 113.

²² Weinrib, Lorraine E., “The Postwar Paradigm and American exceptionalism”, en Choudhry, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Nueva York, Cambridge University Press, 2006, p. 93.

²³ Klatt, Matthias y Mesiter, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 52.

²⁴ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 84 y ss; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 126 y ss.

²⁵ Hart, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, 1958, pp. 607 y ss.

En ese sentido, el principio pro persona arroja luz sobre la zona de penumbra porque obliga al operador a decidirse por ampliar el contenido del derecho cuando existen dudas sobre si éste protege o no una conducta.

La segunda etapa delimita el contenido definitivo del derecho. Este contorno es el resultado de la interacción de D1 con otros bienes jurídicos—como los derechos humanos de otras personas u otros bienes constitucionalmente protegidos (a éstos me referiré en lo sucesivo como D2 y BC, respectivamente)— en un caso concreto.

D2 y BC funcionan como límites externos a D1 en tanto que no forman parte de éste, sino que operan como tales en función de la forma en la que se relacionen en el contexto del caso concreto.²⁶ Esta idea la desarrollaré más ampliamente en los siguientes apartados; por ahora basta con precisar que de las relaciones de D1 con D2 y BC depende que el contenido de D1 opere a plenitud o resulte limitado por el alcance de éstos últimos.

Si D2 o BC no inciden en el contenido previo de D1, el contenido definitivo será equivalente al contenido previo; pero si D2 o BC inciden en el contenido previo, entonces el contenido definitivo tendrá un alcance menor por estar delimitado por los otros bienes constitucionales en juego en ese caso concreto. El grado de intervención al contenido de D1 debe analizarse a la luz del principio de proporcionalidad para determinar si éste es constitucional o no.²⁷

El resultado de este ejercicio interpretativo es el contenido definitivo del derecho humano, a la luz del caso concreto.²⁸

De este modo es posible cumplir con la exigencia constitucional de favorecer a las personas, en todo momento, con la protección más amplia. Primero, se interpretan extensivamente los derechos humanos, y luego acomoda esta visión a las circunstancias jurídicas y fácticas relevantes de cada caso.²⁹

Aharon Barak sostiene que este método maximiza la eficacia de los derechos humanos porque distingue entre el alcance abstracto del dere-

²⁶ SCJN, Amparo en Revisión 237/2014, *cit.*, p. 42; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, pp. 222 y ss; Gardbaum, Stephen, *op. cit.*, p. 801.

²⁷ Barak, Aharon, *Proportionality...*, *cit.*; Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *op. cit.*; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*

²⁸ La Primera Sala de la SCJN utilizó este método para determinar la constitucionalidad del uso lúdico de la marihuana y de la libertad de los padres de decidir el orden de los apellidos de sus hijos. SCJN, Amparo en revisión 237/2014, *cit.*; Amparo en Revisión 208/2016, *cit.*

²⁹ Klatt, Matthias y Mesiter, Moritz, *op. cit.*, p. 52.

cho humano y su ámbito específico de protección —contenido previo y contenido definitivo, respectivamente—. Esta operación delimita las circunstancias en las que opera —y no opera— la protección constitucional de un derecho; los sujetos que están obligados a protegerlo; y los actos prohibidos o permitidos en relación con el contenido del derecho.³⁰

Además, esta distinción permite ganar claridad expositiva. En el mejor de los casos, si esto se olvida —o se pasa por alto— la argumentación se vuelve desestructurada, opaca, y confunde el contenido de los derechos y sus restricciones.³¹ En el peor de los casos, la mala interpretación de un derecho puede cercenar su alcance y hacerlo ilusorio.

3. *Primera etapa: el alcance máximo del derecho humano se determina en abstracto*

La primera etapa ocurre a nivel constitucional. Aquí se determina el alcance de D1, las conductas que protege, y lo que el Estado debe hacer y dejar de hacer para respetarlo y garantizarlo.³² Esto puede denominarse contenido *prima facie*, o contenido previo, porque sólo se enuncian en abstracto las conductas que gozan de protección constitucional —y las que no entran en ese ámbito de protección—,³³ sin considerar cómo se relacionen con el caso concreto con BC.³⁴

El contenido definitivo sí considera los elementos fácticos y jurídicos aplicables al caso, pero esto es relevante hasta la segunda etapa. De este modo, el resultado de la primera etapa es la determinación del contenido total de D1, y no un derecho ya limitado. Serán las circunstancias de cada

³⁰ Alvez, Amaya, “¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 253, enero-junio de 2010, p. 365.

³¹ Klatt, Matthias y Mesiter, Moritz, *op. cit.*, p. 51.

³² Barak, Aharon, *Proportionality...*, *cit.*, pp. 19 y 20; Silva Meza, Juan y Silva García, Fernando, *op. cit.*, p. 128; SCJN, Amparo en Revisión 237/2014, *cit.*, p. 30.

³³ Barak, Aharon, *Proportionality...*, *cit.*, pp. 19 y 20; Gardbaum, Stephen, *op. cit.*, p. 803.

³⁴ Schauer, Frederik, “Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: a Case Study in Comparative Constitutional Architecture”, en Nolte, George (ed.), *European and US Constitutionalism*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005, p. 69.

caso las que determinen sus límites y su contenido definitivo, no su interpretación.

El punto de partida de esta etapa es una lectura generosa de la disposición que enuncia D1 para dotarlo del mayor alcance posible. Los límites de ese proceso son las reglas del lenguaje. Así, el resultado de la interpretación no puede exceder los límites fijados por el texto interpretado.³⁵

Por ejemplo, la SCJN ha sostenido —en abstracto— que la libertad de expresión protege discursos muy diversos. De tal manera, “el Estado no puede privilegiar un determinado criterio de decencia, estética o decoro respecto a las expresiones que podrían ser bien recibidas, ya que no existen parámetros uniformemente aceptados que puedan delimitar el contenido de estas categorías”.³⁶ No es que exista un derecho a insultar, pero tampoco pueden prohibirse las expresiones “inusuales, alternativas, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, aún y cuando se expresen acompañadas de expresiones no verbales, sino simbólicas”.³⁷

En esta etapa pueden advertirse tensiones, o conflictos potenciales, con otros bienes constitucionalmente protegidos —los derechos humanos de otras personas (D2), o principios constitucionales (BC)—³⁸ que delimiten el contenido definitivo de D1. Sin embargo, esos conflictos ocurren hasta que D1 entra en relación con los hechos y las normas aplicables al caso, no cuando se le dota de alcance y contenido a través de la interpretación. Por ello, esos conflictos deben solucionarse hasta la segunda etapa.

En D1 debe brillar todo en su esplendor —sin considerar probables conflictos con otros bienes jurídicos como D2 o BC— para determinar correctamente su alcance.³⁹

Así, aunque las tensiones ya sean notorias, tratar de conciliarlas prematuramente puede cercenar parcial o totalmente el contenido de D1. Por ejemplo, en el *caso González Lluy vs. Ecuador*, la víctima —Talía González Lluy— era una niña que tenía tres años cuando recibió una transfusión

³⁵ Barak, Aharon, *Purposive Interpretation...*, *cit.*, p. 7; Breyer, Stephen, *op. cit.*, p. 164.

³⁶ SCJN, Amparo Directo 28/2010, *cit.*, p. 75.

³⁷ *Idem.*

³⁸ Gardbaum, Stephen, *op. cit.*, p. 801; Barak, Aharon, *Proportionality...*, *cit.*, p. 71; Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *op. cit.*, p. 23.

³⁹ Barak, Aharon, *Human Dignity: the Constitutional Value and the Constitutional Right*, trad. de Daniel Kayros, Nueva York, Cambridge University Press, 2015, p. 134.

de sangre con VIH. Cuando sus profesores supieron esta circunstancia, Talía fue expulsada de la escuela a la que asistía.

Para garantizar su derecho a la educación, sus familiares recurrieron al amparo constitucional. Sin embargo, los tribunales ecuatorianos avalaron su expulsión bajo el supuesto de poner en riesgo la integridad de sus compañeros.⁴⁰ La Corte IDH resaltó que considerar en abstracto el interés superior del niño, en favor de los compañeros de Talía, no justificaba privarla del derecho a la educación.⁴¹

Esto no significa que el interés colectivo y la integridad de los compañeros de Talía no fueran relevantes, o que no merecían consideración alguna. Al contrario, los derechos humanos de otras personas y los principios constitucionales opuestos a D1 siempre deben considerarse, pero hasta la segunda etapa de interpretación. Al valorarlos prematuramente, constituyeron un límite arbitrario a los derechos de Talía, y los volvieron ilusorios.

4. Segunda etapa: el ámbito específico de protección del derecho depende de cada caso

En la segunda etapa se determina el contenido definitivo de D1. Esto obedece a que, una vez que el contenido previo de D1 ha sido determinado, éste entra en contacto con los hechos del caso y los otros bienes jurídicos en juego.⁴² Éstos últimos constituyen los límites externos de D1, porque no son intrínsecos a éste, sino que dependen de la forma en la que se relacione con D2 o BC en el caso concreto.⁴³

El alcance de los límites externos —D2 o BC— también se delimita vía interpretativa. De tal suerte, en esta etapa hay dos posibilidades: *i*) que el alcance de D2 o BC interfiera de alguna forma en el contenido de D1, o *ii*) que D2 o BC no interfieran en el contenido de D1. En el primer caso, el contenido definitivo es idéntico al contenido previo; en el segundo, el contenido definitivo tiene un alcance menor que el contenido previo.⁴⁴

⁴⁰ Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1o. de septiembre de 2015, serie C, núm. 298, párrs. 141 y 142.

⁴¹ *Ibidem*, párr. 265.

⁴² SCJN, Amparo en Revisión 237/2014, *cit.*, p. 30.

⁴³ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, pp. 222 y ss.; Gardbaum, Stephen, *op. cit.*, p. 801; SCJN, Amparo en Revisión 237/2014, *cit.*, p. 42.

⁴⁴ Barak, Aharon, *Human Dignity...*, *cit.*, p. 134.

Generalmente, las tensiones entre D1 y D2 o BC se advierten al definir el contenido previo. Pero es hasta aquí cuando cobran relevancia y deben solucionarse, no antes.

La pauta para solucionar esas tensiones son las cláusulas de restricción —generales o específicas—. Estas normas no excluyen conductas de la protección de un derecho, sino que determinan los fines o propósitos constitucionalmente legítimos para restringir un derecho —BC o D2—. ⁴⁵ En tal virtud, las cláusulas de restricción orientan el razonamiento del operador porque resaltan los bienes jurídicos que delimitan el contenido definitivo de D1 en un caso concreto. ⁴⁶

De tal manera, no cualquier fin legitima la restricción del alcance de un derecho, sino sólo aquellos expresamente previstos por el texto que los enuncia —cláusulas de restricción específicas—, o por el instrumento que los consagra —cláusulas de restricción generales—. ⁴⁷ En otras palabras, son una suerte de portal que, una vez abierto, permiten la entrada de bienes constitucionalmente protegidos que acotan y delimitan el contenido definitivo del derecho en cuestión.

Por ejemplo, la libertad de expresión no cede ante cualquier propósito enarbolado en abstracto, sólo frente a los fines taxativamente establecidos por la CPEUM y los tratados internacionales. En tal sentido, la Corte IDH sostiene que invocar en abstracto, y sin probar, a un derecho protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no legitima la restricción de un derecho. ⁴⁸

Lo anterior da cuenta de que las restricciones al ejercicio de los derechos humanos no operan automáticamente. Y es justo aquí donde radica la utilidad del método de dos etapas. Este método de interpretación impide

⁴⁵ SCJN, Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional 1/2015. Sentencia del Pleno del 3 de abril de 2017, M.P. Javier Laynez Potisek, p. 36; Gardbaum, Stephen, *op. cit.*, p. 801.

⁴⁶ Miller, Bradley W., “Justification and Rights Limitation”, en Huscroft, Grant (ed), *Expounding the Constitution*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010, p. 94.

⁴⁷ Una interpretación menos nacionalista sugiere que el primer párrafo del artículo 1o. de la CPEUM establece una reserva de Constitución —de modo que la potestad de establecer las condiciones en las que es legítimo limitar el ejercicio de los derechos humanos es exclusiva de la CPEUM— y no que ésta deba prevalecer sobre los derechos humanos de fuente internacional.

⁴⁸ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239, párr. 110; Weinrib, Lorraine E., *op. cit.*, p. 96.

que la consideración prematura de otros bienes jurídicos relevantes cerceñe la protección constitucional a conductas que se encuentran dentro del alcance de D1.

Ciertamente, al determinar el contenido previo de D1 en abstracto es posible vislumbrarlo completamente antes de aplicarlo al caso. Éste no llega mutilado a la etapa aplicativa —como sucedió en el caso de González Lluy—, sino que se confronta a los factores jurídicos relevantes. Éstos pueden o no incidir en ese alcance; si no inciden, y las tensiones son aparentes, el contenido previo del derecho en cuestión opera a plenitud en ese caso. Pero si la tensión es real y limita el contenido previo del derecho, el grado de afectación y su justificación debe analizarse a la luz del juicio de proporcionalidad.

5. *El principio pro persona en acción*

Recientemente, la Primera Sala de la SCJN determinó que el derecho a la vida privada familiar y la libertad religiosa no protegen la posibilidad de privar a una niña de un tratamiento médico adecuado, aunque ello contravenga las creencias religiosas de sus padres. Especialmente si ello implica riesgos para su salud o su propia vida.⁴⁹

El ejemplo se trata de un asunto controversial. Una niña —la SCJN la denomina “Clara” en la versión pública de la sentencia— padecía leucemia linfoblástica aguda y sus padres son Testigos de Jehová. De acuerdo con el diagnóstico médico, el tratamiento idóneo era la aplicación de quimioterapias acompañadas de transfusiones sanguíneas; sin embargo, sus padres solicitaron un tratamiento alternativo porque las transfusiones contravienen sus creencias religiosas.⁵⁰

El tratamiento alternativo implicaba el uso de hemoderivados para asegurar que la atención médica no transgrediera los preceptos religiosos de los Testigos de Jehová.⁵¹ No obstante, dada la condición de Clara, el uso de hemoderivados no garantizaba su recuperación e incluso ponía en riesgo su vida.⁵²

⁴⁹ SCJN, Amparo en Revisión 1049/2017. Sentencia de la Primera Sala del 15 de agosto de 2018, M.P. Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, pp. 48 y ss.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

⁵¹ *Ibidem*, p. 42.

⁵² *Ibidem*, p. 55.

Por lo anterior, y frente a la negativa de los padres de Clara a utilizar el tratamiento idóneo, las autoridades hospitalarias solicitaron la intervención de la Subprocuraduría de Protección Auxiliar de Niñas, Niños y Adolescentes del Distrito Judicial de Morelos, Chihuahua (en adelante, la Subprocuraduría). Al enterarse de la situación, la Subprocuraduría tomó la representación de Clara en suplencia de sus padres y autorizó el tratamiento propuesto por los médicos.⁵³

Para sostener su decisión, la Primera Sala utilizó el método de dos etapas —aunque no explícitamente— para delimitar con mucha claridad los bienes jurídicos en juego, a saber: *i)* el derecho a la vida privada familiar; *ii)* la libertad religiosa de los padres de Clara; *iii)* el interés superior de Clara, y *iv)* su derecho a la vida y a la salud.

En esa tesitura, la Primera Sala utiliza una concepción principialista de los derechos humanos para delimitar sus alcances, y maximizar la protección de los bienes jurídicos en juego. Es decir, les da el mayor alcance posible en abstracto, para luego determinar su alcance definitivo a la luz de todos los elementos fácticos y jurídicos relevantes del caso.

Vale decir que la concepción principialista de los derechos humanos no necesariamente —o no solamente— se expresa a través del juicio de proporcionalidad. También tiene una dimensión interpretativa que no determina la validez o aplicabilidad de los principios, sino su alcance normativo.⁵⁴ Esta es la vertiente de la teoría de los principios empleada por la Primera Sala en este caso.

En este sentido, la SCJN interpretó en abstracto el derecho a la vida privada familiar de los padres de Clara, y sostuvo que ésta merece protección frente a las intrusionas del Estado, en tanto que los padres son quienes se encuentran más aptos para tomar decisiones sobre sus hijos.⁵⁵ Esto implica la libertad de inculcarles las creencias religiosas que estimen más convenientes;⁵⁶ y de tomar decisiones médicas por ellos.⁵⁷

Pese a lo anterior, el margen de los padres para decidir sobre la vida de sus hijos no es absoluto. El límite de ese margen es el interés superior del menor. Conforme a éste, los actos de la autoridad deben preservar y

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ Barak, Aharon, *Proportionality...*, *cit.*, pp. 92 y 93.

⁵⁵ SCJN, Amparo en Revisión 1049/2017, *cit.*, p. 24.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 25 y ss.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 31 y ss.

satisfacer los mejores intereses de los niños, y los padres deben adoptarlo como el eje rector para decidir en nombre de sus hijos.⁵⁸ Así, los padres deben ejercer sus derechos mirando siempre por el bienestar de sus hijos.

De tal suerte, “los derechos parentales” no constituyen un valor preponderante. En efecto, la primera sala afirmó que

[L]os padres gozan con un ámbito de autonomía muy amplio para tomar numerosas decisiones por sus hijos —a qué escuela van a acudir, en donde deciden vivir, qué valores inculcar y qué religión enseñarles—, y autonomía para sopesar diversas razones y elegir lo que estimen mejor para ellos sin intervenciones externas. En ese sentido, el derecho presume que son los más aptos para decidir lo que resulte más favorable para las niñas y niños a su cargo.

Sin embargo, el interés superior del menor es una consideración *prevaleciente* tratándose de decisiones que son críticas para el futuro o bienestar de un menor, como aquellas relacionadas con su derecho a la salud y a la vida. En ese sentido, esta Corte entiende que el derecho de los padres a tomar esas decisiones sin interferencias encuentra su límite en la salud y la vida del menor.

En efecto, esta Primera Sala entiende que las decisiones médicas de los padres sobre sus hijos, aunque inicialmente protegidas por un campo de autonomía, no pueden ser sostenidas si colocan en riesgo la salud del menor (aun cuando esta no sea necesariamente la intención de los padres). En tanto la Constitución obliga al Estado a velar por que no se vulneren los derechos de los niños, en estos casos está justificado intervenir en la autonomía familiar con el objeto de impedir una afectación a la integridad del menor.⁵⁹

El riesgo para la integridad de Clara se actualizó cuando sus padres privilegiaron sus creencias religiosas y se rehusaron a seguir el tratamiento médico idóneo para salvar la vida de su hija.⁶⁰ Incluso si desde su cosmovisión ellos velaban por los mejores intereses de su hija, obstaculizar o impedir la aplicación de un tratamiento médico a un menor porque contraviene las creencias religiosas de sus padres no es una conducta protegida por el derecho a la vida privada familiar, ni por el derecho a la libertad

⁵⁸ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 37.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 40.

religiosa. Esto obedece a que la vida de los hijos no es un bien jurídico del que puedan disponer los padres.⁶¹

La interpretación que hizo la Primera Sala de los derechos en juego determinó su alcance. Primero en abstracto, al margen de las consideraciones del caso; y después en concreto, a la luz de los hechos y de los otros bienes jurídicos en juego.

Esto le permitió concluir que la intervención de la Subprocuraduría no interfirió los derechos humanos de los padres de Clara. Por ello no fue necesario analizar la intervención a la luz del principio de proporcionalidad. Sin embargo, la Primera Sala sí realizó un control de legalidad y constitucionalidad de la actuación de la Subprocuraduría para verificar que ésta se limitara a garantizar la salud de Clara, y no desplazara por completo los derechos de sus padres.⁶²

IV. IDENTIFICACIÓN DE RESTRICCIONES ILEGÍTIMAS A LOS DERECHOS HUMANOS

La doctrina y jurisprudencia comparada aceptan pacíficamente que, en ciertas condiciones, es legítimo restringir los derechos humanos.⁶³ Sin embargo, en México es un asunto espinoso desde que la SCJN resolvió la contradicción de tesis 293/2011.⁶⁴

La decisión es problemática porque el Pleno sostuvo que todos los derechos humanos integran el parámetro de control de regularidad constitucional;⁶⁵ pero cuando exista una restricción constitucional al ejercicio de un derecho, deberá preferirse aplicarse la restricción y no el derecho humano.⁶⁶

⁶¹ *Ibidem*, p. 43.

⁶² *Ibidem*, pp. 44 y ss.

⁶³ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, p. 217.

⁶⁴ Véase “Voto particular que formula el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea”, en SCJN, Recurso de revisión en materia de seguridad nacional 1/2015, *cit.*, p. 6. En su voto, el Ministro Zaldívar afirma que el concepto de “restricciones” a los derechos humanos suscita discusiones y desacuerdos en la jurisprudencia constitucional de la SCJN.

⁶⁵ “[U]na de las principales aportaciones de la reforma constitucional es la creación de un conjunto de normas de derechos humanos, cuya fuente puede ser, indistintamente, la Constitución o un tratado internacional. Así, este conjunto integra el nuevo parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano”. SCJN, Contradicción de tesis 293/2011, *cit.*, p. 30.

⁶⁶ “[D]erivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1º constitucional, el

En buena parte, este debate se debe a que el concepto de restricciones a los derechos humanos no tiene un significado definido en la jurisprudencia constitucional mexicana. Por ello, en la práctica puede abarcar disposiciones que no necesariamente limiten el contenido de un derecho, sino que, por el contrario, sólo excluyen conductas de protección constitucional.⁶⁷ Justamente, el ministro Arturo Zaldívar advierte sobre la ambigüedad que rodea la idea de las restricciones a los derechos humanos.⁶⁸

De tal forma, la decisión del pleno anula al principio pro persona en donde su uso es crítico, porque lo petrifica como una regla de preferencia de normas. En consecuencia, el operador jurídico no puede construir estándares amplios de protección a los derechos humanos, sino que debe elegir entre los derechos de fuente constitucional o los derechos de fuente internacional;⁶⁹ tampoco puede aplicar el método de las dos etapas. Por ello, como sostuvo en líneas anteriores, la diferencia en los alcances funciona en la práctica como una antinomia.

Sin embargo, si el principio pro persona se concibe únicamente como regla de preferencia de interpretaciones, la ductibilidad de los principios, y la interpretación en dos etapas permite a los jueces analizar si los límites al ejercicio de un derecho son legítimos a la luz del juicio de proporcionalidad.

1. *El juicio de proporcionalidad impide la aplicabilidad automática de las restricciones constitucionales*

El juicio de proporcionalidad soluciona el dilema de la CT 293/2011 porque no niega la posibilidad de que los derechos puedan limitarse. De hecho, este juicio parte de una lectura principialista de la Constitución y de los derechos humanos, de modo que no niega la posibilidad de limitarlos, sin que eso excluya a su vez el deber de optimizar la protección de esos derechos.⁷⁰

Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional". *Ibidem*, p. 49.

⁶⁷ Gardbaum, Stephen, *op. cit.*, pp. 803 y ss.

⁶⁸ Voto aclaratorio y concurrente que formula el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea", en SCJN, Contradicción de Tesis 293/2011, *cit.*, p. XIV.

⁶⁹ Cossío Díaz, José Ramón, *Voto en contra*, México, Debate, 2019, p. 45.

⁷⁰ Alexy, Robert, *El concepto y validez del derecho*, 2a. ed., trad. de Jorge M. Seña,

De este modo, el principio pro persona oxigena la aplicación de límites a los derechos humanos. En efecto, desde el juicio de proporcionalidad puede analizarse si los límites son legítimos. Esta es una consecuencia directa del método de interpretación en dos etapas, culmina el análisis de la segunda de éstas, y permite delimitar la intervención solamente a una parte del derecho, y no a todo su contenido.⁷¹

Entre más severa sea la afectación al derecho, mayor será la justificación necesaria para legitimar esa restricción. La decisión sobre la constitucionalidad de los límites no es definitiva, sino que genera reglas de preferencia condicionada.⁷² Esto obedece a que la afectación producida al derecho dependerá de los elementos fácticos y jurídicos relevantes en cada caso, y es una característica de la lectura principalista de la Constitución.

Esto provoca un análisis casuístico forzoso que considera cuatro elementos: *i)* finalidad constitucionalmente legítima; *ii)* idoneidad; *iii)* necesidad, y *iv)* proporcionalidad en sentido estricto.⁷³ En consecuencia, la variación de los factores relevantes en cada situación impide establecer reglas fijas para resolver casos futuros, pero sí permite establecer precedentes.⁷⁴

Cada uno de estos elementos implica un análisis en sí mismo, porque analiza variables particulares. La restricción debe superar cada nivel de escrutinio progresivamente, de forma que si la restricción no supera el primer nivel de escrutinio —legitimidad constitucional— es innecesario continuar con el resto del análisis. En la misma tesitura, si la finalidad de la restricción es constitucionalmente legítima pero no idónea para alcanzarla, el análisis se detiene en ese punto.

Barcelona, Gedisa, 2004, p. 75; Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *op. cit.*, p. 10. También véase SCJN, Amparo directo en revisión 85/2014. Sentencia de la Primera Sala del 4 de junio de 2014, M.P. José Ramón Cossío Díaz, párrs. 34 y 35.

⁷¹ “ Toda ley que afecte de manera negativa a una norma o a una posición que pueda adscribirse *prima facie* al ámbito de protección inicial de un derecho fundamental debe ser considerada como una intervención en ese derecho”, Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, p. 838.

⁷² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 136.

⁷³ Barak, Aharon, *Proportionality...*, *cit.*, p. 131; Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *op. cit.*, pp. 153 y ss; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, pp. 874 y ss.

⁷⁴ Garner, Bryan *et al*, *The Law of Judicial Precedent*, Minnesota, Thomson-West, 2016, pp. 21 y ss; Sunstein, Cass, *Legal Reasoning and Political Conflict*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, pp. 71 y ss.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

2. Finalidad constitucionalmente legítima

Aquí no se examina la constitucionalidad de restricción, sino de la finalidad que ésta persigue.⁷⁵ Esto presupone que no cualquier finalidad justifica la restricción de un derecho.⁷⁶

En el Amparo en Revisión 208/2016, la Primera Sala de la SCJN sostuvo que “[L]os fines que pueden fundamentar una intervención legislativa al ejercicio de los derechos humanos tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir”.⁷⁷ Por su parte, el pleno afirma que establecer restricciones al ejercicio de un derecho es legítimo cuando se busca proteger otro derecho humano o un principio constitucional.⁷⁸

Para conocer la finalidad que persigue la restricción es útil acudir a la exposición de motivos y otros documentos que informan el proceso legislativo —Garner y Scalia son críticos de esta opción—,⁷⁹ o el contexto normativo de la disposición en análisis.⁸⁰

Una vez que se conoce la finalidad de la restricción, hay que examinar si tiene cobertura constitucional. Para ello, el operador jurídico puede valerse de la teoría de las normas sobre la producción o del test de escrutinio judicial.

De acuerdo con la teoría de las normas sobre la producción, existen dos formas de regularidad constitucional: regularidad formal y regularidad material.⁸¹ La primera determina las condiciones de existencia y vigencia de las normas, y depende de que la norma producida sea coherente con las normas formales sobre su producción; la segunda depende de la coherencia de la norma producida con las normas materiales sobre su producción.

En este sentido, para que la finalidad sea constitucionalmente legítima debe ser acorde a las normas materiales sobre la producción porque éstas

⁷⁵ Barak, Aharon, *Proportionality...*, *cit.*, p. 249.

⁷⁶ SCJN, Amparo en revisión 208/2016, *op. cit.*, p. 22.

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ SCJN, Recurso de Revisión en Materia de Seguridad Nacional 1/2015, *cit.*, pp. 34 y 35; Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *op. cit.*, p. 23.

⁷⁹ Scalia, Antonin y Garner, Bryan, *op. cit.*, pp. 369 y ss.

⁸⁰ Barak, Aharon, *Purposive Interpretation...*, *cit.*, pp. 148 y ss.; Breyer, Stephen, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

⁸¹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

se ubican en un plano normativo superior y delimitan el ámbito de lo que el legislador puede decidir o no.⁸²

Por su parte, el escrutinio judicial puede ser ordinario o estricto. En el escrutinio ordinario, la finalidad debe ser constitucionalmente admisible; es decir, basta con que no esté constitucionalmente prohibida.⁸³ En el escrutinio estricto, la finalidad debe tener un apoyo constitucional claro u obedecer un mandato constitucional; es decir, debe ser constitucionalmente necesaria.⁸⁴

La teoría de las normas sobre la producción y el test de escrutinio judicial no son excluyentes. De hecho, pueden utilizarse complementariamente o de manera individual. Aquí sólo quiero resaltar su utilidad para ilustrar si la finalidad que persigue una norma es constitucional.

En este sentido, si la constitución no protege al propósito de la restricción o lo prohíbe expresamente, el juicio de proporcionalidad se detiene.

Por ejemplo, la Primera Sala de la SCJN sostuvo que privilegiar el apellido paterno al asentar el nombre de los hijos persigue una finalidad inconstitucional. Esto obedece a que tradicionalmente el orden de los apellidos denota una posición de poder y estatus. Por ello, colocar primero el apellido del hombre perpetúa concepciones y prácticas que discriminan a la mujer, por considerar que es el nombre del padre el que debe transmitirse de generación en generación.⁸⁵

Cuando la finalidad de la restricción es inconstitucional, no tiene sentido continuar con el análisis porque no puede analizarse la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de una norma que persigue un fin inconstitucional. Sin embargo, si la finalidad perseguida tiene asidero constitucional, debe pasarse al estudio de idoneidad de la restricción.

3. *Idoneidad*

Una restricción es idónea si puede alcanzar la finalidad constitucional que persigue.⁸⁶ No es necesario que la restricción alcance totalmente o con

⁸² *Ibidem*, pp. 53 y ss.

⁸³ SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 8/2014. Sentencia del Pleno del 11 de agosto de 2015, M. P. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, pp. 28 y 29.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 29.

⁸⁵ SCJN, Amparo en Revisión 208/2016, *cit.*, pp. 22-26.

⁸⁶ Barak, Aharon, *Proportionality...*, *cit.*, p. 303. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 94.

certeza su finalidad constitucional. Basta que el grado de realización sea razonable, sin que esto implique trivializarlo.

De hecho, si partimos de una lectura principialista de la constitución, no puede asegurarse que una norma será plenamente operativa porque la eficacia de los principios es variable. Esto es algo que hasta un crítico del constitucionalismo principialista, como Ferrajoli, reconoce.⁸⁷

Por ejemplo, la SCJN determinó que garantizar la eficacia de las Fuerzas Armadas es una finalidad constitucionalmente legítima. Sin embargo, el retiro forzoso basado en la inutilidad por seropositividad a los anticuerpos contra el VIH no es una medida idónea para alcanzar esa finalidad.

En efecto, los avances de la medicina demuestran que el desarrollo del VIH, y en última instancia del SIDA, no merma por sí mismo la capacidad de las personas para realizar las funciones requeridas por el ejército.⁸⁸ De esa manera, no había una relación de causa-efecto total o parcial entre garantizar la eficacia de las Fuerzas Armadas y el retiro forzoso de los elementos seropositivos. Por ello, la restricción no superó el test de idoneidad.

4. Necesidad

Una restricción es necesaria sólo si es la opción menos lesiva para alcanzar la finalidad que persigue.⁸⁹ El test de necesidad tiene dos requisitos: *i*) ser la opción menos restrictiva, y *ii*) alcanzar, en la mayor medida posible, el propósito para el que fue creada.⁹⁰ De este modo, una restricción no es necesaria si existen alternativas menos severas, y además pueden alcanzar con eficacia la finalidad que ésta persigue.

Para ser necesaria, una restricción debe: *i*) afectar lo menos posible al derecho humano; *ii*) tener el ámbito de restricción más acotado; *iii*) generar una afectación menos duradera, y *iv*) incidir en el menor número de personas posible.⁹¹

⁸⁷ “Es claro que semejante estructura del Estado constitucional de derecho está destinada, por su misma naturaleza, a un grado más o menos elevado de ineficacia...”. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibañez, Madrid, Trotta, 2010, p. 24.

⁸⁸ SCJN, Amparo en revisión 1659/2006. Sentencia del Pleno del 27 de febrero de 2007, M. P. José de Jesús Gudiño Pelayo, pp. 89 y ss.

⁸⁹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 93 y 94.

⁹⁰ Barak, Aharon, *Proportionality...*, cit., pp. 323 y ss.

⁹¹ Nogueira Alcalá, Humberto, “El uso del postulado de proporcionalidad en la juris-

Esto no significa que sea preferible pecar por defecto que por exceso. De hecho, una restricción es inútil si no puede alcanzar en la mayor medida posible el fin para el que fue creada. Sin embargo, el diseño normativo de una restricción a los derechos humanos debe optimizar —tanto como se pueda— la finalidad que persigue y —paralelamente— minimizar el grado de afectación al derecho restringido.

Por ejemplo, en el *caso Kimel*, la Corte IDH determinó que el derecho penal era excesivamente restrictivo para sancionar los daños producidos al derecho al honor, por el ejercicio de la libertad de expresión. Así, la Corte IDH concluyó que el uso del poder punitivo del Estado fue excesivo,⁹² pues las acciones del señor Kimel no merecían una sanción penal porque no eran extremadamente graves, dolosas, ni producían un daño injusto.⁹³

De hecho, en su voto particular, el Juez García Ramírez sostuvo que, por la vía civil se podrían obtener los mismos resultados que por la vía penal, porque representa una declaración de ilicitud igualmente enfática, sin afectar más de lo necesario el derecho a la libertad de expresión.⁹⁴

5. *Proporcionalidad en sentido estricto*

Aquí se valora si optimizar la finalidad de la restricción —D2 o BC— justifica el límite a D1. Para ello, el derecho y la finalidad de la restricción no se analizan en abstracto. Esto se consideró al determinar el alcance de D1 en la primera etapa; aquí el estudio es concreto, en relación con los hechos del caso,⁹⁵ y es una consecuencia directa del modelo interpretativo en dos etapas.

El test de proporcionalidad en sentido estricto valora los hechos en relación con: *i*) el grado de afectación al derecho restringido; *ii*) la relevancia constitucional del principio o derecho contrario, y *iii*) si la optimización

prudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 1, 2011, p. 122.

⁹² Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 2 de mayo de 2008, serie C, núm. 177, párr. 80.

⁹³ *Ibidem*, párr. 78.

⁹⁴ “Voto concurrente del juez Sergio García Ramírez”, en Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, *cit.*, párr. 21.

⁹⁵ Barak, Aharon, *Proportionality...*, *cit.*, p. 352; Silva Meza, Juan y Silva García, Fernando, *op. cit.*, p. 303.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

de la finalidad justifica la restricción del derecho.⁹⁶ Así, no hay una regla para todos los casos que relegue al principio pro persona al ostracismo interpretativo; por el contrario, esto exige su utilización en cada caso para determinar la legitimidad de la restricción.

El resultado del juicio de proporcionalidad es una respuesta individualizada. Ésta sólo resuelve el caso concreto —o una clase de casos—, pero puede cambiar frente a hechos y factores jurídicos distintos.⁹⁷

Por ejemplo, en *Kimel vs. Argentina*, la Corte IDH no valoró en abstracto si la protección de la honra justifica sancionar penalmente el ejercicio de la libertad de expresión, sino la proporcionalidad de las consecuencias de la sanción impuesta al señor Eduardo Kimel.

En el Recurso de revisión en materia de seguridad nacional 1/2015, el pleno no consideró si el principio de seguridad nacional puede derrotar el derecho al acceso a la información pública. Lo que la SCJN consideró fue la posibilidad de comprometer la capacidad de respuesta del Estado frente al crimen organizado, y la seguridad de la aviación, de pasajeros y tripulantes por divulgar las rutas de las aeronaves del Estado Mayor Presidencial.

Este análisis concluye la interpretación en dos etapas. En efecto, en la primera etapa se determina el contenido previo del derecho humano —al margen de potenciales restricciones—; en la segunda, se determina el alcance de los bienes jurídicos que afectan el contenido previo, y si esa afectación tiene justificación constitucional. De esta manera, es posible garantizar —en todo momento— la protección más amplia.

V. CONCLUSIONES

El principio pro persona orienta la interpretación de los derechos humanos reconocidos por el parámetro de control de regularidad constitucional. Esto obedece a que, para poder otorgar la protección más amplia a los derechos de las personas, los operadores jurídicos deben interpretarlos de manera extensiva.

⁹⁶ Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*, cit., párr. 84; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 138.

⁹⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 146; cfr. Garner, Bryan et al., *op. cit.*, pp. 21 y ss.; Sunstein, Cass, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

Para ello hay que distinguir entre el contenido previo y el contenido definitivo de los derechos humanos. El primero abarca las conductas que el derecho protege en abstracto, y el segundo el alcance de esa protección a la luz del caso concreto.

Esta distinción propicia que el operador jurídico determine el contenido previo de los derechos en los términos más amplios posibles. En efecto, al trasladar hasta la segunda etapa cualquier consideración fáctica o jurídica relacionada con el caso, el contenido previo abarca la zona de certeza y la zona de penumbra del derecho.

Lo anterior evita que el análisis prematuro de los elementos jurídicos relevantes cercene el contenido previo del derecho, y optimiza su alcance en sede interpretativa.

Esta concepción del principio pro persona se aproxima considerablemente a la teoría principialista de los derechos humanos de Robert Alexy. Desde esta óptica, los derechos humanos son mandatos de optimización que deben realizarse en los términos más amplios posibles, de conformidad con los elementos fácticos y jurídicos relevantes. Es decir, normas que por su propia naturaleza deben interpretarse extensivamente.

De allí que yo afirme que cuando la CPEUM exige la protección de los derechos humanos en los términos más favorables, en realidad los está transformando en normas con la estructura de principios.

Esto tiene dos implicaciones. La primera es que el juicio de proporcionalidad sería el método para resolver los conflictos entre el alcance de dos derechos o entre un derecho y un bien jurídico protegido de relevancia constitucional. La segunda sería que, las restricciones constitucionales ya no tengan una presunción de validez absoluta *a priori* y, en consecuencia, el principio pro persona irradie sus efectos sobre todo el parámetro de control de regularidad constitucional.



Fecha de recepción: 23 de octubre de 2018.

Fecha de dictamen: 14 de mayo de 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

La revocatoria de mandato a nivel subnacional en Argentina: normativa y casos

Recall at the Subnational Level in Argentina: Regulations and Cases

María Laura EBERHARDT*

RESUMEN: En Argentina, la revocatoria de mandato solo existe en algunas regulaciones subnacionales pero no en la Constitución nacional. Ello explica la multiplicidad y diversidad de formas y requisitos que dicho mecanismo adquiere en las distintas normas provinciales, municipales y locales. Tal situación hace complejo y desalienta su abordaje, atentando contra todo intento de desplegar una mirada comparativa, en forma simultánea y conjunta, a lo largo del territorio. Por ese motivo, el estudio de tal herramienta de participación ciudadana suele fragmentarse en investigaciones parciales de casos, en este país, con una perspectiva particular y aislada de los demás distritos. Se pierde así la posibilidad de hallar elementos similares y diferentes que aporten a una mejor comprensión, no solo del diseño y resultados de la revocatoria a escala micro, sino también de su desempeño general a nivel macro. Reducir esa deuda pendiente para la Argentina es el objetivo de este trabajo.

Palabras clave: revocatoria de mandato, Argentina, regulación, casos.

ABSTRACT: In Argentina, the recall only exists in some subnational regulations but not in the national Constitution. This explains the multiplicity and diversity of forms and requirements that this mechanism acquires in the different provincial, municipal and local regulations. Such a situation complicates and discourages its approach, undermining any attempt to display a comparative view, simultaneously and jointly, throughout the territory. For this reason, the study of such a citizen participation tool is usually fragmented into partial case investigations in this country, with a particular perspective isolated from the other districts. The possibility of finding similar and different elements that contribute to a better understanding is lost, not only of the design and results of the recall on a micro scale, but also of its overall performance at the macro level. Reducing that outstanding debt for Argentina is the objective of this work.

Keywords: Recall, Argentina, Regulation, Cases.

* Doctora por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Investigadora del Conicet, Argentina. Contacto: <http://orcid.org/0000-0003-4447-5641>; laura_rafaela@yahoo.com.ar.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La revocatoria de mandato desde el derecho constitucional*. III. *La revocatoria de mandato en la normativa subnacional Argentina*. IV. *Los casos de aplicación de la revocatoria de mandato en Argentina*. V. *A modo de conclusión: vinculando normativa y práctica*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende subsanar, en parte, la carencia de estudios integrales, tanto normativos como empíricos, respecto de la incorporación e implementación de la revocatoria de mandato en todo el territorio argentino. Dicha carencia es producto, también en parte, de las dificultades que implica la falta de una normativa de nivel nacional, que establezca un procedimiento único y homogéneo para todos los distritos. Ello redundaría en un escenario diverso y complejo, en el que, primero, no todas las provincias cuentan con esta herramienta; y las que si la incorporan en sus Constituciones estatales, le imprimen sus características propias, sin correlación con el resto.

De este modo, el objetivo principal del presente trabajo consiste en relevar, de forma sincrónica, todas las Constituciones provinciales vigentes en el país para identificar la presencia o ausencia de este mecanismo en su articulado. El análisis de las Constituciones provinciales, así como, el uso de bibliografía existente sobre casos parciales se constituye en las principales fuentes. Al mismo tiempo, una vez identificadas las provincias que poseen revocatoria a nivel constitucional, se procederá a rastrear cuál fue la primera Constitución en adoptarla y, asimismo, detectar si alguna la tuvo en algún momento y luego la eliminó. Tercero, de dichas Constituciones se extraerán todos los requisitos y procedimientos que allí se estipulen para delimitar los alcances y funcionamiento de esta herramienta, de modo de determinar cuáles parecen ser las más accesibles para su implementación y cuáles, las más restrictivas. Finalmente, resta por realizar un paneo general respecto de la aplicación empírica de este mecanismo en dichos distritos. Es decir, si fue implementada o no, y, en caso positivo, de qué manera y con qué resultados. No obstante, justamente, por tratarse de un relevamiento general, cabe advertir que lo que se gana en amplitud y cobertura se pierde en profundidad.

II. LA REVOCATORIA DE MANDATO DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

A los fines de habilitar una cabal comprensión de la revocatoria de mandato y de sus alcances dentro de los regímenes democráticos representativos de gobierno, es menester comenzar por enfocar este concepto desde la mirada propia del derecho constitucional.

Para ello, resulta fundamental remitirnos a la teoría del mandato, que define al mismo como la misión que los ciudadanos (mandantes) encomiendan a algunos de ellos (mandatarios) de que ejerzan el poder en su nombre y por su cuenta.¹ Esta teoría distingue dos tipos de mandato, propios de diferentes épocas. El primero es el mandato imperativo, forma característica de los estamentos medievales, en donde se permitían los *cahiers d'instructions* (libros de instrucciones) y las revocatorias de mandato.² Esa modalidad representativa, propia del derecho privado, que regía en las asambleas medievales, entiende al mandato como un “vínculo en función del cual los electores otorgan a sus elegidos instrucciones concretas a las que éstos han de sujetarse necesariamente”.³ Ello, “hasta el punto que el representante se obligaba personalmente con sus propios bienes a reparar los perjuicios causados si sobrepasaba los límites del mandato, además de producirse, en ese caso, la revocación del mismo”.⁴

El segundo tipo de mandato es el representativo o libre, propio del derecho público y surgido de las revoluciones burguesas modernas. En adelante los diputados se convierten en representantes del país entero y su mandato, justamente por vincularse a la nación y no a las personas o grupos que lo eligen, “no podrá en ningún caso ser revocado por estos”.⁵

¹ Voz “Mandato político”, *Enciclopedia Jurídica*, 2014, disponible en: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/mandato-pol%C3%ADtico/mandato-pol%C3%ADtico.htm>, consultado el 11 de febrero de 2019.

² Ramírez Cleves, Gonzalo, “Mandato imperativo y mandato representativo. Una perspectiva diversa, el caso colombiano”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 8, 2000, p. 160.

³ Álzaga Villamil, Oscar; Gutiérrez, Ignacio y Rodríguez Zapata, Jorge, *Derecho político español según la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998, p. 289.

⁴ De Vega, Pedro, “Significado constitucional de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 44, 1985, pp. 26.

⁵ *Ibidem*, p. 30.

El representante se libera de las instrucciones fijas: “resulta así la *independencia* del diputado, con la consiguiente *irresponsabilidad* jurídica del mismo y con el carácter *irrevocable* de la designación”.⁶

Ahora bien, la revocatoria de mandato, abandonada por el constitucionalismo moderno tras la prohibición del mandato imperativo desde fines del siglo XVIII, ha sido incorporada en las últimas décadas en numerosas Constituciones y legislaciones nacionales y subnacionales de América Latina. Para comprender su significado y efectos en las democracias representativas contemporáneas es necesario dar una breve definición de la misma. Es este un mecanismo de *accountability* societal que habilita a los ciudadanos a destituir a un representante electo que ha perdido su apoyo o que ha incumplido el programa de gobierno. Se efectiviza a través del voto en un referéndum, siendo por ello considerado como una forma de la democracia directa.

Este instrumento puso en cuestión la noción moderna de “representación libre” antes referida, iniciando un desplazamiento hacia un nuevo tipo de mandato imperativo o, al menos, a un tipo de mandato representativo modificado o híbrido,⁷ donde los representantes quedan sujetos (bajo amenaza de ser revocados por incumplimiento o insatisfacción general) a las instrucciones que ellos mismos se han dado (el plan de gobierno postulado en campaña), y donde, aún así, dichos representantes representan a la nación en su conjunto y no a una parte o grupo dentro de ella.

El mandato híbrido toma del mandato imperativo los elementos de: *a*) sujeción del representante a una serie de instrucciones, y *b*) revocabilidad del cargo por incumplimiento de las mismas. Por su parte, del mandato representativo mantiene la representación de la nación en su conjunto (y no la de un grupo). A dichos elementos se agrega una novedad de la época contemporánea: las instrucciones del representante no son dadas por el representado (como en la Edad Media), sino por el propio representante (o su partido) que formula la plataforma de gobierno a partir de la cual es elegido.

⁶ López, Mario J., *Introducción a los estudios políticos*, vol. II. Formas y fuerzas políticas, Buenos Aires, Editorial Kapelusz, 1971, p. 371.

⁷ Eberhardt, María L., “El mandato y su revocación desde la relación jurídico-política entre electores y elegidos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, España, núm. 29, 2019.

III. LA REVOCATORIA DE MANDATO EN LA NORMATIVA SUBNACIONAL ARGENTINA

En Argentina, la revocatoria de mandato ha alcanzado una importante presencia en la normativa subnacional: se extendió a lo largo del tiempo a un gran número de constituciones provinciales, así como también de regulaciones concebidas para regir las administraciones municipales y locales.

Por otro lado, la Ciudad de Buenos Aires, capital del país, incluyó este mecanismo en su primera Constitución como Ciudad Autónoma (1996), siguiendo la impronta dejada por la reforma constitucional nacional de 1994 que introdujo por primera vez dos mecanismos de democracia directa, a saber: la iniciativa popular y, la consulta popular vinculante y no vinculante.

De este modo, el abordaje de la revocatoria de mandato en Argentina requiere, para comenzar, la realización de un relevamiento y análisis de las Constituciones provinciales (y de la Ciudad de Buenos Aires) que la contengan en su articulado. Este tratamiento, que en primer lugar será sincrónico (sobre las Constituciones actuales), incluirá asimismo una mirada diacrónica o retrospectiva (incluyendo a las anteriores, hasta llegar a la primera en incorporarla), ya que, en algunas provincias, dicho mecanismo hace gala de una antigüedad extraordinaria: ha sido incorporado desde principios y mediados del siglo pasado, de forma bastante precoz, en comparación con la oleada reformista y participativa iniciada en los años 80.

1. *La revocatoria de mandato en las Constituciones provinciales argentinas*

La Constitución Nacional argentina no incluye la revocatoria de mandato en su articulado. La reforma constitucional de 1994 incorporó por primera vez dos mecanismos de participación ciudadana: la iniciativa popular (artículo 39) y la consulta popular vinculante (convocada por el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados) y no vinculante (convocada por el Congreso o por el presidente de la nación [artículo 40]). Dalla Vía observa que antes de dicha reforma “la mayoría de la doctrina consideraba inviables, en nuestro sistema, las llamadas formas de democracia semidirecta por entender que las mismas se contraponían con el artículo 22...”⁸

⁸ Dalla Vía, Alberto, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, p. 342.

No obstante, “esta limitación ha cedido con la sanción constitucional de los artículos 39 y 40 que, sin embargo, deben armonizarse con el artículo 22...”⁹ En definitiva, advierte que “si bien el constituyente aumentó los niveles de participación ciudadana, nuestro sistema sigue siendo representativo...”¹⁰

A pesar de que dicha adopción fue bastante acotada en la ley fundamental argentina, el panorama a nivel subnacional resultó ser otro. Según Sabsay, “debe reconocerse que han sido los textos constitucionales de las provincias argentinas los que estuvieron a la vanguardia, obrando como punta de lanza en la introducción de los nuevos procedimientos participativos”.¹¹ Ciertamente, la primera fase de incorporación de mecanismos de participación ciudadana se produjo en el contexto del afianzamiento institucional emprendido por las provincias según las directrices de la Constitución Nacional histórica de 1853/60.¹²

Concretamente respecto de la revocatoria de mandato, varias provincias la incorporaron en sus marcos regulatorios de forma muy temprana, gracias a un sistema federal que les permitió sancionar sus propias Constituciones: la provincia de Córdoba la introdujo por primera vez en 1923 (artículo 152) y luego vendría la de Entre Ríos, en 1933. Estas normativas preveían la posibilidad de que la legislación municipal concediera a sus habitantes algunos derechos de participación ciudadana.¹³ El artículo 193 de la Constitución entrerriana de 1933 estipulaba que la Ley Orgánica de las Corporaciones Municipales podía otorgar al electorado de cada municipio, y para casos expresamente enumerados, los derechos de iniciativa, referéndum y destitución de los funcionarios electivos.

En la década de 1950 se inició la segunda fase de adopción de mecanismos participativos en Argentina, a partir del proceso constituyente promovido en las nuevas provincias (conformadas a partir de la provincialización de los antiguos territorios nacionales), en la que se observó

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

¹¹ Sabsay, Daniel, “La participación ciudadana en la toma de decisiones en el derecho público argentino”, en Lissidini, Alicia; Welp, Yanina y Zovatto, Daniel (coords.), *Democracia directa en Latinoamérica*, Buenos Aires, Prometeo, 2008, p. 194.

¹² *Idem.*

¹³ Arques, Facundo, “Argentina: una herramienta de los gobernados en manos de los gobernantes”, en Welp, Yanina y Serdült, Uwe, *La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Quito, Consejo Nacional Electoral–Instituto de la Democracia, 2014, p. 160.

un avance más decidido.¹⁴ En este período la revocatoria se incorporó en las Constituciones provinciales de Chaco (1957, artículo 2o.), Misiones (1958, artículo 2o.), Neuquén (1957, artículo 3o.) y, aunque sólo para el ámbito municipal, en la de Corrientes (1960, artículo 170).

El citado artículo 2o. de la Constitución de Misiones de 1958 reconoce que la soberanía reside en el pueblo, del cual emanan todos los poderes, pero también que éste no gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades legítimamente constituidas, sin perjuicio de los derechos de iniciativa, referéndum y revocatoria.

De igual modo, la Constitución de Neuquén de 1957 (luego modificada en 1994) en su artículo 3o. también admite que la soberanía reside en el pueblo, quien no gobierna sino por sus representantes con arreglo a esa Constitución, pero sin perjuicio de sus derechos de iniciativa, referéndum y revocatoria. Asimismo, el artículo 198 otorga a los electores de los municipios los derechos de iniciativa, referéndum y revocatoria mediante el voto popular en la forma y bajo las condiciones que la ley establezca.

Por último, la reforma de la Constitución de Corrientes de 1960 en su artículo 170 dispone en forma similar que los integrantes del cuerpo electoral del municipio tienen los derechos de iniciativa, referéndum y revocatoria, en la forma que reglamente la ley.

El período más fértil en cuanto a introducción de mecanismos de participación ciudadana en las provincias es el que se inicia en 1983, con la recuperación de las instituciones democráticas.¹⁵ Específicamente respecto de la revocatoria, esta se introduce en La Rioja, 1986 (artículo 83); Tierra del Fuego, 1991 (artículo 209) y Santiago del Estero, 1986 (artículo 220, inciso 20), aunque la reforma de 1997 a la Constitución santiagueña eliminó este mecanismo, quedando reconocido al electorado municipal únicamente los derechos de iniciativa y de consulta popular vinculante y no vinculante (artículo 221). Dicha oleada se potenció con la referida reforma constitucional nacional de 1994, que adoptó la consulta e iniciativa popular vinculante y no vinculante. A partir de entonces, Chubut introdujo la revocatoria de mandato en 1994 (artículo 264).

Efectivamente, la mencionada Constitución de La Rioja de 1986, en su artículo 83 sobre revocatoria popular, reconoce al cuerpo electoral el derecho de decidir la destitución o separación de aquellos funcionarios electi-

¹⁴ Sabsay, Daniel, *op. cit.*, p. 194.

¹⁵ *Ibidem*, p. 195.

vos que no han cumplido el mandato recibido o que por el mal desempeño en sus funciones han dejado de merecer la confianza depositada en ellos por el pueblo. Para que la revocatoria popular se considere válida estipula la necesidad de que el resultado electoral supere el 50% de los electores inscritos en el registro electoral (un piso bastante elevado debido a que se incluye en el cálculo a quienes no asisten a votar).

Por su parte, la citada Constitución de Tierra del Fuego de 1991, en su Sección II sobre participación directa, artículo 209, incorpora, junto con otros mecanismos participativos, a la revocatoria de mandatos. Determina que la ciudadanía puede solicitar la revocatoria del mandato de cualquier funcionario en ejercicio efectivo del cargo electivo, en el modo y por la forma que establezca la ley, que deberá ser aprobada por el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la legislatura. Al mismo tiempo, prescribe a esta ley que contemple como base que la solicitud de revocatoria debe formalizarse por escrito ante la justicia electoral provincial, con la adhesión certificada por ésta del 20% como mínimo del total del número de votantes que efectivamente hayan sufragado en el último acto eleccionario celebrado en la jurisdicción correspondiente (esto es, no del padrón en general, sino sólo de los que ejercieron el voto, lo que resulta siempre un piso inferior). El mismo artículo limita el ejercicio de ese derecho a una vez transcurrida la mitad del período de la gestión motivo del cuestionamiento.

La referida Constitución de Santiago del Estero de 1986 en su extenso artículo 220 en el que sienta las bases de organización del gobierno comunal, incluye un último inciso, el 20, en el cual determina que las Cartas y la Ley Orgánica de las Municipalidades asegurarán el bien común, la participación y el funcionamiento de entidades intermedias en la gestión administrativa y de servicio público, y garantizarán al electorado municipal el ejercicio del derecho de iniciativa, referéndum y revocatoria. Como se adelantó más arriba, la reforma de 1997 eliminó a la revocatoria de esta lista, quedando en el artículo 221 reducidos los derechos de los electores municipales al de iniciativa y al de consulta popular vinculante y no vinculante.

Finalmente, la también nombrada Constitución del Chubut de 1994, en su artículo 232, bajo el título II sobre “Gobierno municipal”, dice que la legislatura dictará una Ley Orgánica Municipal para reglamentar el funcionamiento, los derechos y las atribuciones de los municipios. Tanto en

ella como en las cartas orgánicas que se aprueben posteriormente debe incluirse, entre otros, el derecho de revocatoria para remover a los funcionarios electivos de las municipalidades en los casos y bajo las condiciones que se establecen. Luego, el artículo 264 se dedica exclusivamente a la revocatoria de mandatos, estableciendo condiciones y modo de ejercicio, a saber que con un mínimo de 20% del padrón electoral puede solicitarse la remoción de los funcionarios electivos de la provincia; que la ley establece los casos y las condiciones requeridas para tal solicitud, debiendo contar para su aprobación con el voto de los dos tercios del total de los miembros de la legislatura; y que corresponde la revocatoria cuando la mayoría de los votos válidos emitidos así lo determine (un piso variable dependiendo de los votantes efectivos y más sencillo de reunir que si fuera considerado respecto del padrón).

En la actualidad, las Constituciones de las provincias de Chaco, de 1994; Chubut, de 1994; Corrientes, de 2007; La Rioja, de 1986; Santiago del Estero, de 2005, y Tierra del Fuego, de 1991; la de la capital federal, de 1996, y municipios de catorce provincias (de las seis mencionadas, de la Ciudad de Buenos Aires para sus comunas y de San Luis, San Juan, Río Negro, Neuquén, Misiones, Entre Ríos y Catamarca), cuentan con revocatoria de mandato en sus Constituciones y/o cartas o leyes orgánicas municipales.¹⁶ De las veinte provincias que dan autonomía institucional a sus municipios, catorce incluyen la revocatoria a nivel municipal en sus leyes orgánicas municipales y/o cartas orgánicas de las localidades, o en la Ley Orgánica de Municipalidades que rige para los municipios de menor jerarquía.¹⁷

Respecto de esta síntesis sobre las normativas actualmente vigentes que la incluyen, además de las ya explicitadas constituciones de las provincias del Chubut, La Rioja y Tierra del Fuego, se puede agregar que la Constitución del Chaco, de 1957-1994, en su artículo 2o., sostiene que todo el poder emana del pueblo y pertenece al pueblo, que lo ejerce por medio de sus representantes con arreglo a esa Constitución, y a través de los derechos de iniciativa popular, consulta popular y revocatoria. Dice que la ley reglamentaria debe aprobarse dentro de los doce meses subsiguientes a la vigencia de la reforma constitucional y asegurar que la revocatoria de los funcionarios electivos debe fundarse en las causales previstas para el

¹⁶ Arques, Facundo, *op. cit.*, p. 161.

¹⁷ *Ibidem*, p. 165.

juicio político (ambos mecanismos de *accountability* —vertical y horizontal— coinciden en ese punto), a petición de no menos del 3% de los ciudadanos de los padrones electorales respectivos (cifra notablemente baja) y ser aprobada por la mayoría absoluta de los electores inscritos (piso alto). Cumplidas dichas previsiones, se destituye al funcionario en cuestión. Respecto de su extensión a los municipios, el artículo 204 de la misma Constitución indica que la Ley Orgánica Municipal o la Carta Orgánica respectiva, deben reglamentar los derechos de iniciativa popular, consulta popular y revocatoria, con sujeción al artículo 2o.

Así también la Constitución provincial de Corrientes, de 2007, en su artículo 220 regula el ejercicio del gobierno municipal, sostiene que tanto el intendente como el viceintendente pueden ser removidos por juicio político o revocatoria popular. Luego, el Capítulo IV, de la participación ciudadana, en el artículo 226, da cuenta de una serie de mecanismos participativos (audiencia pública, consulta popular, iniciativa popular) y, entre ellos, concede al electorado el derecho a requerir la revocatoria del mandato de los funcionarios electos por causas atinentes al desempeño de sus funciones. A tal fin, deben impulsar una iniciativa con la firma del 20% de los integrantes del padrón electoral municipal. El pedido de revocatoria no es admisible para quienes no hayan cumplido un año de mandato ni para aquellos a los que les restaren menos de seis meses para su expiración. La petición debe ser presentada ante la junta electoral de la provincia que, luego de comprobar la observancia de los extremos señalados, convoca a consulta popular dentro de los noventa días de presentada la petición. El voto es obligatorio y la consulta tiene efecto vinculante si los sufragios favorables a la revocación superan el 50% de los empadronados (nuevamente, nos encontramos con un piso alto y difícil de alcanzar).

Por último, la Constitución de Santiago del Estero, de 2005, en su artículo 42, restablece el derecho eliminado en 1997 al conceder a los ciudadanos la facultad de requerir la revocación del mandato de los funcionarios surgidos de elecciones generales, fundándose en causas atinentes a su desempeño. La Cámara de Diputados, por mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros, debe sancionar la ley reglamentaria en la cual se exija la adhesión del 20% del padrón electoral para viabilizar la convocatoria, que será de participación obligatoria. La revocación del mandato del funcionario se produce si los votos favorables a la misma superan el 50% de los emitidos (cifra no tan alta en la medida en que se ata a los votos efectivos y no a los

votantes potenciales) y la participación de los electores es mayor al 50% del padrón electoral (piso razonable para un voto obligatorio destituyente). El pedido de revocatoria no es admisible para quienes no hayan cumplido un año de mandato, ni para aquellos a los que les restaren menos de seis meses para su expiración.

La solicitud debe presentarse ante el Tribunal Electoral, que tiene como obligación comprobar los requisitos señalados y convocar al referéndum de revocación vinculante dentro de los noventa días de presentada la petición, no pudiendo prorrogarse ese plazo. A su vez, el artículo 84 agrega a todos los cargos electivos del Consejo General de Educación, Junta de Calificaciones y Clasificaciones, y Tribunal de Disciplina como pasibles de ser revocados conforme lo reglamente la ley. Mientras tanto, el inciso 36 del artículo 136 enumera como una atribución del Poder Legislativo la de dictar leyes reglamentarias de la iniciativa popular, la consulta popular vinculante y no vinculante, y el referéndum de revocación. En cuanto al ámbito local, el artículo 208 estipula a la Ley de Municipalidades y Cartas Orgánicas que deben garantizar al electorado municipal el derecho de iniciativa, consulta popular vinculante y no vinculante, y la revocatoria de mandatos. En esta reforma constitucional se restablece la revocatoria a nivel municipal que, como se dijo, había sido eliminada de la Constitución de 1997, y se incorpora además formalmente este mecanismo para el ámbito provincial.

2. *La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del 1o. de octubre de 1996.*

Sabsay reconoce a la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, de 1996, como la que más avanza en la materia de introducir mecanismos de participación ciudadana, y que al respecto desarrolla “una verdadera matriz participativa”.¹⁸

Efectivamente, la capital federal argentina incorpora a la revocatoria en su primera Constitución como ciudad autónoma en 1996 (artículo 67), para los funcionarios electivos en ejercicio de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y de las Comunas, siempre y cuando hayan cumplido como mínimo un año de mandato (estipulado en cuatro años), o les restare más de seis meses para su expiración, fundándose en causas atinentes a su ejercicio.

¹⁸ Sabsay, Daniel, *op. cit.*, p. 196.

Una vez que la iniciativa popular logra recolectar las firmas del 20% del padrón electoral correspondiente (de la ciudad o comunal) exigidas a fin de iniciar este mecanismo, el Tribunal Superior debe convocar a un referéndum de revocación dentro de los noventa días de presentada la petición. Dicho referéndum es de participación obligatoria, pero sólo tiene efecto vinculante si los votos favorables a la revocación superan el 50% de los inscritos en el padrón (nuevamente aparece la elevada base presente en otras Constituciones provinciales).

CUADRO 1. LA REVOCATORIA DE MANDATO EN LAS CONSTITUCIONES
 PROVINCIALES VIGENTES

| <i>Provincias con revocatoria de mandato</i> | <i>Cargos</i> | <i>Causales</i> | <i>Firmas para la solicitud / plazo de recolección</i> | <i>Votos para la revocación</i> | <i>Concurrencia electoral</i> | <i>Efecto</i> |
|--|--|---|--|--|-------------------------------|---|
| Chaco 1994 | Funcionarios electivos. La ley orgánica municipal o la carta orgánica respectiva reglamentarán este derecho. | Fundarse en las causales previstas para el juicio político: incapacidad física o mental sobreviniente, mal desempeño o falta de cumplimiento de los deberes del cargo, delito en el ejercicio de sus funciones o delitos comunes. | No menos del 3% de los ciudadanos de los padrones electorales respectivos. | Mayoría absoluta de los electores inscritos. | | Cumplidas dichas previsiones, se destituye al mandatario. |
| Chubut 1994 | Funcionarios electivos de la provincia. La legislatura dictará una Ley Orgánica Municipal. Tanto en ella como en las cartas orgánicas que se aprueben posteriormente debe incluirse la revocatoria para funcionarios electivos de las municipalidades. La ley establece los casos y las condiciones requeridas para tal solicitud. | | Mínimo del 20% del padrón electoral. | Mayoría de los votos válidos emitidos. | | |

| <i>Provincias con revocatoria de mandato</i> | <i>Cargos</i> | <i>Causales</i> | <i>Firmas para la solicitud / plazo de recolección</i> | <i>Votos para la revocación</i> | <i>Concurrencia electoral</i> | <i>Efecto</i> |
|--|--|--|--|---|-------------------------------|--|
| CABA 1996 | Funcionarios electivos en ejercicio de los poderes Ejecutivo, Legislativo y de las comunas, siempre y cuando hayan cumplido como mínimo un año de mandato o les restare más de seis meses para su expiración. | Causas atinentes a su ejercicio. | 20% del padrón electoral correspondiente. | Votos favorables a la revocación superiores al 50% de los inscritos en el padrón. | | Participación obligatoria. Efecto vinculante solo si se alcanza el mínimo de votos requeridos. |
| Corrientes 2007 | Tanto el intendente como el viceintendente pueden ser removidos por revocatoria popular, funcionarios electos. El pedido de revocatoria no es admisible para quienes no hayan cumplido un año de mandato ni para aquellos a los que les restaren menos de seis meses para su expiración. | Causas atinentes al desempeño de sus funciones. | 20% de los integrantes del padrón electoral municipal. | Que los sufragios favorables a la revocación superen el 50% de los empadronados. | | El voto es obligatorio y la consulta tiene efecto vinculante. |
| La Rioja 1986 | Funcionarios electivos | Aquellos que no han cumplido el mandato recibido o que por el mal desempeño en sus funciones han dejado de merecer la confianza depositada en ellos por el pueblo. | | Más del 50% de los electores inscritos en el registro electoral. | | |

| | | | | | | | | | | | | | |
|--|--------------------------|---------------|---|-----------------|----------------------------------|--|--|---------------------------------|---|-------------------------------|---|---------------|-------------------------------|
| <i>Provincias con revocatoria de mandato</i> | Santiago del Estero 2005 | <i>Cargos</i> | Funcionarios surgidos de elecciones generales. Todos los cargos electivos del Consejo General de Educaciones y Clasificaciones, y Tribunal de Disciplina. El pedido de revocatoria no es admisible para quienes no hayan cumplido un año de mandato, ni para aquellos a los que les restaren menos de seis meses para su expiración. La Cámara de Diputados debe sancionar la ley reglamentaria; la Ley de Municipalidades y Cartas Orgánicas deben garantizar al electorado municipal el derecho de revocatoria. | <i>Causales</i> | Causas atinentes a su desempeño. | <i>Firmas para la solicitud / plazo de recolección</i> | Adhesión del 20% del padrón electoral. | <i>Votos para la revocación</i> | Votos favorables en número superior al 50% de los sufragios emitidos. | <i>Concurrencia electoral</i> | Participación de los electores mayor al 50% del padrón electoral. | <i>Efecto</i> | De participación obligatoria. |
|--|--------------------------|---------------|---|-----------------|----------------------------------|--|--|---------------------------------|---|-------------------------------|---|---------------|-------------------------------|

| <i>Provincias con revocatoria de mandato</i> | <i>Cargos</i> | <i>Causales</i> | <i>Firmas para la solicitud / plazo de recolección</i> | <i>Votos para la revocación</i> | <i>Concurrencia electoral</i> | <i>Efecto</i> |
|--|--|-----------------|---|---------------------------------|-------------------------------|---------------|
| Tierra del Fuego 1991 | Cualquier funcionario en ejercicio efectivo del cargo electivo, transcurrida la mitad del periodo de la gestión. | | 20% como mínimo del total del número de votantes que efectivamente hayan sufragado en el último acto eleccionario celebrado en la jurisdicción correspondiente. | | | |

FUENTE: elaboración propia.

IV. LOS CASOS DE APLICACIÓN DE LA REVOCATORIA DE MANDATO EN ARGENTINA

En su repaso sobre la participación en el derecho público argentino, Sab-say destaca que

...es el ámbito local (provincial, de la Ciudad de Buenos Aires y municipal) el que resulta más fértil para la implementación de los mecanismos participativos, particularmente por la mayor cercanía entre gobernantes y gobernados que posibilita “la menor escala” en que se desenvuelven.¹⁹

Como se mencionó más arriba, la revocatoria de mandato ha sido incluida en algunas Constituciones provinciales de la Argentina mucho tiempo antes de la reforma de la Constitución nacional en 1994, donde por primera vez se incorporaron mecanismos de democracia directa a nivel nacional: la iniciativa y la consulta popular vinculante y no vinculante. En cambio, la capital federal vendría detrás de dicha apertura, pero doblaría la apuesta, multiplicando y diversificando tales mecanismos en su primera Constitución como ciudad autónoma en 1996.

Sin embargo, pocos han sido los casos registrados de aplicación de este mecanismo en el país. Ello quizás por los altos requisitos reglamentarios impuestos, así como por las presiones políticas de las autoridades para evitarlos.²⁰ Al igual que lo ocurrido con los mecanismos de democracia directa a nivel nacional, el uso de la revocatoria de mandato en el terreno subnacional también se redujo a un puñado de casos en todo el país, la mayoría de ellos infructuosos.

1. *El caso en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

Uno de los intentos de aplicación de la revocatoria de mandato en el país tuvo lugar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, contra su jefe

¹⁹ *Ibidem*, p. 194.

²⁰ Welp, Yanina y Serdült, Uwe, “La revocatoria de mandato: propuesta de análisis”, *La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Quito, Consejo Nacional Electoral-Instituto de la Democracia, 2014, p. 5.

de gobierno, Aníbal Ibarra.²¹ El proceso comenzó el 31 de enero de 2005 y se dirigió contra el titular del Poder Ejecutivo local, proveniente del partido Frente Grande, a quién se atribuyó la mayor responsabilidad por el incendio ocurrido el 30 de diciembre de 2004 durante el recital de rock del grupo Callejeros en la discoteca República de Cromañón. El siniestro, desatado en el corazón del popular barrio de Balvanera (conocido como Once), terminó con la vida de 194 jóvenes y dejó más de 700 heridos, provocando una de las mayores tragedias no naturales de Argentina.

El hecho suscitó gran conmoción en la ciudadanía. Los familiares y allegados de las víctimas lanzaron un pedido de justicia, dirigido hacia todos los responsables del hecho (directos e indirectos), tanto civiles como políticos. Un grupo de abogados de los damnificados y algunas ONG (sospechadas no obstante de responder a las órdenes del mandatario incriminado) presentaron solicitudes de revocatoria.

En efecto, las agrupaciones Instituto Buenos Aires de Planeamiento Estratégico (IBAPE), Defensa Ciudadana y la Fundación Bicentenario, agrupadas bajo el liderazgo de un abogado que era letrado de algunas víctimas y constituido representante de dichas ONG, inscribieron uno de los pedidos. El otro requerimiento de revocatoria provino de un segundo abogado, quién actuó a título personal.²² El fundamento esgrimido contra el jefe de gobierno era de mal desempeño de las funciones, “prácticamente por omisión de su ejercicio con relación al caso República de Cromañón”.²³

En el terreno de la política partidaria institucional, la oposición al gobierno, cuya mayor fuerza en la legislatura local estaba constituida por el Bloque Frente Compromiso para el Cambio, también accionó al respecto. Este partido, fundado por Mauricio Macri (principal competidor de Ibarra en las elecciones de 2003 por la jefatura de gobierno), impulsó un pedido

²¹ Eberhardt, María L., “Analizando el funcionamiento de la revocatoria de mandato en el caso por la destitución del jefe de gobierno”, en Abal Medina, Juan M. (comp.), *Participación y control ciudadanos: el funcionamiento de los mecanismos institucionales electorales y societales de accountability en la Argentina*, Buenos Aires, Prometeo, 2009, pp. 173-196; Eberhardt, María L., *Siga participando... dedicado a los ciudadanos de las democracias reales. Los mecanismos de participación y control societal en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Prometeo, 2013.

²² “La justicia hizo lugar al pedido de convocatoria de Referéndum”, *Territorio Digital*, Argentina, 3 de febrero de 2005, disponible en: <http://www.territorioidigital.com/nota.aspx?c=5828808072117397>, consultado el 20 de marzo de 2019.

²³ “El incendio del Cromañón sigue quemando”, *Boletín Argentino*, disponible en: www.boletinargentino.com/index.php?p=197, consultado el 14 de abril de 2019.

de juicio político contra el primer mandatario. Las imputaciones políticas de la legislatura contra Aníbal Ibarra se referían al abandono del poder de policía de la ciudad, la desatención de alertas institucionales que hacían previsible que algo así ocurriera y la falta de previsión para una tragedia de esta naturaleza. Así, el jefe del Ejecutivo se encontraba “arrinconado por el macrismo y la izquierda y sin una red política suficiente”.²⁴

Una vez presentadas las solicitudes de revocatoria, el Tribunal Superior de Justicia autorizó la recolección de firmas, que debían ser equivalentes a no menos del 20% del padrón de la ciudad. Para completar la recolección, los promotores disponían de doce meses a partir de la entrega de planillas. La iniciativa popular constituía el primer paso de la revocatoria, previo al llamado a referéndum vinculante. Una vez validados los avales y datos de los ciudadanos firmantes, el mismo Tribunal debía convocar el plebiscito dentro de los noventa días subsiguientes.

El fin de la convocatoria era que los ciudadanos porteños pudieran decidir si su jefe de gobierno, Aníbal Ibarra, debía continuar en el cargo, o no, tras las imputaciones que recibiera por la tragedia. Si Ibarra obtenía el castigo de las urnas, el gobierno quedaría en manos de su vice, Jorge Tellerman. De lo contrario, el jefe de gobierno podría completar su mandato, que debía finalizar en 2007.²⁵

Frente al proceso de juicio político que el titular del Ejecutivo enfrentaba paralelamente en la Legislatura por igual motivo, Ibarra adoptó una actitud favorable respecto del llamado a referéndum revocatorio. Realizó una primera maniobra de adhesión al mismo, con un posterior pedido especial ante la justicia de saltar el paso previo de recolección de firmas para acelerar y simplificar los trámites de votación. Ante la respuesta negativa del tribunal, encargado de proteger los intereses de los funcionarios involucrados, Ibarra terminaría asumiendo la promoción personalizada de la campaña de recolección de adhesiones.

Voceros del gobierno denunciaron que en la legislatura hubo “un intento de desatar una crisis institucional y de producir una caída del gobierno. Y que en ese escenario era muy difícil seguir trabajando”,²⁶ motivo por el

²⁴ *Idem.*

²⁵ “La justicia hizo lugar al pedido de convocatoria de Referéndum”, *cit.*

²⁶ “Razones y circunstancias del gobierno porteño para convocar al referendo de Revocatoria de Mandato”, *VillaLugano.com*, Buenos Aires, 1o. de marzo de 2005, disponible en: <http://www.villalugano.com.ar/actualidad/2005/2005-03-referendo-revocatorio.php>, consultado el 7 de octubre de 2018.

cual decidieron anunciar el referendo y sumarse al pedido de revocatoria. Si la gente sentenciaba que se tenían que ir, se irían.

Ibarra llamó a firmar las planillas el día anterior a ser interpelado en la legislatura, cuando las encuestas del más diverso origen marcaban que toda esa aguda crítica proveniente de la política y del sistema de medios no tenía eco en la opinión pública,²⁷ más allá de los directamente afectados por el siniestro. Dicho acto, a primera vista coherente con la democracia directa, se sustentaba, no obstante, en la muy baja probabilidad de reunir los avales y votos necesarios para revocarlo.

El jefe de gobierno vinculaba así “su futuro político a una eventual legitimación de su mandato por voto popular para no quedar a merced de sus adversarios políticos en el angustioso tránsito de acusaciones y defensas que supone el proceso de juicio político”. Además, los primeros sondeos atribuían a Ibarra “un apoyo superior al 60% para su permanencia en el cargo en caso de un Referéndum, aunque casi un 40% opina que el alcalde tiene mucha responsabilidad en la tragedia de Cromañón”.²⁸

Aníbal Ibarra reconoció “que éste es un sistema de difícil aplicación”. Admitió que era casi “imposible” concretar el plebiscito vinculante para que los porteños decidieran si debía continuar en el cargo o no, a raíz de las 520 mil firmas requeridas: “Advierto que es un sistema para que no se aplique... Si uno toma en cuenta la cantidad de firmas que uno tiene que juntar de un padrón, más la cantidad de votos que hay que sacar para legalmente revocar el mandato de alguien, es imposible que se aplique”. Señaló que hasta entonces se habían juntado, “con un esfuerzo fenomenal”, poco menos de 100,000 firmas para convocar el referéndum. En ese aspecto, puntualizó: “Nos faltan 400,000 (firmas) estamos con mucho esfuerzo, con gente en la calle, con organizaciones sociales que están trabajando mucho, y hay ya una circulación de firmas muy grande, con lo cual vamos a seguir avanzando”. Ibarra agregó que, generalmente, en la Ciudad de Buenos Aires votaba “el 60% del padrón electoral”. Apuntó que para que se decidiera la revocación de su mandato “debería tener entre 1.3 y 1.4 millones de votos en contra, lo cual es muy difícil... Es un sistema de muy difícil aplicación”,²⁹ concluyó.

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

²⁹ “¿Se realizará el referéndum de revocatoria de mandato convocado por Ibarra?, *Ví-*

Pues, aun en caso de juntarse el mínimo de firmas del 20% (519.599 personas) del padrón (2,597,993 electores hábiles para las últimas elecciones de 2003)³⁰ que habilitara la votación en el referéndum por la revocatoria, se necesitarían aún 1,298,998 votos a favor de la destitución. Es decir, se requería el voto de la mitad más uno de los inscritos en el padrón para ejecutarla efectivamente y desvincular de sus funciones a Ibarra. De hecho, sólo se recopilaron 89,000 firmas (el 17% del piso fijado por ley) y el proceso culminó sin siquiera llegar a la instancia de decisión popular.

El jefe de gobierno empleó a su favor un mecanismo diseñado para revocar mandatos por iniciativa y votación ciudadana (*accountability* vertical societal). Lo utilizó en el sentido contrario a su fin original: como una herramienta que le permitiría ostentar la confirmación ciudadana (implícita) de su cargo, ante la falta de apoyo popular a su revocación.

Por otra parte, la justicia penal, mediante el fallo del 7 de agosto de 2006, lo sobreseyó del cargo de homicidio culposo e incumplimiento de los deberes de funcionario, considerando que no había suficientes elementos de prueba. Contra varias apelaciones de los familiares, la Cámara de Casación lo sobreseyó definitivamente.

Ni el pedido de revocatoria ni la justicia penal sancionaron al mandatario por los hechos referidos. Fue la otra vía de destitución iniciada en forma paralela: la modalidad de *accountability* horizontal encarnada en el juicio político, la que el 14 de noviembre de 2005 lo apartaría del cargo. La Sala Acusadora de la legislatura abrió el juicio político con la presencia de 43 legisladores (dos se encontraban ausentes), con treinta votos a favor, siete en contra y seis abstenciones. Ibarra fue suspendido en su cargo y remplazado por el vicesjefe de gobierno, Jorge Telerman, designado por la Constitución local para sucederlo en caso de ausencia temporal o definitiva (artículo 99). El 7 de marzo de 2006 la Sala Juzgadora de la Legislatura de la Ciudad, conformada por los restantes quince miembros del Legislativo, decidió (por diez votos a favor, cuatro en contra y una abstención) la destitución de Ibarra como jefe de gobierno, aunque sin inhabilitarlo para ejercer cargos públicos.

llaLugano.com, Buenos Aires, 16 de marzo de 2005, disponible en: <http://www.villalugano.com.ar/actualidad/2005/2005-03-referendo-dudas.php>, consultado el 9 de noviembre de 2018.

³⁰ Atlas Electoral de Andy Tow, Argentina, disponible en: <http://www.towsa.com/andy/site.html>, consultado el 2 de febrero de 2019.

2. *Los casos provinciales*

Otros casos de intento de revocatoria de mandato a nivel local en Argentina ocurrieron, uno en 2002 en la ciudad de Córdoba, de 1,329,604 habitantes y gobernada por Unión por Córdoba (coalición liderada por el Partido Justicialista); y otro en Famatina, provincia de La Rioja, de 2,492 habitantes, gobernada por el Frente Para la Victoria-Partido Justicialista, en 2012.³¹ Ambos casos fueron iniciados por la ciudadanía a través de la recolección de firmas (modalidad “directa”) pero ninguno logró llegar a votación por haber sido suspendidos judicialmente.

En el caso de la ciudad capital de la provincia de Córdoba, un ciudadano particular inició una solicitud de revocatoria contra el intendente Germán Kammerath de la justicialista alianza Unión por Córdoba, en 2002. Ello, en virtud de los cuestionamientos reiterados a su gestión, que le habían valido varios pedidos de juicio político.

El Tribunal Electoral habilitó la recolección de avales y rechazó una apelación posterior del intendente para frenar el mecanismo. Sin embargo, el mandatario lograría su cometido tras apelar frente a la Suprema Corte, bajo el argumento de que ya existían pedidos de juicio político irresueltos en su contra y fundándose a tal fin en el artículo 119 de la Carta Orgánica Municipal.

Dicho artículo, titulado “Imposibilidad del ejercicio simultáneo de los procedimientos revocatorios”, decía que si se promovía el procedimiento determinado por los artículos referidos a denuncias de concejales contra mandatarios, realizadas ante el Concejo Deliberante por mal desempeño de sus funciones, incapacidad, incompatibilidad o inhabilidad sobreviniente, el electorado no podría ejercer el derecho de revocatoria previsto en la Carta Orgánica hasta que no finalizara aquél, y viceversa. A diferencia de la normativa de la Ciudad de Buenos Aires, dicho reglamento prohibía la ejecución de dos procesos destituyentes simultáneos (*accountability* horizontal y vertical) por igual causa contra el mismo funcionario.

Si bien el intendente logró detener la revocatoria mediante vía judicial, seis meses más tarde sería nuevamente llevado a juicio político. Recién en octubre de 2015 fue condenado a tres años y medio de prisión efectiva, e inhabilitado a perpetuidad para ejercer cargos públicos, acusado de realizar negociaciones incompatibles con la función pública. Fue su

³¹ Arques, Facundo, *op. cit.*, pp. 171 y 172.

primera condena a pesar de las decenas de procesos judiciales por los que atravesó.³²

El otro caso similar es el ocurrido en Famatina, provincia de La Rioja, en 2012, donde “la ciudadanía también trató de hacer uso del derecho de revocatoria del mandato y el funcionario afectado logró cancelar el mecanismo apelando a la vía judicial”.³³ Un grupo vecinalista, los “Vecinos autoconvocados”, argumentó que la diputada provincial Adriana Olima había perdido la confianza de gran parte de la ciudadanía al apoyar el desarrollo minero en la provincia. Consideraban que con esto la legisladora no representaba la voluntad de la mayoría de los habitantes del departamento que la habían votado y que rechazan la minería a cielo abierto.³⁴ Por ello impulsaron una revocatoria y lograron presentar ante el juez de paz local 1,002 firmas que avalaban la solicitud, más del 20% del padrón exigido (de una población de 4,000 habitantes).

La justicia electoral de La Rioja aceptó la solicitud y concedió ocho días a la diputada para hacer su descargo. La mandataria cuestionó el proceso y la legitimidad de la recolección de firmas. En respuesta, el Tribunal Electoral Provincial declaró inconstitucional dos artículos de la ley reglamentaria núm. 5.989 de 1994. Encontraba como contradicciones de la norma que la solicitud de revocatoria debiera ser fundada y que, al mismo tiempo, prohibiera al Tribunal Electoral valorar los fundamentos.³⁵ Finalmente, la resolución del tribunal determinó suspender el proceso.³⁶

Estos casos, calificados por Arques como “revocatoria popular del mandato” o mecanismo “directo”, son iniciados por la ciudadanía a través de la junta de firmas. Otra modalidad diferente son las llamadas revocatorias “indirectas”, lanzadas a pedido del Poder Ejecutivo o por uno o varios miembros del Poder Legislativo (integrantes del Concejo Deliberante mu-

³² “Condenaron a Kammerath a tres años y medio de prisión, pero seguirá libre”, *La Voz*, Argentina, 20 de octubre de 2015, disponible en: <http://www.lavoz.com.ar/politica/condenaron-kammerath-tres-anos-y-medio-de-prision-pero-seguira-libre>, consultado el 4 de octubre de 2018.

³³ Arques, Facundo, *op. cit.*, p. 172.

³⁴ “Rechazan iniciar proceso de revocatoria popular contra Adriana Olima”, *Rioja Virtual*, Argentina, 5 de mayo de 2012, disponible en: http://riojavirtual.com.ar/noticias/locales/rechazan_iniciar_proceso_de_revocatoria_popular_contra_adriana_olima, consultado el 14 de marzo de 2019.

³⁵ *Idem.*

³⁶ *Idem.*

nicipal). En este segundo caso, recién “una vez que se vota y aprueba el proyecto de revocatoria, se llama a un referéndum vinculante para que la ciudadanía decida la continuidad o no del funcionario”.³⁷

En las revocatorias indirectas el puntapié inicial lo da el Concejo Deliberante (que aprueba el proyecto con la mayoría de sus miembros), o el Poder Ejecutivo. Como el voto en referéndum de la ciudadanía es imprescindible y obligatorio para completar la destitución, conserva en parte un componente, aunque secundario, de participación ciudadana. No obstante, al excluir de su convocatoria a la población “de a pie”, se transforma principalmente en una herramienta de competencia política intra-élite y de estrategia electoral, motivo por el cual excede el objeto de este trabajo.

Baste sólo con mencionar rápidamente los casos registrados de “revocatoria indirecta”. Entre los iniciados por el Concejo Deliberante, encontramos que únicamente tres pedidos llegaron a votarse, y que sólo uno revocó al gobernante en cuestión. Estos casos tuvieron lugar en Almafuerte (2010), provincia de Córdoba, de 10,534 habitantes y gobernada por la Unión Cívica Radical; Capilla del Monte (2010), misma provincia, de 9,085 habitantes y gobernada por el Partido Justicialista; y Bariloche, provincia de Río Negro (2013), con 112,887 habitantes y gobernada por el Frente Para la Victoria.³⁸

El revocatorio de Almafuerte fue impulsado contra el intendente con el voto afirmativo de seis de los siete miembros del Concejo Deliberante, por supuestas irregularidades administrativas cometidas en el cargo. Sin embargo, el referéndum ratificó la continuidad del mandatario con el 53% de los votos. En Capilla del Monte, también el Concejo Deliberante fue el que, con el voto de seis de sus siete miembros, pidió revocar el mandato de la intendenta, considerada responsable política de anomalías observadas en el manejo de subsidios y viáticos del personal municipal. La mandataria fue ratificada por el 55% de los votos, en un referéndum en el que participó el 50% de los electores.³⁹ Finalmente, en San Carlos de Bariloche, el pedido de revocatoria contra el intendente Omar Goye tuvo su origen en una crisis política iniciada en 2011 y plasmada en una serie de saqueos a supermercados y comercios. El gobernador de Río Negro responsabilizó a Goye por los hechos. Acto seguido, tres concejales presentaron un pro-

³⁷ Arques, Facundo, *op. cit.*, p. 169.

³⁸ *Ibidem*, p. 170.

³⁹ *Ibidem*, p. 171.

yecto de revocatoria ante el Concejo Deliberante.⁴⁰ El referéndum, en el que participó el 59% del padrón, selló la destitución del intendente en 2013 con 77% de los votos.⁴¹

Los otros casos de “revocatoria indirecta” fueron los dos procesos iniciados por el Poder Ejecutivo contra miembros del Legislativo, ambos durante 2011 en la provincia de Córdoba. Uno ocurrió en Deán Funes (20,264 habitantes, localidad gobernada entonces por la Unión Cívica Radical) y el otro en Villa Ascasubi (2,081 habitantes, dirigida por el Partido Justicialista). Los dos llegaron a aplicarse en forma completa y terminaron con la destitución de los funcionarios cuestionados. En el primer caso, el intendente impulsó una revocatoria contra cuatro de los siete concejales integrantes del Concejo Deliberante local.⁴² Estos mandatarios opositores fueron acusados de “trabar la acción de gobierno por simples cuestiones políticas”.⁴³ Tras varias idas y vueltas, el referéndum se celebró en febrero de 2011. Los cuatro concejales fueron destituidos con el 54% de los votos emitidos por apenas el 40% de la población. El intendente reivindicó su triunfo.⁴⁴ Por su parte, en Villa Ascasubi la revocatoria se interpuso contra dos concejales opositores al Ejecutivo, quienes habían alcanzado sus bancas en la lista del oficialismo para más tarde virar hacia la oposición.⁴⁵ El mecanismo fue promovido por la intendenta Zully Fonseca de Salvi (Partido Justicialista) bajo el argumento de que dichos legisladores habían traicionado los ideales del partido, el programa de gobierno municipal y a sus electores, al abandonar la bancada oficialista y comenzar a votar alineados con la oposición, dejando además sin respaldo legislativo a la

⁴⁰ “Concejales piden la suspensión del intendente Omar Goye y la revocatoria del mando”, *El Chubut*, Argentina, 17 de enero de 2013, disponible en: <http://www.elchubut.com.ar/nota/37125-concejales-piden-la-suspension-del-intendente-omar-goye-y-la-revocatoria-del-mando/>, consultado el 20 de febrero de 2019.

⁴¹ “Ganó el «Sí»: el intendente Goye fue destituido en Bariloche”, *La Nación*, Buenos Aires, 8 de abril de 2013, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1570456-comenzo-el-referendum-que-define-la-continuidad-del-intendente-de-bariloche>, consultado el 16 de febrero de 2019.

⁴² “Intendente del FPV de Deán Funes gana referéndum y revoca a 4 ediles opositores”, *El Intransigente*, Argentina, 28 de febrero de 2011, disponible en: <http://www.elintransigente.com/argentina/2011/2/28/intendente-funes-referendum-revoca-ediles-opositores-73202.html>, consultado el 18 de febrero de 2019.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ *Idem*.

intendenta.⁴⁶ Al igual que en Deán Funes, ambos concejales cuestionados fueron destituidos, esta vez, con el 52% y el 52,9% de los votos, respectivamente, y con una masiva participación del 69% del padrón.⁴⁷

V. A MODO DE CONCLUSIÓN: VINCULANDO NORMATIVA Y PRÁCTICA

Una primera aproximación a la disposición constitucional sobre revocatoria de mandato en Argentina indica la ausencia de este dispositivo de control vertical para el nivel nacional de gobierno. Es decir, no se prevé este mecanismo para destituir autoridades nacionales y tampoco se le incluye en la letra de la ley fundamental para habilitar en forma total y homogénea la separación del cargo de los mandatarios electivos subnacionales.

A favor de la presencia del *recall* en este país, sin embargo, se encuentra el hecho de que ninguna regla de alcance nacional prohíbe su incorporación por vía de la normativa provincial y local. Y que, de algún modo, la reforma constitucional nacional de 1994 da un visto bueno a los mecanismos de democracia semidirecta al adoptar explícitamente dos de ellos (la iniciativa y la consulta popular) en su articulado. En tal sentido, Argentina presenta claras ventajas para la adopción de este mecanismo de control en el ámbito subnacional gracias a su organización federal de gobierno.

Como ya adelantara Tocqueville,⁴⁸ el federalismo, en tanto forma de distribución vertical del poder a partir de la conformación de unidades de gobierno más acotadas y cercanas a los habitantes, permite hacer más efectiva y cierta la participación ciudadana en las decisiones de política pública y el control cívico sobre los gobernantes. Según Gaudreault-DesBiens:

...si están cerca de los ciudadanos, los gobiernos de las unidades federadas les proveen la oportunidad de implicarse en el proceso funcional del auto-

⁴⁶ “Villa Ascasubi: una revocatoria decide el domingo el futuro de dos concejales”, *La Mañana de Córdoba*, Córdoba, 18 de febrero de 2011, disponible en: http://www.lmcordoba.com.ar/nota/47294_villa-ascasubi-una-revocatoria-decide-el-domingo-el-futuro-de-dos-concejales, consultado el 20 de febrero de 2019.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Madrid, Alianza Editorial, 1980.

gobierno. De hecho, como parte de un principio, el acceso a los servidores públicos, especialmente los electos, será más sencillo y directo en este nivel de unidades federadas que en el nivel del gobierno central.⁴⁹

En la medida en que las instancias provinciales de gobierno, y, en mayor grado, las locales, resultan ser más accesibles que el nivel nacional para la incorporación y el empleo de diversos mecanismos de participación y *accountability*, la organización federal del poder (como la que existe en Argentina), permite aumentar y fortalecer la calidad de la democracia a partir de la adopción de dichos institutos en todo el país.

Desde esta mirada que valoriza la organización federal de gobierno en términos de su contribución a ampliar y afianzar los atributos democráticos del régimen, surgen dos datos de relevancia en cuanto a la presencia del revocatorio a nivel subnacional en Argentina. Uno, respecto de la cantidad de Constituciones provinciales que actualmente cuentan con él: siete de veinticuatro (casi un tercio), incluyendo a la de la capital federal. El segundo elemento de interés es que, en varios casos, como Córdoba en 1923 y Entre Ríos en 1933, su introducción en las normativas provinciales fue no sólo muy anterior a la reforma de 1994, que por primera vez incluyó mecanismos de democracia directa en la legislación nacional argentina, sino también a la tercera ola democratizadora (iniciada en 1974), en la que estos instrumentos participativos y de control ciudadano adquieren una incipiente presencia constitucional en América Latina.

En cuanto a la letra de las Constituciones provinciales y de la capital argentina, el panorama es algo más desalentador. Ello, en tanto los requisitos previstos sugieren una difícil implementación y una casi imposible destitución de algún funcionario a través de este mecanismo. La revisión de los casos de implementación confirma estas bajas expectativas.

Haciendo una lectura comparada de la normativa, observamos que en todas estas Constituciones la revocatoria se aplica a los cargos electivos y las causales se vinculan en su mayoría con el mal desempeño de las funciones, a excepción de la del Chaco, que las emparenta con las de juicio político. Asimismo, la legislación argentina sobre revocatoria, tanto pro-

⁴⁹ Gaudreault-DesBiens, Jean-François, “Federalismo y democracia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 39, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332006000300003#notas, consultado el 25 de agosto de 2019.

vincial como municipal, exige que se expresen los motivos por los cuales se inicia, aunque no pide pruebas que los fundamenten. Incluso algunas cartas orgánicas prohíben expresamente al Tribunal Electoral u otra autoridad juzgar u opinar sobre las causas presentadas por los ciudadanos. De este modo, se diferencia dicho procedimiento de los judiciales, ratificando el poder soberano del pueblo sobre sus representantes y reduciendo el margen de arbitrariedades que pudieran cometer algunos funcionarios y magistrados en pos de detener estos procesos revocatorios.

No obstante, en algunas provincias, como Córdoba y La Rioja, hubo casos en los que los mandatarios en cuestión lograron detener el proceso vía apelación judicial, lo que muestra una contradicción manifiesta con el espíritu de la revocatoria, la que difiere de un proceso judicial justamente en la potestad que confiere al pueblo de destituir a un mandatario sin necesidad de juicio previo ni de acreditación de pruebas, sino con el solo voto mayoritario en un referéndum.

En cuanto al periodo habilitado para iniciar un revocatorio, la Ciudad de Buenos Aires, Corrientes y Santiago del Estero sólo excluyen al primer año y a los últimos seis meses del mandato. Con ello, abren un amplio periodo para la destitución vía referéndum (más de la mitad del plazo) y, al mismo tiempo, aseguran al mandatario un primer año completo de gestión en el que pueda demostrar su manejo del gobierno e implementar sus decisiones sin tener que lidiar con intentos revocatorios. Tanto el primer año como los últimos seis meses se excluyen de la revocatoria en pos de reducir las especulaciones electorales anticipadas de sus competidores, mayormente esperables tanto en los meses subsiguientes a una elección en la que fueron derrotados, como en los meses previos a las nuevas contiendas en las que pretenden participar. Una excepción negativa es Tierra del Fuego, donde se excluye la primera mitad del período, limitando en alto grado los márgenes del revocatorio, y otra, pero positiva, es la provincia de Chaco, cuya legislación reglamentaria prohíbe el ejercicio del mecanismo dentro de los primeros y los últimos seis meses, ampliando de este modo el período sujeto a revocación.

En la mayoría de los casos, el mínimo de firmas requerido para acompañar la iniciativa popular de solicitud es del 20% del padrón (excepto Chaco cuya ley reglamentaria exige sólo el 10% de los electores), una base considerable o alta, si se considera que es el primer paso previsto para dar inicio al mecanismo, previo a la convocatoria a referéndum.

Por otro lado, todas las provincias estipulan el carácter obligatorio y vinculante del referéndum revocatorio, aunque varían los requisitos para efectivizar la destitución. Para que una revocatoria se apruebe, tres provincias (Corrientes, Chaco y La Rioja) y la Ciudad de Buenos Aires, exigen un 50% más uno de los votos sobre el padrón electoral, lo que significa entre un 75% y un 80% de los votos válidos emitidos, si se considera que la participación electoral en esos distritos ronda el 75% para la elección de autoridades (pudiendo ser incluso menor en un referéndum destituyente). Chubut exige al menos el 50% pero respecto de los votos válidos emitidos (cifra menor). Finalmente, Santiago del Estero, en compensación de la mayoría simple de los votos válidos emitidos (piso muy bajo), requiere una participación mayor al 50% del padrón electoral.

A pesar de la notable presencia de este mecanismo en varias Constituciones subnacionales, concordamos con Arques en que la falta de leyes regulatorias y los elevados requisitos exigidos generan pocas posibilidades de implementarlo: “Si en un futuro este mecanismo puede ponerse en práctica y se logra la cantidad de votos necesarios bajo estas exigencias, la revocatoria del funcionario en cuestión estará sobradamente justificada”.⁵⁰

Si bien se reconoce que la situación respecto de la aplicación de la revocatoria de mandato a nivel municipal en Argentina es potencialmente alentadora, debido a las dimensiones reducidas de los distritos y a la existencia del mecanismo en una cantidad muy importante de localidades, se observa también que las prácticas identificadas hasta el momento son también muy limitadas.⁵¹ Dichos intentos y prácticas dejaron en evidencia algunas faltas y fallas en la legislación que en ocasiones resultaron determinantes para que la justicia anulara el proceso de revocatoria, especialmente en aquellos pocos intentos en los cuales los impulsores del mecanismo fueron los ciudadanos: revocatoria directa.⁵²

Esta cuestión nos remite a la siempre delicada relación entre vigencia y validez de la norma. Brevemente, por vigencia entendemos la existencia de una ley, “una norma que existe actualmente como tal en una sociedad determinada”.⁵³ Validez remite a una calificación de los actos jurídi-

⁵⁰ Arques, Facundo, *op. cit.*, p. 165.

⁵¹ *Ibidem*, p. 175.

⁵² *Ibidem*, p. 176.

⁵³ Delgado Pinto, José, “Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas”, *Doxa*, Madrid, núm. 7, 1990, pp. 101-167.

cos como válidos, “cualidad o *status* de aquellas normas que reúnen los requisitos establecidos en otra norma vigente dentro de un cierto orden jurídico”.⁵⁴ Por lo general, “el *status* de válida que se atribuye a una norma implica la presunción de que es vigente”.⁵⁵ Como se dijo previamente, en lo que hace a la vigencia de la revocatoria de mandato en Argentina, observamos su existencia en un tercio de las Constituciones provinciales (incluyendo la de la capital federal). Sin embargo, la contracara de esta vigencia es la anomia existente en cuanto a su falta de reglamentación legal en la mayoría de los respectivos distritos, lo que impide su efectiva puesta en práctica. Por otro lado, y a pesar de la validez de una institución (la revocatoria de mandato) que, aún sin tener presencia explícita en la Constitución nacional argentina, no contradice dicho marco, e incluso se engloba dentro de la categoría de los mecanismos semidirectos por ella incorporados en 1994, la mayoría de las veces no consiguió ser aplicada correctamente. Como se ha visto, en numerosas ocasiones la implementación de este mecanismo tuvo fallas y divergencias respecto de la ley reglamentaria, lo que dio lugar a apelaciones por parte de los mandatarios afectados que terminaron en la suspensión judicial del proceso por la Suprema Corte de Justicia o en declaraciones de inconstitucionalidad respecto de algunos artículos de la correspondiente norma, que pusieron en tela de juicio la validez del mecanismo.

Respecto de la modalidad de revocatoria *indirecta*, esto es, la iniciada por el Legislativo contra el Ejecutivo o viceversa, en este trabajo se considera que constituye en realidad un mecanismo de resolución de disputas entre élites políticas, que termina haciendo uso indirecto del voto de la población, pero cuya motivación central excede el descontento ciudadano. Por tal motivo pierde gran parte de su carácter de mecanismo de control ciudadano y se constituye en una forma mixta de *accountability*,⁵⁶

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ Caso especial de *accountability*. Forma de rendición de cuentas donde la iniciativa surge de alguna(s) institución(es) y/o actor(es) gubernamental(es) hacia otro(s) órgano(s) y/o agente(s) de gobierno de igual o distinto rama y/o nivel (lo que le daría una orientación horizontal). Pero que al mismo tiempo incluye en su procedimiento un ámbito de participación ciudadana, a modo de control y evaluación popular de los gobernantes (dimensión vertical). Véase Abal Medina, Juan M., “La crisis de la representación y el control sobre los representantes”, *Participación y control ciudadano: el funcionamiento de los mecanismos institucionales electorales y societales de accountability en la Argentina*, Buenos Aires, Prometeo, 2009, p. 19; Volpe Martincus, Flavia, *Calidad de las prácticas*

que combina elementos de la forma horizontal y vertical de rendición de cuentas. Se trata de una especie de control horizontal bidireccional entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo pero cuya resolución requiere asimismo de la participación ciudadana (vertical societal).

En el aspecto horizontal del control, aquí sostenemos que la revocatoria *indirecta* del Legislativo respecto del Ejecutivo se acercaría al juicio político o al voto de censura o de no confianza, propio de los regímenes parlamentarios. Asimismo, el caso inverso (un revocatorio del Ejecutivo a miembros del Legislativo) tendría una ligera similitud con la disolución parlamentaria del Legislativo por parte del gobierno, aunque, en el caso del *recall*, involucrando sólo a legisladores a título individual y no al cuerpo en su totalidad.

Nótese finalmente que, en los casos locales arriba referidos, los únicos que llegaron a instancia de votación fueron los revocatorios de modalidad *indirecta*, viabilizados por los gobernantes con fines político-electorales, mientras que los iniciados por la población (o directos) fueron detenidos por vía judicial. La voluntad política de los gobernantes, inclinada a favor o en contra del uso de los mecanismos participativos, sigue jugando un rol fundamental y definitivo en el éxito o fracaso de la implementación de este tipo de herramientas de control popular sobre los gobernantes. Su creación, reglamentación, formulación de requisitos para su uso y aplicación de la norma en el caso concreto siguen siendo potestad exclusiva de los mandatarios, los que, paradójicamente, son los destinatarios concretos de dicho control y, lógicamente, poco adeptos a su real aplicación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABAL MEDINA, Juan M., “La crisis de la representación y el control sobre los representantes”, *Participación y control ciudadano: el funcionamiento de los mecanismos institucionales electorales y societales de accountability en la Argentina*, Buenos Aires, Prometeo, 2009.

ALZAGA VILLAMIL, Oscar; GUTIÉRREZ, Ignacio y RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, *Derecho político español según la Constitución de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1998.

democráticas en los municipios argentinos. Creación e implementación del PAC, Buenos Aires, FLACSO, 2016, p. 40.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

- ARQUES, Facundo, “Argentina: una herramienta de los gobernados en manos de los gobernantes”, en WELP, Yanina y SERDÜLT, Uwe, *La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Quito, Consejo Nacional Electoral-Instituto de la Democracia, 2014.
- DALLA VÍA, Alberto, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004.
- DELGADO PINTO, José, “Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas”, Madrid, Doxa, 7, 1990.
- EBERHARDT, María L., “Analizando el funcionamiento de la revocatoria de mandato en el caso por la destitución del jefe de gobierno”, en ABAL MEDINA, Juan M., (Comp.) *Participación y Control ciudadanos: el funcionamiento de los mecanismos institucionales electorales y societales de accountability en la Argentina*, Buenos Aires, Prometeo, 2009.
- EBERHARDT, María L., “El mandato y su revocación desde la relación jurídico-política entre electores y elegidos”, *Revista General de Derecho Constitucional*, España, núm. 29, 2019.
- EBERHARDT, María L., *Siga participando... dedicado a los ciudadanos de las democracias reales. Los mecanismos de participación y control societal en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Prometeo, 2013.
- GAUDREAUULT-DESBIENS, Jean-François, “Federalismo y democracia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 39, núm. 117, México, septiembre-diciembre de 2006, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332006000300003#notas.
- LÓPEZ, Mario J., *Introducción a los estudios políticos*, vol. II, Buenos Aires, Kapelusz, 1971.
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, “Mandato Imperativo y Mandato Representativo. Una Perspectiva Diversa, el Caso Colombiano”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 8, 2000.
- SABSAY, Daniel, “La participación ciudadana en la toma de decisiones en el derecho público argentino”, en LISSIDINI, Alicia; WELP, Yanina y ZOVATTO, Daniel (coords.), *Democracia directa en Latinoamérica*, Buenos Aires, Prometeo, 2008.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, Madrid, Alianza Editorial, 1980.

- VEGA, Pedro de, “Significado constitucional de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 44, 1985.
- VOLPE MARTINCUS, Flavia, *Calidad de las prácticas democráticas en los municipios argentinos. Creación e implementación del PAC*, Buenos Aires, FLACSO, 2016.
- WELP, Yanina y SERDÜLT, Uwe, “La revocatoria de mandato: propuesta de análisis”, *La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Quito, Consejo Nacional Electoral–Instituto de la Democracia, 2014.

C

Fecha de recepción: 15 de julio de 2019.

Fecha de aceptación: 19 de agosto de 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

Regulación legal de las encuestas electorales: análisis teórico y comparado

Legal Regulation of Election Polls: Theoretical and Comparative Analysis

Pablo MARSHALL*
John CHARNEY**
Nelson ROSAS***

RESUMEN: La importancia general que las encuestas electorales han adquirido y el impacto particular que se ha identificado que tienen en el periodo preelectoral han llevado a su regulación jurídica. Ello ha generado una discusión en torno a cuál es la regulación más adecuada para considerar los diferentes intereses en juego. El presente trabajo busca analizar críticamente la actual forma de regulación en el derecho comparado que, por un lado, establece un periodo *blackout* para la publicación de encuestas y, por otro, establece la obligación de *disclosure* para la comprensión y evaluación de los resultados de las encuestas. Se revisa el derecho comparado de forma panorámica y se ahonda en los casos de Estados Unidos, Canadá, España, Francia, Colombia y Chile. Se observa que las obligaciones de *disclosure* son menos problemáticas que el

ABSTRACT: *The general importance and impact of election polls, particularly in the preelectoral period, have led to their legal regulation. This process has generated a complex discussion about the appropriate regulation to give room to the different interests at stake. This paper critically analyzes the current regulations in comparative law that, on the one hand, set a period of blackout for the publication of polls and, on the other hand, set an obligation of disclosure to provide information for the understanding and evaluation of the polls' results. Comparative law is presented in a panoramic way and in deep cases are studied: United States, Canada, Spain, France, Colombia and Chile. It is observed that the obligations of disclosure are less problematic than the*

* Profesor de Teoría Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Chile. Investigador DesDeh-UACH. Doctor por la Universidad de Glasgow. ORCID: 0000-0001-8347-4620; correo: pmarshall@uach.cl.

** Profesor e investigador del Centro Derecho Filosofía y Política, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctor por la Universidad de Londres (King's College). ORCID: 0000-0002-1971-1334; correo: john.charney@pucv.cl.

***Egresado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. ORCID: 0000-0001-8019-3479; correo: nelson.rosas.a@mail.pucv.cl.

blackout en la medida que afecta de manera más tenue a las libertades de expresión e información. Sin embargo, al introducir algunos elementos teóricos que podrían servir para calificar y comprender mejor los intereses en juego, a saber, la libertad de expresión y el correcto funcionamiento de la democracia, se identifica una justificación robusta y satisfactoria no sólo para el *disclosure* sino también para el *blackout*.

Palabras clave: encuestas, elecciones, democracia, deliberación, libertad de expresión.

blackouts because they seem to minimize the restriction of free speech and freedom of information. However, by introducing some theoretical elements that serve to qualify and understand correctly the collective democratic interests at stake, a robust and satisfactory justification is identified not only for disclosures but also for blackouts.

Keywords: Polls, Elections, Democracy, Deliberation, Free Speech.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Un marco conceptual para la regulación de las encuestas*. III. *Derecho comparado*. IV. *La regulación desde una perspectiva teórica: el argumento deliberativo*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Las encuestas electorales forman parte del panorama de la política contemporánea. Ellas pueden cumplir varios roles importantes en los sistemas políticos democráticos. Pueden ser un instrumento que permite a quienes detentan posiciones de poder medir determinadas preferencias de la ciudadanía y adoptar decisiones de acuerdo con ellas. Permiten, además, a quienes están disputando el poder político, durante periodos de elecciones, tomar decisiones estratégicas para captar el voto de uno u otro sector de la ciudadanía. Ellas también pueden proporcionar información a la ciudadanía sobre las preferencias electorales en un momento determinado. Las encuestas, finalmente, pueden servir como una forma de control democrático allí donde los gobiernos se sienten tentados a manipular fraudulentamente las elecciones.

La necesidad de regulación de las encuestas ha sido la consecuencia de un conjunto de problemas que ellas implicarían para el normal funcionamiento del sistema democrático, en especial el de conducir las decisiones electorales a cuestiones muchas veces desvinculadas de asuntos políticos de carácter sustantivo. La discusión constitucional en torno a su regulación se ha centrado en su potencial afectación de ciertas libertades, como la libertad de ejercer una actividad económica lícita, la libertad de la prensa de publicar la información levantada y la libertad de los ciudadanos de

recibir dicha información. Quienes critican la regulación de las encuestas electorales no sólo apelan a la importancia, cantidad e intensidad de libertades afectadas, sino que también aseguran la no existencia de evidencia que demuestre que ellas producen efectos perjudiciales para el sistema democrático. Por otro lado, quienes promueven su regulación apelan a la importancia que la discusión sobre asuntos políticos sustantivos ocupa en un sistema democrático y a la necesidad de proteger y mejorar la deliberación democrática acerca de esos asuntos de los efectos potencialmente corrosivos de las encuestas electorales, en especial durante periodos de elección. La pregunta que subyace a este trabajo es, por tanto, si las razones existentes para regular legalmente las encuestas electorales pueden legítimamente limitar derechos fundamentales que podrían expresarse a través de su realización, publicación y difusión.

El principal objetivo de este trabajo es articular una defensa de la necesidad de regular las encuestas electorales en periodos de elecciones populares. Lo haremos sobre la base del argumento deliberativo. Nuestra hipótesis es que, si volcamos nuestra comprensión de la libertad hacia un concepto de libertad esencialmente político y sensible a las formas de dominación que las encuestas ejercen sobre la ciudadanía a través de la degradación de la discusión pública, la regulación de las encuestas electorales no sólo es permisible sino incluso necesaria, y que tiene como implicancia, en términos de los intereses en juego, que las libertades comunicativas involucradas deben ceder ante la protección de una esfera pública democrática. Para confirmar dicha hipótesis, el desarrollo de la argumentación será el siguiente. Primero, se realizan algunas precisiones conceptuales y distinciones que ayudarán a entender con mayor precisión el objeto de estudio, las alternativas regulatorias disponibles y los problemas que éstas han enfrentado. Segundo, se revisa de forma sinóptica la forma en que el derecho comparado ha regulado la producción y difusión de encuestas electorales, al tiempo que se identificarán algunos casos que ejemplifican la forma como se ha llevado a cabo el control judicial de constitucionalidad de estas medidas. Tercero, se presentará un análisis de la teoría constitucional que identifique el problema subyacente a la restricción de la libertad para publicar encuestas electorales, que no ha sido correctamente retratado por el análisis de jurídico-constitucional. Abordando insumos provenientes de las tradiciones liberal y democrática, se ofrecerán razones que tienen relación con la concepción de las libertades

involucradas, que permitirán avanzar en una justificación robusta, no sólo de la necesidad de limitar la opacidad de la información provista por las encuestas, sino también de limitar sus efectos.

II. UN MARCO CONCEPTUAL PARA LA REGULACIÓN DE LAS ENCUESTAS

Si se observa la literatura, se pueden sacar algunas conclusiones preliminares y trazarse algunas distinciones que pueden orientar una exposición más fecunda del análisis comparado y teórico que se realiza en las dos secciones siguientes.

1. *Tipos de encuestas*

Una primera cuestión que hay que aclarar es la variedad de fenómenos que muchas veces se asocian a la noción de encuestas electorales. Para el propósito de determinar el objeto de análisis de este artículo es necesario distinguir entre diferentes modos de investigación social vinculado a la política y las elecciones. En primer lugar, se debe distinguir claramente entre *encuestas de opinión sobre asuntos de interés público y encuestas electorales o de intención de voto*. Mientras las primeras indagan el apoyo a ciertas políticas o medidas, o el apoyo a ciertas autoridades, las segundas se enfocan en intentar recoger la intención de los votantes de cara a una elección venidera. Dicho de otro modo, las primeras son encuestas que buscan determinar la *opinión actual* de la ciudadanía sobre ciertas *cuestiones sustantivas* y las segundas son encuestas que buscan realizar una predicción del comportamiento electoral futuro de la ciudadanía. Por supuesto que las encuestas de opinión, cuando son realizadas en los días previos a la elección, y especialmente cuando la campaña electoral se ha centrado en ciertos asuntos claves, podría tener un carácter predictivo, pero éste sería, sin duda, mucho menos específico que el de una encuesta de intención de voto.¹

En segundo lugar, se debe distinguir entre las encuestas *preelectorales* de intención de voto de todas aquellas operaciones que tienen como obje-

¹ Donsbach, Wolfgang y Hartung, Uwe, “The legal Status of Public Opinion Research in the World”, en Donsbach, Wolfgang y Traugott, Michael W. (eds.), *The Sage Handbook of Public Opinion Research*, Los Angeles, Sage Publications, 2008, p. 432.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

tivo la proyección de resultados de las preferencias ya marcadas. Mientras las primeras intentan predecir un hecho futuro, las segundas intentan reconstruir, con base en una información incompleta, el resultado todavía no oficialmente anunciado de la elección. Entre este segundo tipo de método, destacan por su popularidad las encuestas de salida de la urna (*exit polls*) que preguntan a los votantes cuál ha sido su preferencia marcada, a las que se suman proyecciones matemáticas para anticipar un resultado. La popularidad de este tipo de instrumento está en franco declive, especialmente ante el perfeccionamiento técnico que hace que los resultados oficiales estén disponibles, en muchos países, sólo después de un par de horas del cierre de los locales de votación.²

Finalmente, debe distinguirse, por un lado, entre *encuestas privadas*, que sirven a las organizaciones que las practican para orientar su acción, como, por ejemplo, las encuestas privadas que realizan los partidos políticos para identificar la competitividad de sus candidatos y, por otro, las *encuestas públicas*, que son aquellas encuestas cuyos resultados son presentados a la opinión pública por su carácter noticioso o por su potencial para generar un efecto en el electorado.³

El análisis que sigue se enfoca en el caso de encuestas electorales previas a la elección y de carácter público.

2. Efectos de las encuestas electorales

La necesidad de restringir el mercado de las encuestas electorales se ha venido dando por la percepción de que ellas tienen algún efecto en el proceso electoral que puede ser evitado mediante una intervención regulatoria. La revisión de la literatura permite identificar dos tipos de efectos de las encuestas de intención de voto: primero, aquellos efectos que se producen en la dinámica política del proceso electoral en general (afectando a mediano y a largo plazo, tanto a los actores como al sistema político, a las instituciones políticas y al sistema de medios); y segundo, aquellos efectos

² *Idem*.

³ López, Miguel Ángel *et al.*, “Sobre experiencia internacional en regulación y autorregulación de encuestas políticas y electorales de opinión pública. Lecciones para Chile”, en De la Fuente, Gloria (ed.), *Calidad de la democracia, transparencia e instituciones políticas*, vol. 1, Santiago de Chile, Segres y Lom Ediciones, p. 225.

en el comportamiento electoral individual de los ciudadanos (que afectan directamente —y a corto plazo— a los ciudadanos en cuanto electores).⁴

Respecto a sus efectos generales o macro-electorales, la preeminencia de las encuestas electorales sobre otro tipo de contenido informativo en el contexto de la campaña electoral, ha generado lo que ha sido denominado *horse-race effect*, que se refiere a un estilo de campaña electoral, que se asemeja a una carrera de caballos, en la medida que todo el foco de atención se dirige a la información de las encuestas que indican qué candidato está ganando o cuáles son los márgenes de predominio de un candidato por sobre la percepción del público, acerca de los programas políticos de los candidatos o de los asuntos de relevancia pública, que diferencian las políticas que los candidatos implementarían de resultar electos. Este efecto ha transformado de tal modo las campañas electorales, que en muchos casos las encuestas han desplazado a las elecciones primarias como mecanismo de selección de candidatos por parte de los partidos políticos.

Con relación a los efectos de las encuestas electorales en el comportamiento de los votantes o microelectorales, se han identificado varios efectos. Los más debatidos son el *bandwagon effect* o el efecto de convencer a los electores para votar por el candidato supuestamente ganador, y el *underdog effect* o el efecto de convencer a los electores para votar por el candidato que va perdiendo, pero también son mencionados el *efecto motivador o desmotivador*, que convence a los electores de ir o no a votar dependiendo de si su voto va a ser relevante en la disputa electoral, o el efecto de generar un *voto estratégico*, que sucede cuando un elector decide votar por un candidato que no representa su posición ideológica en pos de marcar una preferencia que pueda tener un impacto al resultado final de la elección.⁵ Mientras algunos electores toman en cuenta las encuestas a la hora de tomar decisiones, otros electores pueden ser afectados por dichos resultados sin estar conscientes de ello.⁶ El principal problema que este segundo tipo de efecto genera es que se plantean una serie de incentivos para los actores políticos en competencia, y para las fuerzas que los apoyan para manipular o simplemente crear resultados que produzcan el efec-

⁴ Donsbach, Wolfgang y Hartung, Uwe, *op. cit.*, p. 433.

⁵ Sobre estos efectos, véase Dahlgaard, Jens Olav *et al.*, “How are Voters Influenced by Opinion Polls? The Effect of Polls on Voting Behavior and Party Sympathy”, *World Political Science*, Copenhagen, 12 (2), 2016, pp. 283-300.

⁶ Feasby, Colin C. J., “Public Opinion Poll Restrictions, Elections, and the Charter”, *U. Toronto Fac. L. Rev.*, Toronto, 55, 1997, p. 244.

to deseado.⁷ Los principales detractores de la regulación de las encuestas electorales insisten en señalar, no obstante, la falta de evidencia en torno a estos efectos microelectorales.⁸

3. Tipos de regulación legal de las encuestas

Dejando de lado la autorregulación que las propias asociaciones de encuestadores establecen, muchas de las cuales pueden ser extraordinariamente exigentes,⁹ la regulación legal de las encuestas electorales se ha concentrado en el uso de dos mecanismos: el *blackout* o embargo, y el *disclosure* o ficha técnica.

El embargo o *blackout* consiste en prohibir la realización, publicación o retransmisión del resultado de las encuestas electorales durante un periodo variable previo a la elección. Este primer mecanismo es considerado una regulación más invasiva y restrictiva del derecho a la información.

El tiempo del embargo varía mucho, y esto se puede deber a una pluralidad de justificaciones que se ofrecen. Un embargo más corto puede obedecer a la necesidad de crear un periodo en el cual los candidatos puedan responder y criticar encuestas que han sido erróneamente comprendidas o deliberadamente manipuladas. Un embargo más largo, al final del periodo de campaña, puede estar diseñado para establecer un momento en que los electores puedan reflexionar en los méritos relativos de los candidatos y partidos, sin prestar atención a su rendimiento en las encuestas. Ambas funciones, sin embargo, pueden concurrir en un embargo que se extiende, por ejemplo, por las últimas dos semanas del periodo de campaña electoral. Por último, un embargo largo, que pudiera extenderse inclusive durante todo el periodo de la campaña electoral, podría servir para volver a enfocar la campaña y la actividad noticiosa que gira en torno a ella en asuntos políticos sustantivos, alejados del estilo deportivo generado por

⁷ *Ibidem*, p. 248.

⁸ Véase el caso de estudio de México en De la Peña Mena, Ricardo, “El debate sobre las encuestas electorales en México en 2012”, *Revista Mexicana de Opinión Pública*, México, vol. 20, enero-junio de 2016, pp. 53-80.

⁹ Véase, por ejemplo, Esomar y Wapor, *ESOMAR/WAPOR Guideline on opinion polls and published surveys*, Lincoln, Nebraska, 2014, disponible en: <https://www.esomar.org/uploads/public/knowledge-and-standards/codes-and-guidelines/ESOMAR-WAPOR-Guideline-on-Opinion-Polls-and-Published-Surveys-August-2014.pdf>, consultado el 26 de noviembre de 2018.

las encuestas electorales. Esto permitiría que la elección democrática informada y deliberada en torno a esos asuntos sustantivos sea posible de imaginar.¹⁰

Un segundo tipo de regulación consiste en la obligación de acompañar los resultados de las encuestas con una ficha técnica o *disclosure*, esto es, cierta información relevante que permite entender el valor y confiar en los resultados publicados. Esta es considerada una regulación menos intrusiva y más respetuosa de la libertad de expresión e información en la medida que no prohíbe, sino que sólo establece un requisito para la publicación.

Hay tres aspectos que buscan ser abordados por esta clase de medida. En primer lugar, las instituciones que se dedican a realizar y publicar encuestas electorales tienden a tener afiliaciones ideológicas. Ese es el caso evidente de las empresas con fines de lucro que se dedican al negocio de las encuestas, su afiliación ideológica es la de sus propietarios. Pero también, puede ser el caso de las universidades o los medios de comunicación. Que estas instituciones tengan una preferencia ideológica determinada nada dice de que ellas necesariamente vayan a presentar información sesgada o que intenten interpretar la información recopilada para favorecer sus propias inclinaciones electorales, pero sí transforma en cuestionable la fe ciega en el valor científico de dicha información que parece mostrarse en ciertas circunstancias. Esta preocupación hace relevante contar con información transparente respecto a quién realizó la encuesta, quién es el responsable de su publicación y quién ha financiado los costes de su realización. Ello permitirá leer la encuesta a través de un prisma menos.

En segundo lugar, debe atenderse al riesgo de manipulación de la información provista por las encuestas. Esto es posible cuando falta la información sobre las muestras. La poca atención que se presta al margen de error y la opacidad con relación a las preguntas puede hacer pensar que los datos aportados pueden ser manipulables sin mayores consecuencias. En este sentido, es fundamental que la ficha técnica incorpore información que permita un análisis metodológico de la información publicada, que incluya, entre otras cosas, el objetivo del estudio, la población estudiada, el marco muestral, la descripción del diseño de la muestra, el tamaño de la muestra, el fraseo exacto de las preguntas, los criterios de elegibilidad de los encuestados, el margen de error, el método de levantamiento, la tasa

¹⁰ Feasby, Colin C. J., *op. cit.*, p. 251.

de rechazo de la entrevista, las fechas de levantamiento, el procedimiento de estimación y la supervisión.

En tercer lugar, en la medida que la información de la ficha técnica es comúnmente comprensible, sólo por personas especialistas, hay una preocupación respecto de que cierta información general e importante sea puesta en conocimiento del público en un lenguaje que pueda ser comprendido por todos los ciudadanos, y con una explicación del significado de sus aspectos técnicos fundamentales, como el margen de error o las características básicas de la muestra. En la medida que dicha información tenga que ser presentada de manera explícita y clara, una obligación de contar con una nota explicativa podría disuadir la realización de encuestas de mala factura técnica, que se realizan con el puro ánimo de manipular a la opinión pública.

Como puede observarse, la obligación de publicación de la ficha técnica no supone una restricción a la publicación de encuestas, que no cumplen con estándares metodológicos mínimos o cuyo financiamiento evidencia un claro conflicto de interés. Por el contrario, la obligación de su publicación descansa en que la opinión pública tiene la capacidad de realizar un juicio sobre esa información. Quienes dudan de la capacidad de la ciudadanía de analizar críticamente las encuestas sirviéndose de la ficha técnica, han sugerido una forma de control aún más ambiciosa. Un tercer mecanismo regulatorio busca garantizar el uso obligatorio de estándares metodológicos adecuados por parte de las encuestas políticas. A ello, se puede llegar a través del mecanismo de la certificación de las encuestas por parte de un organismo experto y oficial, o por medio de la obligación de seguir ciertas normas oficiales que aseguren la objetividad y la calidad de la información hecha pública. Nada de ello puede funcionar sin la amenaza de sanciones por la publicación de resultados no certificados o que infrinjan las normas oficiales. Sin embargo, también pueden encontrarse mecanismos regulatorios que funcionan sobre la base de sanciones, allí donde la publicación de las encuestas se haya hecho alterando los resultados o mediante manipulaciones o deformaciones de estos últimos.

4. *Problemas de la regulación*

La primera y más importante de las críticas contra le regulación de las encuestas electorales se ha dirigido contra su carácter restrictivo de la li-

bertad de expresión e información.¹¹ Especialmente cierta, con relación a los embargos, la pregunta subsiguiente es si dicha restricción en las libertades que protegen la libre circulación de la información en la esfera pública democrática, puede estar justificada y si dichas justificaciones son suficientemente vigorosas para revertir la presunción en favor de la libertad de expresión e información a la que nos hemos acostumbrado. Esta crítica, cuya concreción institucional es el reclamo de la eventual inconstitucionalidad de una regulación demasiado intrusiva, invita a presentar los intereses en juego como intereses contrapuestos: por un lado, la libertad individual constitucionalmente protegida y, por otro, el interés público en limitar dicha libertad individual en busca de la satisfacción de un bien público.

Esto nos lleva al segundo orden de críticas que se han formulado a la regulación que sostiene que no puede haber una clara justificación donde no existen pruebas del efecto que la difusión del resultado de las encuestas puede producir en el electorado. Como se señalará, la literatura sobre este particular no ha llegado a un consenso sobre la existencia de efectos particulares o microelectorales en el comportamiento de los votantes.¹² Sin embargo, debe recordarse que los efectos de la difusión de dichos resultados pueden no sólo ser a nivel individual, sino que también pueden afectar la dinámica general del proceso electoral (macroelectorales) en formas que podrían querer evitarse.¹³

Finalmente hay una serie de objeciones de carácter práctico. La determinación precisa del plazo del embargo ha sido criticada en la medida que la variabilidad de su duración en el derecho comparado no parece obedecer a una racionalidad determinada. ¿Cómo determinar racionalmente la duración del embargo? Asimismo, se han planteado dudas sobre la posibilidad de hacer cumplir el embargo en un entorno digital que no conoce de fronteras jurisdiccionales cuando de lo que se trata es de acceder a información. Pero no sólo el carácter transnacional de la *web* supone un problema, la posibilidad de la acelerada e ilimitada reproducción de contenido digital a través de redes sociales nos debe llevar a concluir que la

¹¹ También se mencionan la libertad de investigación científica, la libertad de iniciativa económica y la libertad de prensa. Donsbach, Wolfgang, *Who's Afraid of Election Polls? Normative and Empirical Arguments for the Freedom of Pre-election Surveys*, Amsterdam, Foundation for Information, Esomar, 2001, pp. 7 y 8.

¹² *Idem*.

¹³ Feasby, Colin C. J., *op. cit.*, p. 245.

restricción del flujo de información debe también dar cuenta, si es que eso es posible, de los cambios tecnológicos.¹⁴

III. DERECHO COMPARADO

1. *Una visión panorámica de la regulación comparada*

Como lo hemos adelantado, el análisis de la experiencia regulatoria en el derecho comparado deja al descubierto determinados patrones, los cuales permiten agrupar a los Estados en torno a dos tendencias que, aunque con particularidades que varían en cada país, son generalmente identificables. Así, los países anglosajones se caracterizan por recurrir a la técnica de la autorregulación, en el sentido que los lineamientos de ética y de calidad de la industria son provistos por la misma comunidad de encuestadores a los que van dirigidos. Este es el caso, por ejemplo, de la práctica de los Estados Unidos de América, Reino Unido y Australia.¹⁵

En la otra vereda, los países que han optado por el camino de la regulación legal para fijar estos criterios reciben en su mayoría inspiración de los principios del derecho continental. Aquí encontramos en la actualidad a gran parte de la comunidad internacional. Conforme al más reciente reporte llevado a cabo a nivel mundial, en 2018 un 60% de los 133 países consultados contaba con la existencia de embargos o *blackouts* legales a la publicación de encuestas.¹⁶ Particularmente estricta es la regulación en ciertos países, en donde las encuestadoras se encuentran, en adición a los embargos, con obligaciones de publicación de fichas técnicas. Como lo demuestra además este estudio, es posible observar en los últimos años un aumento en el número de países que han optado por este último modo de abordar el problema. Tal es el caso de la mayor parte de los países de América Latina, en donde la existencia de embargos, por un número variable de días anteriores a las elecciones, es ahora un denominador común.

¹⁴ Donsbach, Wolfgang, *op. cit.*, pp. 8 y 9.

¹⁵ López, Miguel Ángel *et al.*, *op. cit.*, p. 228.

¹⁶ Esomar y Wapor, *Freedom to Conduct Opinion Polls, A 2017 Worldwide Update*, Lincoln, Nebraska, 2018, pp. 6 y ss., disponible en: <https://wapor.org/publications/freedom-to-publish-opinion-polls/>, consultado el 27 de noviembre de 2018.

Es difícil precisar cuál de estas dos orientaciones es la más efectiva, considerando que además tampoco hay claridad, como lo hemos señalado, respecto a los efectos que las encuestas tienen en el electorado. Con todo, parece al menos haber consenso sobre la deseabilidad de resguardar la calidad de sus resultados. En este sentido, ambas formas de regulación buscan asegurar, con mayor o menor intensidad y poniendo el foco de atención en distintos aspectos, la observación de unos estándares de calidad mínimos en la información, que es entregada finalmente al público, toda vez que existe la conciencia generalizada por parte de los reguladores de que el conocimiento adecuado de la opinión pública cumple un rol fundamental en las democracias modernas. El contraste de fondo, antes bien, debemos hallarlo en diferencias más profundas de tipo político que se expresan en el distinto valor que se le asigna en cada sistema normativo a las libertades de expresión e información constitucionalmente protegidas. Estas libertades, según quienes favorecen la autorregulación, no permitirían su restricción por parte del Estado en el caso de las encuestas electorales.¹⁷ Por el contrario, donde sí existen restricciones legales, éstas son usualmente justificadas teniendo a la vista una concepción normativa del sistema democrático, conforme a la cual es necesario restringir ciertas libertades en orden a procurar una democracia saludable.¹⁸ Forman parte de esta concepción la consecución de resultados electorales que reflejen de la mejor manera posible los genuinos intereses del electorado. Por supuesto, estas consideraciones no son ajenas para los países angloparlantes y de hecho no son inusuales los casos de encuestadores que han elegido no publicar sus hallazgos en los días previos a los comicios.¹⁹ Sin embargo, cuando estas restricciones han sido establecidas en los códigos de conducta voluntarios, su justificación suele apelar a la ética del encuestador, aunque también hay quienes han mencionado con este fin a la necesidad de resguardar “la dignidad del proceso democrático”.²⁰

¹⁷ Orr, Graeme y Levy, Ron, “Regulating Opinion Polling: A Deliberative Democratic Perspective”, *UNSW Law Journal*, Sydney, 39 (1), 2016, p. 319.

¹⁸ Donsbach, Wolfgang y Hartung, Uwe, *op. cit.*, pp. 435 y ss.

¹⁹ Petersen, Thomas, “Regulation of Opinion Polls: A Comparative Perspective”, en Holtz-Bacha, Christina y Strömbäck, Jesper (eds.), *Opinion Polls and the Media, Reflecting and Shaping Public Opinion*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2012, p. 53.

²⁰ Frankovic, Kathleen, “Exit Polls and Pre-Election Polls”, en Donsbach, Wolfgang y Traugott, Michael W. (eds.), *The Sage Handbook of Public Opinion Research*, Los Angeles, Sage Publications, 2008, p. 578.

En lo que resta de esta parte del trabajo, se revisan algunos ejemplos de regulación legal de encuestas electorales y de revisión de su constitucionalidad. La selección de los ejemplos es anecdótica, aunque hemos intentado retratar el panorama internacional identificando casos representativos de la regulación de los sistemas jurídicos del *common law* (Estados Unidos de América y Canadá), de los sistemas jurídicos continentales (España y Francia) y de los sistemas jurídicos latinoamericanos (Colombia y Chile) que, si bien han seguido el modelo continental, son de interés en cuanto experiencias regionales que han abordado el fenómeno.²¹

2. Estados Unidos de América

Siendo los Estados Unidos de América la cuna de la industria electoral es interesante revisar la discusión que allí ha tenido lugar. En efecto, las primeras encuestas practicadas en los Estados Unidos de América datan del siglo XIX²² y nacen de la mano con el periódico como medio pionero de la comunicación de masas. Si bien, ya en 1824, las encuestas fueron utilizadas por primera vez para predecir el resultado de las elecciones presidenciales,²³ no fue sino hasta la década de los 1930 que su uso se convertiría en una herramienta importante para el proceso electoral. Su calidad por estos años era deficiente y sus resultados poco confiables. La necesidad de contar con buenas predicciones impulsó de esta manera el nacimiento de las *encuestas científicas*, las que pese al éxito inicial experimentado en los comicios de 1936, y de haber ganado el interés nacional, pronto experimentarían un revés mayor, cuando en 1948 equivocadamente

²¹ Véase asimismo otros casos latinoamericanos: sobre México, Corzo Sosa, Edgar, “Las encuestas electorales y los derechos fundamentales: una primera reflexión”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 16, enero-junio de 2007, pp. 71-87, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5788/7628>, consultado el 21 de agosto de 2019; y Sánchez, Enrique Inti García, “Criterios legales y jurisdiccionales vinculados a encuestas electorales en México”, *Revista Mexicana de Estudios Electorales*, México, núm. 16, 2016, pp. 126-138; sobre Argentina, véase Alonso, Belén, “Las encuestas en los medios. Un estudio sobre su regulación en Argentina desde el tecnicismo y la política”, XXV International Congress Latin American Studies Association (LASA), Las Vegas, octubre de 2004.

²² Streb, Matthew J. y Genovese Michael A., “Polling and the Dilemmas of Democracy”, en Streb, Matthew J. y Genovese, Michael A. (eds.), *Polls and Politics, The Dilemmas of Democracy*, Albany, State University of New York Press, 2004, pp. 9 y ss.

²³ Frankovic, Kathleen, *op. cit.*, pp. 570 y 571.

se dio por ganador de las elecciones presidenciales a Thomas Dewey por sobre Harry Truman, poniendo de relieve graves errores de diseño metodológico y obligando a reorganizar y a replantear los procedimientos de indagación que estaban siendo utilizados.²⁴ La respuesta vino dada en la forma de la creación de los primeros códigos de ética y en el perfeccionamiento de la metodología de investigación cuantitativa. La AAPOR prontamente adquirirá un rol fundamental en esta materia.²⁵ El resultado será tal que ya a partir de 1952, el porcentaje de error promedio de las encuestas Gallup fluctuará comúnmente alrededor del 3%,²⁶ sin perjuicio de que los errores que ha habido han sido muy importantes, como la falsa victoria de Bush en el voto popular del año 2000 o más recientemente en 2016, con la falla de los sondeos para predecir el fenómeno Trump.²⁷ Cada vez que se presentan casos como éstos, reviven las críticas que piden legislar acerca del tema, pero la fuerza normativa que en el constitucionalismo norteamericano posee la Primera Enmienda, que protege la libertad de expresión, supone un freno infranqueable para cualquier intento de restringir la libertad de prensa.²⁸ Como resultado, la libertad frente al Estado de la que goza la industria de opinión en Estados Unidos es casi total. Esta libertad ha sido defendida en más de una oportunidad por distintos tribunales federales, los cuales, con ocasión de algunos intentos aislados de restringir las *exit polls* a nivel estatal, una y otra vez han invariablemente reafirmado desde los años ochenta la inconstitucionalidad de estas barreras.²⁹

²⁴ Frankovic, Kathleen, “Opinion Polls and the Media in the United States”, en Holtz-Bacha, Christina y Strömbäck, Jesper (eds.), *Opinion Polls and the Media, Reflecting and Shaping Public Opinion*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2012, pp. 115 y ss.

²⁵ La WAPOR, por su parte, nacida de la misma conferencia junto a la AAPOR, se encargará de la exportación de estos principios y estándares de trabajo hacia el resto del mundo, a la vez que servirá de punto de encuentro para los encuestadores de otras naciones. Véase Baxter, Richard, “The Culture of AAPOR”, en Sheatsley, Paul B. y Mitofsky, Warren J. (eds.), *A Meeting Place, The History of the American Association for Public Opinion Research*, Oakbrook Terrace, Illinois, AAPOR, 1992, p. 200. Lo anterior explica en parte tanto la influencia transfronteriza que han tenido las características del mercado estadounidense como la marcada postura antirregulatoria que frecuentemente manifiesta la WAPOR.

²⁶ Streb, Matthew J. y Genovese, Michael A., *op. cit.*, p. 6.

²⁷ AAPOR, *An Evaluation of 2016 Election Polls in the U.S.*, Oakbrook Terrace, Illinois, 2017, pp. 19 y ss., disponible en: <https://www.aapor.org/Education-Resources/Reports.aspx>, consultado el 27 de noviembre de 2018.

²⁸ Donsbach, Wolfgang y Hartung, Uwe, *op. cit.*, p. 434.

²⁹ Gupta, Rani, “Questions of Constitutionality”, *Reporters Committee for Freedom of the Press, The News Media & The Law*, Washington D. C., edición de invierno de 2007, p. 42, dis-

3. *Canadá*

A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos de América, en Canadá la discusión respecto a la regulación de las encuestas se ha producido en torno a la protección de una comprensión robusta del derecho al sufragio.³⁰ Así, al igual que lo que ocurre con la prohibición de vender alcohol durante la época electoral, se suele entender que la previsión de un “periodo de reflexión” antes de las elecciones y hasta el cierre de las urnas tiene por objetivo asegurar el ejercicio del voto en condiciones de racionalidad. Desde 1936 hasta 1993 había existido en este país un *blackout* de un día previo a los comicios aplicable sólo a los canales de televisión.³¹ En 1993, la aprobación de la Canadian Elections Act, una reforma de envergadura mayor al sistema de elecciones, aumentó este plazo a tres días e hizo extensible la prohibición a toda la población. A partir de entonces, el *blackout* canadiense ha oscilado entre los dos y tres días, hasta llegar a 2016, en que fue reducido a sólo un día. En forma adicional, la ley exige la publicación de la ficha técnica, que incluye la identificación del responsable de la encuesta y prohíbe su publicación en el extranjero, estableciendo multas para quien contravenga esta disposición.³² Con todo, la constitucionalidad de estas medidas ha sido desafiada en varias ocasiones.³³ Fue, por ejemplo, en el caso *Thomson Newspapers vs. Canada* (1998) que la Corte Suprema Canadiense falló en contra del *blackout* original de tres días obligando a su reducción, puesto que su extensión excedía con creces el periodo de reflexión necesario y que por lo tanto éste constituía una violación injustificada de la libertad de expresión. Los potenciales beneficios intangibles no eran suficientes para justificar los daños tangibles de la prohibición. Por otra parte, se señaló que la consideración del votante más “desinformado y despistado” no podía servir para sentar el estándar nacional a la hora de

ponible en: <https://www.rcfp.org/journals/the-news-media-and-the-law-winter-2007/questions-constitutionality/>, consultado el 20 de marzo de 2019.

³⁰ Feasby, Colin C. J., *op. cit.*, p. 243.

³¹ Trudel, Pierre y Abran, France, “The Legal and Constitutional Framework for Regulating Election Campaign Broadcasting”, en Fletcher, Fred (ed.), *Election Broadcasting in Canada*, Toronto, Dundurn Press, 1991, vol. 21, pp. 118 y 119.

³² Canadian Elections Act, Clause 330.

³³ Feasby, Colin C. J., *op. cit.*, pp. 259 y ss.

decidir sobre esta materia.³⁴ Por último, este tribunal dictaminó en 2006 que la prohibición también era aplicable a los *blogs* en Internet.³⁵

4. España

La Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General establece en su artículo 69 el régimen de publicación de encuestas electorales, aplicable sólo durante el periodo de campaña electoral y compuesto por una serie de disposiciones tendentes a evitar la adulteración de los resultados que éstas arrojen.³⁶ Con este fin, se exige la publicación de la ficha técnica, la identificación del encuestador y el texto íntegro de las preguntas planteadas. La norma otorga a la Junta Electoral Central amplias facultades de fiscalización en esta materia, pudiendo incluso, si lo juzgase conveniente, requerir del organismo encuestador información técnica complementaria con respecto a la encuesta realizada. El medio que difundiera sondeos con infracción a estos requisitos estará obligado a publicar las rectificaciones correspondientes. Asimismo, la norma prohíbe la publicación, difusión y reproducción de encuestas por cualquier medio de comunicación durante los cinco días anteriores al de la votación. Una particularidad de la ley española tiene relación con la gravedad de las sanciones que se prevén: las infracciones a esta normativa son constitutivas de delito y se castigan con penas de prisión que van de tres meses a un año, además de la imposición de multas administrativas. En general, puede decirse que la doctrina ha respaldado estas normas con argumentos basados en el rol público que juegan las encuestas y la consecuente necesidad de que éstas sean capaces de entregar datos confiables.³⁷ Sin embargo, en los últimos años un sector relevante de la doctrina, más en línea con los estándares desarrollados por ESOMAR o WAPOR, ha sido enfático en denunciar la inutilidad de recu-

³⁴ *Thomson Newspapers Co. vs. Canada (Attorney General)* (1998), 1 S.C.R. 877, disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1621/index.do>, consultado el 20 de marzo de 2019.

³⁵ ACE Electoral Knowledge Network, *Elecciones y medios de comunicación*, 2018, disponible en: <http://aceproject.org/ace-es/topics/me/meb/meb05/meb05c>, consultado el 27 de noviembre de 2018.

³⁶ López, Miguel Ángel *et al.*, *op. cit.*, pp. 234 y ss.

³⁷ Gálvez Muñoz, Luis A., “Organismos de sondeos, encuestas electorales y derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 110, 2000, pp. 120 y ss.

rrir a la técnica del *blackout* frente a la masificación del acceso a Internet.³⁸ Así, en abril de 2018, el Tribunal Supremo español, con ocasión del reclamo de la imposición de una multa tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el embargo de cinco días en orden a precisar que también caben dentro de esta prohibición aquellos estudios que no reúnan los requisitos legales para ser considerados encuestas, pero además y por sobre todo, señaló que

...la Junta Electoral Central es consciente de que, quizás, fuese pertinente suprimir la prohibición de publicar sondeos o encuestas en los días anteriores a los comicios, lo que implica en autos una apreciación de *lege ferenda* que explica que la sanción impuesta se haya fijado en su grado mínimo.³⁹

5. Francia

El caso francés constituye tal vez una de las legislaciones más completas y estrictas en la materia, siendo comúnmente citado en la literatura especializada por este motivo. Conocidos en la industria son los amplios poderes que la Ley 77-808 (1977) ha entregado a la Comisión de Sondeos (Commission des Sondages), organismo de carácter administrativo e independiente encargado de velar por la veracidad, la transparencia y la rigurosidad técnica de las encuestas.⁴⁰ Esta ley exige como requisito la publicación de la ficha técnica, que incluye una declaración que dé cuenta de la falibilidad de los sondeos y del margen de error. Antes de poder difundir la encuesta, sin embargo, y éste es el elemento distintivo de la regulación francesa, debe ser depositada en la Comisión, indicando el objetivo de ésta con información adicional a la ficha técnica, la cual podrá ser consultada

³⁸ Sierra Rodríguez, Javier, “Regulación electoral de los sondeos a pie de urna en España: asignaturas pendientes y obsolescencia ante las nuevas formas de comunicación”, *Comunitania. Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, Madrid, núm. 7, enero de 2014, pp. 105 y ss. Asimismo, González, María Holgado, “Publicidad e información sobre elecciones en los medios de comunicación durante la campaña electoral”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 40, 2017, pp. 480-483.

³⁹ Sentencia Administrativa núm. 626/2018, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, Sección 4, Rec. 3564/2016 del 18 de abril de 2018. Considerandos décimo tercero y siguientes.

⁴⁰ Loi no. 77-808 du 19 juillet 1977 relative à la publication et à la diffusion de certains sondages d’opinion.

por cualquier persona, pues la Comisión publica esta información en su página institucional. La encuesta que no cumpla con estos requisitos podrá en cualquier momento ser rectificadas por la Comisión y se notificará esta circunstancia a las agencias de prensa, las que deberán publicar una actualización del sondeo a la brevedad, procurando llegar a una audiencia equivalente a la que tuvo la publicación original. En forma adicional, un decreto del Consejo de Estado fijó en 1980 una serie de normas aplicables directamente al diseño metodológico de estos estudios, el cual impidió entre otros recursos el uso de preguntas capciosas.⁴¹ Hasta 2002 regía el embargo de una semana aplicable a la publicación, distribución y comentario de las encuestas, reducido ese año a dos días, cambio que si bien contó en un principio con la aprobación del público general y de la doctrina⁴² pronto se vio obstaculizado gracias a la irrupción de Internet. En efecto, a partir de 2007 y a pesar de que la contravención a esta ley implica una multa de 75,000 euros, se hizo cada vez más difícil para las autoridades controlar la difusión de las encuestas en medios extranjeros y en redes sociales como twitter.⁴³ En consecuencia, una reforma legal llevada a cabo en 2016 restringió la aplicación de la ley al territorio nacional.

6. Colombia

En 1985 Colombia legisla por primera vez acerca de las encuestas electorales, instituyendo desde el comienzo una regulación bastante estricta. En efecto, además de exigir la publicación de la encuesta en su totalidad con indicación de la persona u organismo responsable, debía publicarse la ficha técnica completa, incluyendo la fuente de financiamiento y el margen de error. Se impuso, por otra parte, un periodo de embargo no sólo a la publicación, sino también a la elaboración de encuestas en los 30 días anteriores a una elección, limitación extensa considerando la media a nivel mundial, pero no tan inusual en comparación a la media latinoamericana, donde la mayoría de los países han establecido embargos de siete días o más.⁴⁴ Pese a esto último, en 1993 la Corte Constitucional Colombiana de-

⁴¹ López, Miguel Ángel *et al.*, *op. cit.*, p. 234.

⁴² Gerstlé, Jacques, *La comunicación política*, trad. de Hernán Soto, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2005, pp. 64 y 65.

⁴³ Sierra Rodríguez, Javier, *op. cit.*, p. 104.

⁴⁴ Esomar & Wapor, *op. cit.*, p. 17.

claró inconstitucional la duración del embargo por considerarlo excesivo y, por ende, atentatorio contra la libertad de expresión.⁴⁵ La reacción del Congreso fue la publicación de la Ley 130 (marzo de 1994), cuyo artículo 30 redujo el número de días de embargo a uno. Esta nueva Ley mantuvo las obligaciones de publicar información y dio origen al Consejo Nacional Electoral, organismo con facultades normativas y de fiscalización, quien estableció la obligación de inscripción en el Registro Nacional de Encuestadores y aumentó la injerencia estatal en el diseño de las encuestas. Ello ha recibido constantes cuestionamientos por parte de la comunidad de encuestadores, por tratarse, según ellos, de una forma de censura previa.⁴⁶ En 2005, el embargo subió a siete días pero sólo en elecciones en que el presidente en ejercicio fuera también candidato,⁴⁷ cambio tenido a bien por la Corte Constitucional en aplicación de criterios de proporcionalidad en la restricción.⁴⁸ Por otro lado, desde 2015 duerme en el Senado el resistido Proyecto de Ley 114, el cual, entre otras cosas, busca endurecer todas estas medidas, aumentando a 10 días la duración del embargo para cualquier elección popular.⁴⁹

7. Chile

En Chile el desarrollo de la industria de la opinión pública creció y se profesionalizó a partir de los años cincuenta ante el más absoluto silencio por parte del legislador. En 2016 Chile legisló al respecto, con la introducción de la Ley 20.900 (para el Fortalecimiento y Transparencia de la

⁴⁵ Palomares García, Jorge, “El balanceo constitucional y la aplicación del método de proporcionalidad en las encuestas electorales”, *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, núm. 86, 2017, p. 91. Nótese que el reproche en este caso no fue dirigido al embargo propiamente tal, sino a su excesiva duración.

⁴⁶ Restrepo, Javier, “Veda a las encuestas electorales: una mirada a la situación y la opinión sobre el tema en Colombia y algunas comparaciones a nivel global”, *Ipsos Public Affairs, Ipsos-Napoleón Franco*, Bogotá, 2012, p. 6.

⁴⁷ Ley 996 de 2005 (Ley de Garantías Electorales).

⁴⁸ Palomares García, Jorge, *op. cit.*, pp.95 y ss.

⁴⁹ El Nuevo Siglo, *Regulación de encuestas genera polémica política*, Bogotá, 11 de junio de 2016, disponible en: <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/6-2016-regulaci%C3%B3n-de-encuestas-genera-pol%C3%A9mica-pol%C3%ADtica>, consultado el 29 de noviembre de 2018; Palomares García, Jorge, *op. cit.*, p. 84.

Democracia), el cual estableció un embargo de 15 días.⁵⁰ Se designó como responsables en caso de contravención al *blackout* tanto al director del órgano de prensa, radioemisora o canal de televisión que publicare las encuestas como a la empresa propietaria o concesionaria del respectivo medio. La sanción que se fijó corresponde a una multa con un tope de 15,000 USD, cuya aplicación fue entregada al Servicio Electoral (Servel).⁵¹ Esta prohibición ha sido duramente criticada por parte de todos los sectores del mundo político y encuestador. Incluso el Poder Ejecutivo quiso distanciarse de la versión final de esta Ley, pues en su redacción original, el embargo sugerido era de tan solo cuatro días. El referido aumento a 15 días ocurrió en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley,⁵² y fue aprobada sin discusión y por unanimidad.⁵³ El Tribunal Constitucional, al conocer de la constitucionalidad del embargo, a pesar de calificarlo como una restricción que afecta a las libertades de información y de expresión, consideró que dicha restricción era perfectamente lícita, pues el texto constitucional no consagra una protección absoluta de estos derechos. Antes bien, las restricciones podrán ser impuestas en la medida en que se funden en una “finalidad constitucional legítima”.⁵⁴ En el caso del embargo, esta finalidad consistiría, en primer lugar, en la consecución de una igualdad de oportunidades en materia electoral; y, en segundo lugar, la evitación de la manipulación de los resultados y los electores indecisos. Adicionalmente, la libertad de expresión, sostuvo el Tribunal, se vería afectada en esta materia de un modo meramente colateral.⁵⁵ El Tribunal observó que la regulación legal no contenía reglas básicas que versaran sobre la seriedad y la forma de producción de las encuestas electorales.⁵⁶ Pese a la labor justificatoria

⁵⁰ Ley 20.900, de 2016.

⁵¹ Ley 20.938, de 2016, artículo único.

⁵² Comisión Especial Investigadora del Senado, “Historia de la Ley núm. 20.900”, *Segundo Informe de Comisión Especial*, 4 de diciembre de 2015, Informe de la Comisión Especial en sesión 90, Legislatura 363, Indicación núm. 70, pp. 4, 38 y 39.

⁵³ *Ibidem*, 12 de enero de 2016, Discusión en Sala, Diario de Sesión en Sesión 91, Legislatura 363, pp. 17, 18 y 34-39.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile Rol núm. 2.981, del 31 de marzo de 2016. Considerandos sexagésimo tercero y ss.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Ibidem*, Considerandos sexagésimo octavo y sexagésimo noveno.

del TC, una vez puesta en conocimiento de la opinión pública, esta nueva normativa se vio enfrentada a una amplia resistencia.⁵⁷

IV. LA REGULACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICA: EL ARGUMENTO DELIBERATIVO

1. *La crítica a la regulación*

Tal como ya se adelantara, los instrumentos legales que regulan las encuestas electorales en el derecho comparado han sido objeto de críticas. La más recurrente es que ellos constituirían una afectación indebida a un conjunto de libertades básicas, garantizadas por los más diversos textos constitucionales y por tratados internacionales. En primer lugar, estos instrumentos restringirían la libertad de la empresa o institución, que elabora una encuesta electoral de divulgar los resultados de su investigación. Asimismo, afectarían la libertad de los medios de comunicación social de publicar esa información, restringiendo así, no sólo la libertad de expresión y de prensa sino que también el derecho de la ciudadanía a informarse sobre el proceso electoral en curso.⁵⁸ En particular, el *blackout* es visto como un instrumento especialmente invasivo, puesto que impide de manera absoluta la publicación de encuestas electorales dentro de los plazos establecidos en las respectivas leyes y sería, según sus críticos, una forma de censura previa, inaceptable en un Estado democrático. Quienes critican las restricciones a las encuestas electorales no solamente lo hacen con base en la cantidad, sino también en la intensidad de las libertades afectadas. Además, tal como adelantamos, señalan que no existe evidencia empírica que demuestre a satisfacción los peligros asociados a las encuestas que justifiquen sus restricciones.⁵⁹ Por todas estas razones, sostienen

⁵⁷ Cooperativa, *Encuestadores rechazan normativa que prohíbe publicar mediciones 15 días antes de elecciones*, Santiago de Chile, Cooperativa.cl. 29 de junio de 2017, disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/encuestas/encuestadores-rechazan-normativa-que-prohíbe-publicar-mediciones-15-dias/2017-06-29/064757.html>, consultado el 26 de febrero de 2018).

⁵⁸ Donsbach, Wolfgang y Hartung, Uwe, *op. cit.*, pp. 433 y 434.

⁵⁹ Tales peligros incluirían el efecto *horse race*, que consiste en que los electores indecisos tienden a sumarse a quienes aparecen liderando las encuestas electorales, distorsionando el resultado de las elecciones. Además, reforzarían la sensación de inevitabilidad de los resulta-

que una regulación de las encuestas electorales en términos de *blackout* no pasaría ni el más generoso de los *test* de proporcionalidad. Mucho más aceptable en términos del costo para las libertades comunicativas es la regulación en términos de *disclosure*. No es raro, en este sentido, identificar autores que razonadamente rechazan el *blackout* pero exigen el *disclosure* en términos de fortalecimiento de las condiciones democráticas de la opinión pública con un costo relativamente menor para el ejercicio de las libertades comunicativas involucradas.⁶⁰

Como se ha visto, la crítica a la regulación de las encuestas ha sido presentada fundamentalmente en términos de afectación de derechos fundamentales. Esa forma de presentar el problema ha llamado a un análisis de la constitucionalidad de dicha regulación en cuanto a la afectación de dichos derechos, típicamente en clave de proporcionalidad, prestando atención a la racionalidad, necesidad, intensidad y duración de las mismas.⁶¹ La regulación de las encuestas electorales ha sido objeto de preocupación de los órganos de protección internacional de los derechos humanos más o menos en los mismos términos.⁶² En estos casos, la perspectiva adoptada ha estado principalmente centrada en el grado y las modalidades de afectación de la libertad de expresión e información.

El argumento desarrollado en esta sección quiere adoptar una aproximación diferente. Haciendo eco de las propuestas de lo que ha sido denominado *constitucionalismo deliberativo*,⁶³ creemos que la reconstrucción del problema centrada en la afectación de derechos fundamentales involucrados privilegia una comprensión liberal por sobre una comprensión

dos; promoverían el voto estratégico; reducirían la deliberación y aumentarían la posibilidad de utilizar las encuestas para manipular las decisiones del electorado. Véase Orr, Graeme y Levy, Ron, *op. cit.*, pp. 321-326.

⁶⁰ Por ejemplo, Corzo Sosa, Edgar, *op. cit.*; Hernández Valdez, Alfonso, “Efectos, errores y regulación de las encuestas preelectorales: una política de transparencia para el caso mexicano”, *Confines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, México, vol. 9, núm. 18 junio-diciembre de 2013, pp. 59-85.

⁶¹ Véase, como ejemplo de este tipo de análisis, Palomares García, Jorge, *op. cit.*

⁶² Véase una robusta síntesis, aunque no del todo actualizada, en Organización de Estados Americanos, “Libertad de expresión y procesos electorales: el caso de las encuestas de opinión y los sondeos de boca de urna”, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005*, Washington D. C., Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2005, vol. II.

⁶³ Véase, por ejemplo, Kong, Hoi y Levy, Ron, “Deliberative Constitutionalism”, *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

democrática del valor de las libertades comunicativas. El argumento que sigue tiene justamente la finalidad de atacar esa forma de presentar el problema, y plantear una alternativa diferente de comprender la relación entre las libertades comunicativas y la garantía de una democracia deliberativa robusta. Busca pensar en ellas, no como dos fuerzas en conflicto sino como dos aspectos de una misma práctica constitucional. Ello no niega que a la hora de solucionar conflictos de constitucionalidad un aparato de análisis basado en el conflicto entre derechos y objetivos gubernamentales sea adecuado, sino que busca reivindicar la idea que los límites de los derechos deben ser examinados con atención al fundamento que estos derechos buscan instanciar, en este caso el de la libertad política, lo que puede llevar a concluir que los derechos sirven mejor a dicho interés cuando adoptan un carácter limitado.

2. *El argumento deliberativo*

La respuesta convencional que se ha dado a la crítica de la regulación de las encuestas electorales, a nuestro juicio correcta, descansa en el carácter esencialmente deliberativo de la democracia. El ideal democrático, esto es, que sea el pueblo el que decida por sí mismo aquellos asuntos relevantes para la vida en común, requiere que los ciudadanos tomen decisiones políticas sobre la base de una discusión pública en la que se enfrente el conjunto de opiniones, ideas y visiones existentes en la sociedad. Desde este punto de vista, la libertad de expresión e información tiene una función política fundamental. Su propósito es contribuir a la formación de una ciudadanía informada, que sea capaz de comprender el contenido y la relevancia de los asuntos que se discuten en la esfera pública, de distinguir las posiciones que allí se enfrentan y las consecuencias que de ellas se siguen para la vida en común. Vista así, la libertad de expresión e información, antes que resguardar un interés subjetivo por expresar ideas u opiniones sin restricciones en la esfera pública, resguarda un interés colectivo:⁶⁴ el interés en que todo asunto de relevancia política se someta a una discusión a) informada, b) balanceada, y c) comprensiva. Mientras a) requiere que los argumentos que se invoquen para defender una u otra posición es-

⁶⁴ Para el desarrollo de un argumento temprano de este punto desde la teoría democrática de la libertad de expresión, véase Meiklejohn, Alexander, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Nueva York, Oxford University Press, 1965, p. 26.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

tén apoyados en evidencia razonable, *b*) requiere que todo argumento sea debidamente contrastado con argumentos que se le opongan, y *c*) requiere que todas las posiciones defendidas por segmentos relevantes de la población reciban la debida exposición.⁶⁵

Llevado al terreno de los procesos electorales, el argumento deliberativo busca asegurar la creación de un ambiente propicio para que la ciudadanía se forme una opinión informada, sobre las posiciones de los candidatos sobre el conjunto de temas que se levantan durante las elecciones. Las encuestas electorales son vistas como un obstáculo para lograr lo anterior. El problema no consiste necesariamente en sus (potenciales) efectos microelectorales mencionados más arriba. Desde una perspectiva deliberativa, el problema es el tipo de deliberación y de discusión que las encuestas propician. De acuerdo con Susan Herbst, las encuestas hacen que la discusión política se torne superflua, ya que, crean la ilusión de que la ciudadanía se ha pronunciado de un modo definitivo y categórico respecto de una cuestión determinada.⁶⁶ Los resultados arrojados por las encuestas, en otras palabras, son tratados como *hechos* sobre un aspecto determinado de la realidad política. Estos hechos no sólo condicionan las estrategias políticas de los candidatos, sino que también delimitan el ámbito y el tipo de discusión que se da durante periodos electorales. De acuerdo a Orr y Levy, en un sistema dominado por encuestas electorales la política se reduce a una teoría de juegos donde el enfrentamiento político se define por la posición relativa, que los candidatos ocupan en las encuestas, y en el que la reflexión electoral se circunscribe fundamentalmente al análisis sobre las estrategias que han llevado a unos y a otros candidatos a ocupar tales posiciones.⁶⁷ Así, la discusión sobre asuntos sustantivos, aquella que permite que los ciudadanos tomen decisiones reflexivas construidas sobre la base de una discusión informada, balanceada y comprensiva, como lo demanda la deliberación democrática, queda relegada a un segundo plano. Al girar en torno al vaivén y ritmo de las encuestas, un escenario electoral dominado por ellas produce la constricción de la esfera pública. Tal constricción disminuye las posibilidades de que los agentes políticos, en este

⁶⁵ Fishkin, James S. y Luskin, Robert C., “Experimenting with a Democratic Ideal: Deliberative Polling and Public Opinion”, *Acta Politica*, Londres, 40 (3), 2005, p. 249.

⁶⁶ Herbst, Susan, *Numbered Voices: How Opinion Polling Has Shaped American Politics*, Chicago, University of Chicago Press, 1993, p. 166.

⁶⁷ Orr, Graeme y Levy, Ron, *op. cit.*, p. 335.

caso los ciudadanos, tomen decisiones sobre la base de su propia reflexión a partir de un debate enfocado en los asuntos que definen nuestra vida en común.⁶⁸

3. *¿Está la publicación de encuestas realmente amparada en la libertad de expresión?*

En este contexto, la pregunta sobre si el Estado ha o no de regular las encuestas electorales puede circunscribirse, desde la perspectiva de la teoría constitucional, a una discusión sobre el concepto de la libertad y el rol que le corresponde al Estado en la configuración de la esfera pública. Quienes rechazan tal regulación porque afecta la libertad (la de las empresas encuestadoras, la de los medios de comunicación social y la de la ciudadanía), creen que la libertad consiste en la ausencia de interferencia externa en la esfera de decisiones y acciones de un agente individualmente considerado. Bajo este concepto liberal (negativo) de la libertad, ella se ve restringida, siguiendo a Isaiah Berlin, cada vez que la acción de un agente impide a otro hacer algo que de otro modo podría haber hecho.⁶⁹ Así, las leyes que regulan las encuestas electorales interfieren en la libertad de las instituciones dedicadas al mercado de las encuestas y en los medios de comunicación social. A su vez, interfieren en la libertad de los ciudadanos puesto que les impide recibir información que de otro modo podrían haber recibido. En sintonía con la doctrina del libre mercado de las ideas, que rechaza toda forma de regulación de las expresiones que se vierten en la esfera pública como una amenaza al desarrollo del conocimiento y la búsqueda de la verdad, el concepto de libertad como no interferencia es extremadamente sensible a cualquier tipo de regulación legal de la expresión.⁷⁰ Por lo mismo, estas leyes deben ser, de acuerdo con sus críticos, debidamente ponderadas para identificar si sus restricciones son propor-

⁶⁸ Véase una reflexión más general sobre la necesidad de hacer congeniar a la libertad de expresión con la deliberación, en Muñoz, Tania Celina Vásquez, “Libertad de expresión y comunicación electoral: vías para un modelo deliberativo”, *Revista Justicia Electoral*, México, núm. 15, 2015, pp. 245-277.

⁶⁹ Berlin, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, en Hardy, Henry (ed.), *Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 169.

⁷⁰ Para un análisis sobre las consecuencias regulatorias de la doctrina del mercado de las ideas, véase Napoli, P. M., “The Marketplace of Ideas Metaphor in Communication Regulation”, *Journal of Communication*, Oxford, vol. 49, núm. 4, 1999, pp. 151-169.

cionales a los fines que buscan alcanzar. En este juicio de ponderación se hace necesario encontrar evidencia empírica para demostrar los efectos negativos de las encuestas (*bandwaggon*, *underdog*, etcétera). Como tal evidencia no existe o es muy difícil de encontrar, un análisis de este tipo termina, en general, considerando que la regulación de las encuestas son una interferencia desproporcionada en la libertad. Esta posición es especialmente categórica en su rechazo al *blackout* como técnica de regulación de las encuestas electorales puesto que ella supone una restricción absoluta a la capacidad de las empresas encuestadoras de elaborarlas y/o difundirlas, así como de la ciudadanía de recibir la información en ellas contenidas. Tratándose del *disclosure*, esta posición puede ser más tolerante; sin embargo, para aceptar esta última técnica será necesario demostrar con claridad los efectos perjudiciales que las encuestas pueden generar en periodos electorales. Es por ello que antes que la regulación legal de las encuestas, esta posición privilegia mecanismos de autorregulación.

El problema de este concepto de libertad es que, si bien, no tolera la interferencia externa en la esfera de acción individual, en cambio sí tolera la existencia de estructuras de dominación. Fue, en efecto, el propio Thomas Hobbes el que inventó este concepto de libertad para oponerlo a un concepto político de libertad (la libertad republicana) y para justificar su compatibilidad con la del poder absoluto del *Leviathan*.⁷¹ Esta compatibilidad se explica por el hecho de que la libertad apunta a un hecho esencialmente contingente: la ausencia de coacción o interferencia. Las estructuras de dominación no *necesariamente* generan interferencia y en cuanto no lo hagan, no constituyen afectaciones a la libertad.⁷² Como las encuestas electorales no fuerzan o impiden a un agente actuar o dejar de actuar de un modo determinado, ellas no constituyen un problema desde la perspectiva de la libertad como no-interferencia.⁷³ Sin embargo, su falta de regulación

⁷¹ Para un análisis histórico sobre el concepto de libertad en Hobbes y el surgimiento del concepto liberal de libertad, véase Skinner, Quentin, *Hobbes and Republican Liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

⁷² Para un desarrollo sistemático y un contraste entre el concepto de libertad como no interferencia y como no dominación, véase Pettit, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997, cap. 1.

⁷³ Para un argumento que explora las relaciones de dominación que se siguen de la práctica de la libertad como no interferencia en los medios de comunicación social, véase Charney, John, *The Illusion of the Free Press*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 126-134.

incrementa el riesgo de reforzar estructuras de dominación en el sistema político.

A diferencia del anterior, el argumento deliberativo puede construirse sobre un concepto de libertad como no-dominación. La dominación, a diferencia de la interferencia, no mira el hecho contingente y puntual de interferencia para calificar si hay o no una afectación a la libertad, sino que mira las estructuras en las que se enmarcan las relaciones humanas. Independiente de si existe o no interferencia, la libertad se ve afectada cuando esas estructuras permiten que un agente *pueda* interferir arbitrariamente en las decisiones de otro (aun cuando en la práctica no lo haga). Desde esta perspectiva las encuestas electorales son una afectación de la libertad puesto que aun si ellas no interfieren directamente en las decisiones de un agente, para que vote en uno u otro sentido, constriñen la discusión en la esfera pública y con ello el universo de posibilidades que permiten decidir en uno u otro sentido. La no-dominación requiere de una esfera pública que promueva una discusión centrada en aquellos asuntos que son verdaderamente relevantes para tomar decisiones políticas. Requiere que la ciudadanía se enfoque en cuáles son las propuestas que unos y otros candidatos tienen sobre los asuntos que definen las bases de la convivencia política. Así, cuando el debate en periodos electorales se concentra en un juego de estrategias circunscrito a sus lógicas deportivas internas se afecta una libertad política fundamental: aquella que consiste en que la ciudadanía decida por sí misma, esto es, con base en motivos y razones fundadas que han sido debidamente articuladas y confrontadas en la esfera pública, y no en motivos puramente especulativos, como ha de conducirse el destino de la comunidad política durante un periodo determinado.

Desde la perspectiva de la libertad como no-dominación, el Estado tiene el deber de asegurar un ambiente propicio para el desarrollo de esta libertad política fundamental. La libertad de expresión e información —no entendida como un límite al ejercicio de la actividad estatal, que busca garantizar un derecho individual a manifestarse en la esfera pública, sino como una herramienta que habilita la capacidad del pueblo de decidir por sí mismo— es el medio que permite articular, a través de un debate informado, balanceado y comprensivo las distintas visiones que se enfrentan en la arena política. Para lograr lo anterior el Estado debe, muchas veces, interferir en la estructura y organización de las prácticas comunicativas que se desarrollan en la esfera pública. Esta interferencia es perfectamente

compatible con un sistema democrático y con la libertad (como no-dominación) y ampliamente utilizada para, entre otras cosas, evitar la concentración en la propiedad de los medios de comunicación social, estimular el pluralismo en el sistema informativo o para asegurar un debate informado durante periodos de elecciones a través de la regulación de la publicidad electoral y, por cierto, de las encuestas electorales. Evidentemente esta interferencia debe adoptar formas institucionalmente reconocidas como legítimas y en un sistema democrático es la ley la que cumple esta función legitimadora. Desde esta perspectiva la ley no es una afectación de la libertad, sino el medio a través del cual ella es asegurada.

4. *Una propuesta que garantiza el funcionamiento de la deliberación*

Bajo esta estructura conceptual podemos afirmar, en primer lugar, que la regulación legal de las encuestas electorales es, sin duda, una forma de interferencia en las decisiones y en las acciones de quienes se vinculan con la producción, difusión y recepción de encuestas electorales. Esta forma de interferencia es, sin embargo, un medio a través del cual se busca atacar la constricción de la esfera pública y fomentar una discusión informada, balanceada y comprensiva, que gire en torno a asuntos sustantivos de la vida en común, en periodos electorales. Es una discusión de estas características la que permite que el pueblo decida con un mayor grado de libertad quiénes deben asumir el poder político. Es por ello por lo que desde un punto de vista deliberativo y sobre la base de un concepto de libertad como no-dominación, la regulación legal de las encuestas electorales no puede verse sólo como una afectación de libertades básicas, sino que también puede constituir una herramienta legítima para habilitar la libertad política de un pueblo que se expresa a través de las elecciones representativas. Debido a que este concepto de libertad no se concentra en la interferencia de los agentes que participan de los procesos electorales (activa y pasivamente), sino en dismantelar las estructuras de dominación, es tolerante a cualquier técnica de regulación que persiga tal propósito, y que no genere a su vez nuevas estructuras de dominación. Por este motivo, y a diferencia de la libertad como no interferencia, tolera indistintamente el *blackout* y el *disclosure* como técnicas constitucionalmente legítimas para reforzar la libertad política de la ciudadanía.

Sobre la base de esta reflexión teórica, en torno a la importancia que la deliberación sobre asuntos sustantivos en periodos electorales tiene sobre la libertad política, puede realizarse una *propuesta* de racionalización de esta regulación que apunte tanto a su mejor fundamentación como a su vinculación racional con el sistema político y electoral. Esta propuesta parte de la base de que el derecho electoral nacional admite que el periodo de campaña electoral es un periodo de excepcionalidad política. Su excepcionalidad política permite que la protección de ciertos aspectos de la vida democrática de un país se agudice y otros aspectos se vean postergados de la primera línea de preocupación por parte del derecho. Uno de tales aspectos es, por supuesto, la libertad política. Por ejemplo, es sólo durante la campaña electoral que el Estado considera que es legítimo que los partidos y candidatos intenten convencer abiertamente, mediante propaganda electoral, a los ciudadanos de votar por ellos en la próxima elección. Por el contrario, fuera del periodo de campaña electoral, la legislación prohíbe tal propaganda. Esa prohibición es una interferencia razonable a la luz del interés en limitar la discusión propiamente electoral a un periodo restringido, donde los ciudadanos se ven expuestos masivamente a las propuestas de los candidatos en competencia. Es bajo la misma lógica, que parece razonable que durante los periodos de campaña electoral se creen instrumentos que tengan como propósito reforzar la discusión política y facilitar la toma de decisiones informadas. Tales formas de interferencia, como hemos visto, reducen los peligros de dominación de la esfera pública y con ello refuerzan una libertad que cobra especial importancia durante los periodos de elecciones. Tales instrumentos, como son en este caso la obligación de *disclosure* y el *blackout*, no deben ser, por tanto, entendidos como amenazas o restricciones a la libertad de expresión e información, sino como condiciones para su ejercicio en términos más armónicos con el correcto funcionamiento de una democracia deliberativa.

V. CONCLUSIONES

Cuando miramos al derecho comparado, podemos identificar junto a la existencia de una tradición que ha desestimado la necesidad de regulación legal de las encuestas electorales, al menos dos aspectos que han sido objeto de dicha regulación con la finalidad más o menos explícita de priorizar el proceso de deliberación preelectoral frente al derecho a la libertad de

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

expresión e información que protegería la libertad de publicar encuestas electorales. En primer lugar, y buscando asegurar la calidad de la información provista, se ha exigido que los resultados de las encuestas sean acompañados por fichas técnicas o *disclosures* que provean información comprensible que permita juzgar, por parte de la ciudadanía, el valor informativo y científico de cada encuesta. Proveer información sobre la fecha en que se llevó a cabo la muestra, su tamaño, el margen de error de la metodología empleada, la formulación de las preguntas permite confiar en los resultados ofrecidos. En segundo lugar, se han fijado embargos o *blackouts* en los que la publicación de encuestas electorales se encuentra prohibida. Si bien este segundo tipo de limitación, cuando es aplicada solamente los días inmediatamente anteriores de la elección, no tiene el efecto deliberativo que podría tener su total prohibición durante el periodo de campaña, puede interpretarse como un indicio de que, contrariamente a la tesis del mercado de las ideas (o del mercado de información), que sostiene que la verdad emergerá de la libre competencia entre información vertida en el espacio público, la sustracción de información sí podría tener un efecto positivo tanto para la deliberación democrática como para la formación de un juicio político más profundo por parte de la ciudadanía sobre la crucial cuestión de quién llevará las riendas de la dirección política del Estado.

La deliberación, en especial aquella que se da en periodos de elecciones, es vital para el adecuado funcionamiento del sistema democrático. Ella permite que el cuerpo político pueda tomar decisiones informadas sobre la base de una discusión comprensiva, balanceada y sustantiva. Esta es una libertad política fundamental que se ve afectada cuando la discusión que se da en la esfera pública es dominada por encuestas electorales que no han sido debidamente reguladas. En efecto, su falta de regulación no sólo podría aumentar el riesgo de que ellas sean manipuladas o tergiversadas con fines electorales, sino que además orienta el debate hacia cuestiones estratégicas y elitistas, alejándolo de consideraciones sustantivas sobre la vida en común. Desde esta perspectiva, las encuestas electorales constriñen la libertad política y por lo mismo su regulación no únicamente es compatible, sino que también es necesaria para asegurar tal libertad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AALBERG, Toril. y VAN AELST, Peter, “Who is Afraid of Preelection Polls? How Perceptions of Polls Influence Support for Polling Regulations Among Elites”, *International Journal of Public Opinion Research*, 26, núm. 4, 2014.
- AAPOR, *An Evaluation of 2016 Election Polls in the U.S.*, Oakbrook Terrace, 2017, disponible en: <https://www.aapor.org/Education-Resources/Reports.aspx>, consultado el 27 de noviembre de 2018.
- ACE ELECTORAL KNOWLEDGE NETWORK, *Elecciones y medios de comunicación*, 2018, disponible en: <http://aceproject.org/ace-es/topics/me/meb/meb05/meb05c>, consultado el 27 de noviembre de 2018.
- AGUIAR, César, “Apuntes para una historia de los estudios de opinión pública en América Latina”, en CORDERO, Rodrigo (ed.), *La sociedad de la opinión, reflexiones sobre encuestas y cambio político en democracia*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2009.
- ALONSO, Belén, “Las encuestas en los medios. Un estudio sobre su regulación en Argentina desde el tecnicismo y la política”, *XXV International Congress Latin American Studies Association (LASA)*, Las Vegas, octubre de 2004.
- ARRIAGADA, Eduardo, “Cómo se reportea una encuesta”, *Cuadernos Info*, Pontificia Universidad Católica de Chile, núm. 8, 1993.
- ASTORGA, Luz María, “Lo que se esconde tras el mundo de las encuestas”, *Diario Concepción*, 15 de enero de 2017, disponible en: <https://www.diarioconcepcion.cl/sin-categoria/2017/01/15/lo-que-se-esconde-tras-el-mundo-de-las-encuestas.html>, consultado el 25 de febrero de 2018.
- BAXTER, Richard, “The Culture of AAPOR”, en SHEATSLEY, Paul B. y MITOFSKY, Warren J. (eds.), *A Meeting Place. The History of the American Association for Public Opinion Research*, Oakbrook Terrace, Illinois, AAPOR, 1992.
- BERLIN, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, en HARDY, Henry (ed.), *Liberty*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BIBLIOTECA NACIONAL DEL CONGRESO DE CHILE, *Encuestas electorales. Experiencia comparada*, Santiago de Chile, Informe, 2012, disponible en: <http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/16052/1/>

Encuestas%20electorales.%20Experiencia%20comparada_v5.doc, consultado el 26 de febrero de 2018.

CHARNEY, John, *The Illusion of the Free Press*, Oxford, Hart Publishing, 2018.

CHUNG, Robert, *The Freedom to Publish Opinion Poll Results. A Worldwide Update of 2012*, Public Opinion Programme, The University of Hong Kong, World Association for Public Opinion Research, 2012.

COOPERATIVA, “Encuestadores rechazan normativa que prohíbe publicar mediciones 15 días antes de elecciones”, Cooperativa.cl., Santiago de Chile, 29 de junio de 2017, disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/pais/politica/encuestas/encuestadores-rechazan-normativa-que-prohibe-publicar-mediciones-15-dias/2017-06-29/064757.html>, consultado el 26 de febrero de 2018.

CORDERO, Rodrigo y MARÍN, Cristóbal, “Los medios masivos y las transformaciones de la esfera pública en Chile”, *Documento de trabajo ICSO*, núm. 7, año 2, agosto 2006.

CORDERO, Rodrigo y TAPIA, Gonzalo, “Sumando opiniones: antecedentes históricos y desarrollos metodológicos de la industria de la opinión pública en Chile”, *Documento de trabajo ICSO*, núm. 15, año 3, abril de 2007.

CORZO SOSA, Edgar, “Las encuestas electorales y los derechos fundamentales: Una primera reflexión”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 16, 2007.

DAHLGAARD, Jens Olav *et al.*, “How are Voters Influenced by Opinion Polls? The Effect of Polls on Voting Behavior and Party Sympathy”, *World Political Science*, Copenhagen, vol. 12, núm. 2, 2016.

DONSBACH, Wolfgang y HARTUNG, Uwe, “The legal Status of Public Opinion Research in the World”, en DONSBACH, Wolfgang y TRAUOGOTT, Michael W. (eds.), *The Sage Handbook of Public Opinion Research*, Los Angeles, Sage Publications, 2008.

DONSBACH, Wolfgang, *Who's Afraid of Election Polls? Normative and Empirical Arguments for the Freedom of Pre-election Surveys*, Amsterdam, Foundation for Information, ESOMAR, 2001.

ESOMAR y WAPOR, *Esomar/Wapor Guideline on Opinion Polls and Published Surveys*, Lincoln, Nebraska, 2014, disponible en: <https://www.esomar.org/uploads/public/knowledge-and-standards/codes-and-guidelines/>

- ESOMAR-WAPOR-Guideline-on-Opinion-Polls-and-Published-Surveys-August-2014.pdf*, consultado el 26 de noviembre de 2018.
- ESOMAR y WAPOR, *Freedom to Conduct Opinion Polls. A 2017 Worldwide Update*, Lincoln-Nebraska, 2018, disponible en: <https://wapor.org/publications/freedom-to-publish-opinion-polls/>, consultado el 27 de noviembre de 2018.
- FEASBY, Colin C. J., “Public Opinion Poll Restrictions, Elections, and the Charter”, *U. Toronto Fac. L. Rev.*, Toronto, 55, 1997.
- FISHKIN, James S. y LUSKIN, Robert C., “Experimenting with a Democratic Ideal: Deliberative Polling and Public Opinion”, *Acta politica*, Londres, 40 (3), 2005.
- FRANKOVIC, Kathleen, “Exit Polls and Pre-Election Polls”, en DONSBACH, Wolfgang y TRAUOGOTT, Michael W. (eds.), *The Sage Handbook of Public Opinion Research*, Los Angeles, Sage Publications, 2008.
- FRANKOVIC, Kathleen, “Opinion Polls and the Media in the United States”, en HOLTZ-BACHA, Christina y STRÖMBÄCK, Jesper (eds.), *Opinion Polls and the Media, Reflecting and Shaping Public Opinion*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2012.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A., “Las encuestas electorales y el debate sobre su influencia en las elecciones”, *Revista Mexicana de Opinión Pública*, México, 11, 2011.
- GÁLVEZ MUÑOZ, Luis A., “Organismos de sondeos, encuestas electorales y derecho”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 110, 2000.
- GERSTLÉ, Jacques, *La comunicación política*, trad. de Hernán Soto, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2005.
- GONZÁLEZ, María Holgado, “Publicidad e información sobre elecciones en los medios de comunicación durante la campaña electoral”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 40, 2017.
- GUPTA, Rani, “Questions of Constitutionality”, *Reporters Committee for Freedom of the Press*, Washington D. C., (de la edición de invierno de 2007 de *The News Media & The Law*), disponible en: <https://www.rcfp.org/journals/the-news-media-and-the-law-winter-2007/questions-constitutionality/>, consultado el 20 de marzo de 2019.
- HERBST, Susan, *Numbered Voices: How Opinion Polling Has Shaped American Politics*, Chicago, University of Chicago Press, 1993.

- HERNÁNDEZ VALDEZ, Alfonso, “Efectos, errores y regulación de las encuestas preelectorales: una política de transparencia para el caso mexicano”, *Confines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, México, vol. 9, núm. 18, junio-diciembre de 2013.
- COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA DEL SENADO, *Historia de la Ley núm. 20.900, Segundo informe de la Comisión Especial*, Senado, Discusión en Sala, Diario de Sesión en Sesión 91, Legislatura 363, 12 de enero de 2016, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/4915/>, consultado el 7 de mayo de 2018.
- COMISIÓN ESPECIAL INVESTIGADORA DEL SENADO, *Historia de la Ley núm. 20.900, Segundo Informe de Comisión Especial*, Senado, Informe de Comisión Especial en Sesión 90, Legislatura 363, 4 de diciembre de 2015, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/4915/>, consultado el 7 de mayo de 2018.
- HUNEEUS, Carlos, “Democracia versus Encuestocracia”, *Revista Mensaje*, octubre de 2007.
- KONG, Hoï, y LEVY, Ron, “Deliberative Constitutionalism”, *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- LÓPEZ, Miguel Ángel *et al.*, “Sobre experiencia internacional en regulación y autorregulación de encuestas políticas y electorales de opinión pública. Lecciones para Chile”, en FUENTE, Gloria de la (ed.), *Calidad de la democracia, transparencia e instituciones políticas*, Santiago de Chile, Segpres y Lom Ediciones, vol. 1.
- MAYOL, Alberto y CRESPO, Francisco, “Estándares y regulaciones de las encuestas de opinión pública”, *Revista Políticas Públicas*, vol. 8, núm. 1, 2015.
- MEIKLEJOHN, Alexander, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Nueva York, Oxford University Press, 1965.
- NAPOLI, P. M., “The Marketplace of Ideas Metaphor in Communication Regulation”, *Journal of Communication*, Oxford, vol. 49, 4, 1999.
- NAVIA, Patricio, “Public Opinion Polls in Chile”, en GEER, John (ed.), *Public Opinion and Polling Around the World: A Historical Encyclopedia*, Nueva York, ABC-Clio, 2004.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, “Libertad de expresión y procesos electorales: el caso de las encuestas de opinión y los sondeos de

- boca de urna”, *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005*, Washington D. C., Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 2005, vol. II.
- ORR, Graeme Y LEVY, Ron, “Regulating Opinion Polling: A Deliberative Democratic Perspective”, *UNSW Law Journal*, Sydney, vol. 39, núm. 1, 2016.
- PALOMARES GARCÍA, Jorge, “El balanceo constitucional y la aplicación del método de proporcionalidad en las encuestas electorales”, *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, núm. 86, 2017.
- PEÑA MENA, Rodrigo de la, “El debate sobre las encuestas electorales en México en 2012”, *Revista Mexicana de Opinión Pública*, México, núm. 20, 2016.
- PETERSEN, Thomas, “Regulation of Opinion Polls: A Comparative Perspective”, en HOLTZ-BACHA, Christina y STRÖMBÄCK, Jesper (eds.), *Opinion Polls and the Media, Reflecting and Shaping Public Opinion*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2012.
- PETTIT, Philip, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- “Regulación de encuestas genera polémica política”, *El Nuevo Siglo*, Bogotá, 11 de junio de 2016, disponible en: <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/6-2016-regulaci%C3%B3n-de-encuestas-genera-pol%C3%A9mica-pol%C3%ADtica>, consultado el 29 de noviembre de 2018.
- RESTREPO, Javier, “Veda a las encuestas electorales: una mirada a la situación y la opinión sobre el tema en Colombia y algunas comparaciones a nivel global”, *Ipsos Public Affairs*, Ipsos-Napoleón Franco, Bogotá, 2012.
- SÁNCHEZ, Enrique Inti García, “Criterios legales y jurisdiccionales vinculados a encuestas electorales en México”, *Revista Mexicana de Estudios Electorales*, México, núm. 16, 2016.
- SERVEL, *Acuerdo Consejo Directivo en respuesta a consulta núm. 14803*, 22 de junio de 2017, disponible en: <https://pbs.twimg.com/media/DDbKgwUXUAQamhF.jpg>, consultado el 7 de mayo de 2018.
- SIERRA RODRÍGUEZ, Javier, “Regulación electoral de los sondeos a pie de urna en España: asignaturas pendientes y obsolescencia ante las nue-

- vas formas de comunicación”, *Comunitania. Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, Madrid, núm. 7, enero de 2014.
- SKINNER, Quentin, *Hobbes and Republican Liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.
- STREB, Matthew J. y GENOVESE Michael A., “Polling and the Dilemmas of Democracy”, en STREB, Matthew J. y GENOVESE, Michael A. (eds.), *Polls and Politics, The Dilemmas of Democracy*, Albany, State University of New York Press, 2004.
- TRUDEL, Pierre y ABRAN, France, “The Legal and Constitutional Framework for Regulating Election Campaign Broadcasting”, en FLETCHER, Fred (ed.), *Election Broadcasting in Canada*, Toronto, Dundurn Press, 1991.
- VÁSQUEZ MUÑOZ, Tania Celina, “Libertad de expresión y comunicación electoral: vías para un modelo deliberativo”, *Revista Justicia Electoral*, México, núm. 15, 2015.
- WAPOR, *WAPOR, Statement on Chilean Proposed Ban on Polls*, Lincoln, Nebraska, 28 de junio de 2017, disponible en: <https://mailchimp/420d02917c40/wapor-statement-on-chilean-proposed-ban-on-polls?e=48ed52fb04>, consultado el 29 de abril de 2018.

C

Fecha de recepción: 28 de marzo de 2019.

Fecha de aceptación: 20 de mayo de 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

Discreción judicial, razonabilidad y control de constitucionalidad*

Judicial Discretion, Reasonableness and Judicial Review

Felipe Ignacio PAREDES PAREDES**

RESUMEN: El trabajo analiza la importancia del concepto de test de constitucionalidad en el juicio de constitucionalidad de las leyes, especialmente en los casos de discreción legislativa. Se estudian las implicaciones de la utilización de un determinado test y cómo esta decisión influye en el resultado. Con este propósito, se caracteriza el control de constitucionalidad como un control de razonabilidad. En la medida de que existen distintos modelos de razonabilidad, ello se traduce en la existencia de diversos test de constitucionalidad. El artículo discute esta hipótesis a partir de tres estándares de amplia difusión en el derecho comparado: el test de *Wednesbury*, el test de proporcionalidad y el test de escrutinio estricto. Dicho ejercicio muestra cómo un precepto impugnado puede tener distinta suerte y que el juicio de constitucionalidad puede arrojar resultados distintos en cada uno de estos casos.

Palabras clave: jurisdicción constitucional, Estado de derecho, interpretación del derecho, derecho constitucional, jurisprudencia.

ABSTRACT: The paper analyzes the importance of the concept of constitutionality test in the judicial review of the legislation, especially when the Constitution delivers to the Congress discretionary powers. The implications of using a specific test are as important as this decision will determine that the law be upheld or invalidate. For this purpose, judicial review of legislation is characterized as a control of reasonableness. Due to there are different models of reasonableness, consequently it produces the existence of different models of constitutionality tests. The article is focused on three widely diffused tests in comparative law: The *Wednesbury* test, the proportionality test and the strict scrutiny test. This exercise puts clearly in evidence how the constitutional rulings yield different results in each of these cases.

Keywords: Constitutional Court, Rule of Law, Interpretation of the Law, Constitutional Law, Jurisprudence.

* Artículo elaborado en el marco del proyecto Fondecyt de iniciación a la investigación núm. 11150828, “Proporcionalidad y deferencia en el control de constitucionalidad de las leyes”, del cual el autor es investigador principal.

** Profesor de derecho constitucional de la Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: felipe.paredes@uach.cl; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0232-1919>.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estado de derecho y control jurisdiccional*. III. *Estándares y control de constitucionalidad*. IV. *Corolario: elegir el estándar de control*. V. *Corolario: eligiendo el estándar adecuado de control*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto del Estado constitucional de derecho, la Constitución representa la norma de mayor jerarquía del sistema jurídico, al mismo tiempo que dota de unidad al derecho. Desde este punto de vista, la labor que realiza un tribunal constitucional,¹ al controlar la constitucionalidad de las normas, es de absoluta relevancia: de él depende la última palabra acerca de si una norma se encuentra o no dentro del marco de la Constitución. Por esta razón, los órganos del Estado y los particulares necesitan conocer en qué casos sus acciones se encuentran proscritas por la carta fundamental. Sin embargo, esto último no es siempre una tarea sencilla.

En términos generales, una norma inconstitucional es aquella que contraviene el texto de la Constitución, pero esta idea está lejos de ser uniforme, debido a que la Constitución contiene normas de diferente naturaleza. Este trabajo aborda uno de los casos problemáticos: el control de constitucionalidad del legislador en los casos en los que la Constitución le asegura a dicho órgano un espacio de discreción a través de un margen de libertad de configuración normativa. Esta situación se produce en todos los casos en los que la Constitución le impone al legislador la necesidad de conseguir un resultado, pero le entrega libertad en cuanto a los medios.²

Este artículo busca reconstruir el razonamiento que, con carácter general, realiza el juez constitucional para evaluar la constitucionalidad de la ley en esos casos. La tesis que formula consiste en que, los distintos elementos que forman el juicio de constitucionalidad pueden ser sistemati-

¹ La expresión tribunal constitucional debe entenderse a estos efectos como sinónima de todo tribunal con atribuciones de realizar control constitucional.

² Por ejemplo, el artículo 21 de la Constitución de Colombia dispone: “Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección”; o el artículo 13 de la Constitución de Perú asegura el derecho: “A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley”.

zados en una estructura epistémica denominada *test de constitucionalidad*. De esta tesis principal se desprenden tres tesis secundarias:

- En el derecho constitucional contemporáneo el juicio de constitucionalidad se ha convertido, para estos casos, en un juicio de razonabilidad, por lo que el test de constitucionalidad evalúa, en definitiva, la razonabilidad de la ley.
- La razonabilidad es un concepto polisémico, lo que da lugar a la existencia de distintos tipos de test de constitucionalidad, contando cada uno con un modelo de razonabilidad particular.
- La elección del test influye sustantivamente en el resultado de la evaluación y configura relaciones competenciales entre los órganos.

Esta estructura permite explicar la complejidad y diversidad del instrumental técnico a partir del cual se formula el juicio de constitucionalidad frente a la ausencia de criterios claros, al mismo tiempo que comprende cómo se pueden producir resultados disímiles en la solución del mismo problema jurídico, puesto que la elección del test de constitucional es un ámbito normalmente no reglado. Por el contrario, esta decisión se expresa usualmente a través de decisiones jurisprudenciales, con criterios no siempre diáfanos.

Como se trata un ejercicio inicial, este trabajo no pretende una revisión exhaustiva de todos los test de constitucionalidad que existen en la actualidad. Su objetivo es mucho más sencillo: demostrar la importancia de la elección del test en el caso concreto. Para ello se analizan tres ejemplos suficientemente conocidos en el derecho constitucional comparado: el test de *Wednesbury*, el test de proporcionalidad y el test de escrutinio estricto. En abstracto, todos ellos son susceptibles de utilizarse en cualquier país de Latinoamérica. Por último, sólo se trabajará en una reconstrucción gruesa de cada modelo, dejando de lado los matices existentes entre distintas versiones del mismo test.

Además de esta introducción, el artículo se compone de tres secciones: un marco teórico que reflexiona acerca de cómo se conectan los conceptos de Estado de derecho, discreción y control de constitucionalidad; un análisis de la forma en que el derecho público controla las potestades discrecionales a través de la figura de los test de control; una revisión de distintos

tipos de test de constitucionalidad y cómo ellos ponen en práctica modelos distintos de racionalidad. Se finaliza con un apartado de conclusiones.

II. ESTADO DE DERECHO Y CONTROL JURISDICCIONAL

El Estado constitucional de derecho tiene como una premisa básica la interdicción de la arbitrariedad, la que se origina en el ideal ilustrado de la predictibilidad de las decisiones de los poderes públicos. Según Fallon, a pesar de que el Estado de derecho es un concepto polémico, en términos generales, todas las teorías coinciden en algunos presupuestos esenciales: primero, el Estado de derecho otorga protección contra la anarquía y el estado de naturaleza hobbesiano; segundo, proporciona insumos a las personas para planificar sus asuntos con razonable confianza, ya que hace posible que éstas conozcan las consecuencias de sus acciones; tercero, permite defenderse frente a la arbitrariedad de los poderes públicos.³ Este es el concepto mínimo o procedimental de Estado de derecho en el sentido defendido por Raz, para quien el Estado de derecho consiste en que “la gente debe obedecer la ley y ser gobernada por ella” y “que los poderes públicos serán regidos por el derecho y estarán sujeto a él”.⁴ Similar es la visión de Lon Fuller, quien utiliza la expresión moral interna del derecho para hacer alusión a ocho condiciones que permiten que el derecho funcione como mecanismo racional de regulación de la conducta.⁵

Adicionalmente, el constitucionalismo contemporáneo se ha interesado también por una dimensión sustantiva del Estado de derecho. Desde esta perspectiva, el Estado de derecho no se satisface sólo con reglas claras, estables y universales que permitan predecir el comportamiento de

³ Fallon, Richard, “The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, núm. 97, vol. 1, 1997, pp. 7 y 8.

⁴ Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (trad. de Rolando Tamayo), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, pp. 265-267.

⁵ Fuller, Lon, *La moral del derecho*, trad. de Francisco Navarro, México, Trillas, 1967, p. 52. Concretamente, los requisitos que formula a este respecto son los siguientes: a) las leyes deben ser generales; b) las leyes deben ser promulgadas públicamente; c) no ser retroactivas; d) deben ser claras, en el sentido que los ciudadanos deben saber qué es lo que la ley manda, prohíbe o permite; e) no contradictorias; f) su cumplimiento no debe ser imposible; g) deben poseer una vocación de permanencia y estabilidad; h) debe existir una congruencia entre lo que establecen las normas y los órganos de aplicación del derecho.

los agentes jurídicos, sino que, además, es necesario que las instituciones cumplan con ciertos criterios de justicia material. Dworkin llama a esta idea “concepción centrada en los derechos”, puesto que en gran medida dichos principios de justicia se consagran a través de la forma de derechos fundamentales. Esta mirada es claramente más ambiciosa que la anterior, pues supone que cada ciudadano posee derechos y deberes morales con relación al resto de los ciudadanos y derechos políticos con relación al Estado en su conjunto. Según lo anterior, el cumplimiento de las normas no es suficiente para garantizar la justicia: “cuando las normas son injustas, un cumplimiento absoluto puede llevar a grandes injusticias”.⁶

La concepción centrada en los derechos posee ilustres detractores, pues uno de sus efectos secundarios es que aumenta los niveles de indeterminación normativa.⁷ Aunque la plena seguridad jurídica nunca ha sido alcanzada en los sistemas jurídicos, en materia constitucional este problema parece agudizarse con una concepción material de Estado de derecho. Al respecto, son conocidos los rasgos semánticos de los enunciados lingüísticos propios de las declaraciones de derechos fundamentales, más vagos y ambiguos que los de la parte orgánica, así como la apertura constante que dichas declaraciones poseen hacia el razonamiento moral. Todo esto parece influir poderosamente en tal rechazo. En efecto, algunos autores han acuñado la expresión “conceptos esencialmente controvertidos”, para describir las particularidades del lenguaje constitucional y su incompatibilidad con una tesis que defienda la existencia de interpretaciones unívocas en esta materia.⁸ Del mismo modo, esta particularidad ha alimentado una crítica que cuestiona fuertemente la legitimidad democrática del control de constitucionalidad.⁹

El desafío que representa el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, se entronca con uno de los temas clásicos de la teoría del derecho: la existencia de discreción por parte de los operadores jurídicos. A partir de la obra de

⁶ Dworkin, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, p. 29.

⁷ Kelsen, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R. Brie, Madrid, Tecnos, 1995, p. 33.

⁸ Gallie, Walter Bryce, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian society*, núm. 56, 1955, pp. 167-198.

⁹ Waldron, Jeremy, “The Core and Uneasy Case for Judicial Review”, *Harvard Law Review*, núm. 121, vol. 7, 2008, pp. 1693-1736.

Hart, un sector mayoritario de los teóricos del derecho reconoce la existencia de discreción judicial en el ordenamiento jurídico, en general, y en el derecho constitucional en particular.¹⁰ El punto ha sido de tal relevancia que, en el último siglo, la discreción y su control se ha convertido en uno de los grandes tópicos en esta rama del ordenamiento jurídico.

Esta apretada caracterización permite explicar cuál ha sido el derrotero que se ha seguido en la teoría constitucional en el desarrollo de las herramientas de control de constitucionalidad. Desde mediados del siglo XX, el derecho constitucional se ha ido transformando, en gran parte, en una técnica *nomofiláctica*, cuya función principal es la revisión de los actos jurídicos de los poderes públicos, fijando criterios que permitan evaluar su actividad combinando seguridad jurídica y justicia material. En esta ecuación la noción de razonabilidad ha adquirido un papel preponderante en el control de conceptos jurídicos indeterminados. Por este motivo, en sede de control de constitucionalidad se ha ido generando un complejo instrumental para lidiar con esta tensión entre justicia y seguridad jurídica. Es justamente a este tipo de técnicas a las que la literatura especializada denomina test o estándar de control.

III. ESTÁNDARES Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En los Estados Unidos de América existe una gran cantidad de literatura acerca del concepto de test o estándar de control en materia de revisión judicial. Según Hofer,¹¹ un estándar de control es un “mecanismo que define el alcance de la potestad revisora, fijando la altura de los obstáculos que el acto impugnado debe sortear para considerarse válido”. Si esta metáfora es correcta, puede decirse también que un estándar opera como un dispositivo para distribuir competencias entre los distintos órganos públicos, puesto que delimita ámbitos de discrecionalidad en los que el órgano controlado posee inmunidad, no siendo sus actos susceptibles de revisión judicial.

La relevancia de este segundo elemento es tal, que Martha Davis,¹² señala que “un estándar de revisión define el grado de deferencia o inmu-

¹⁰ Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, p. 159.

¹¹ Hofer, Ronald, “Standards of Review-Looking Beyond the Labels”, *Marquette Law Review*, núm. 74, 1990, p. 232.

¹² Davis, Martha, “Basic Guide to Standards of Judicial Review”, *South Dakota Law Review*, núm. 33, 1988, p. 469.

nidad que un tribunal revisor debe conceder a las decisiones emanadas de otro órgano”. En el mismo sentido, Sullivan agrega que un estándar de control contiene una fórmula que permite equilibrar la discreción que debe poseer un órgano decisor y la necesidad de controlarlo.¹³ Pero, desde luego, la forma clásica de conceptualizar un estándar es la que se realiza en oposición a las reglas como herramienta de control. Según Roscoe Pound, las reglas prescriben consecuencias legales determinadas y detalladas a un conjunto definido de hechos concretos;¹⁴ los estándares, por el contrario, establecen un límite general de conducta permisible que requiere aplicación de acuerdo con las circunstancias de cada caso.¹⁵

Hoy en día, esta distinción forma parte de la cultura jurídica occidental, a pesar de que sigue siendo objeto de debate. Por ejemplo, Schlag destaca que, si bien es conceptualmente ilustrativa, en la práctica la distinción entre reglas y estándares puede ser tenue.¹⁶ En realidad, agrega, más que una separación exhaustiva lo que existe es una distinción de grado, puesto que una regla puede estar corrompida por excepciones, al punto de asemejarse más a un estándar, y viceversa, un estándar puede estar regulado en términos más o menos estrictos acercándose a una regla. Estas mismas consideraciones han servido para distinguir entre estándares que permiten llevar a cabo controles con distintas intensidades. En un extremo de la cadena se sitúa la revisión completa del acto, en el otro la no revisión.¹⁷

La razón por la que el derecho constitucional estadounidense se comenzaron a aplicar estándares es objeto de discusión. Según Aleinikoff, en los Estados Unidos de América aparecieron éstos, primero, en las opiniones mayoritarias de la década de 1930. Ningún juez explicó por qué esa manera era considerada la más apropiada de revisión judicial de la ley, en efecto, señala que el análisis histórico muestra que dichos jueces actuaban sin que notaran que estaban haciendo algo novedoso o controverial.¹⁸ Similar conclusión obtiene Grimm, para el caso alemán, donde

¹³ Sullivan, Kathleen, “Foreword: The Justices of Rules and Standards”, *Harvard Law Review*, núm. 106, 1993, p. 57

¹⁴ Pound, Roscoe, “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, *Tulane Law Review*, núm. 7, 1932, p. 482.

¹⁵ *Ibidem*, p. 485.

¹⁶ Schlag, Pierre, “Rules and Standards”, *UCLA Law Review*, núm. 33, 1985, p. 383.

¹⁷ Davis, Martha, “A Basic Guide to Standards of Judicial Review”, *South Dakota Law Review*, núm. 33, 1988, p. 471.

¹⁸ Aleinikoff, Alexander, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, núm. 96, vol. 5, 1987, p. 948.

con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial el Tribunal Constitucional Federal recurre frecuentemente a la ponderación como método de solución de conflictos entre derechos fundamentales.¹⁹ Lo que sí está claro, según el mismo Aleinikoff, es que esta situación constituyó una ruptura importante con el pasado, en respuesta al colapso del conceptualismo y el formalismo del siglo XIX.

Existen estudios que analizan esta cuestión desde el punto económico²⁰ y otros que lo hacen desde el punto de vista político o sociológico.²¹ En realidad, es difícil explicar este fenómeno a partir de una sola causa, siendo más bien probable que varios factores como el análisis económico de las decisiones, el clivaje conservadurismo progresismo, o la propia percepción que tiene la judicatura acerca de su rol en el Estado de derecho, confluyeron para producir este resultado. Como sea, en el siglo XX y lo que va del XXI, el derecho público en general ha adoptado una dogmática de estándares más que una dogmática de reglas como técnica revisora, para casos en lo que hay que evaluar es la discreción legislativa.

Ahora bien, esto no significa la desaparición absoluta de una jurisdicción constitucional fundada en reglas. Por ejemplo, en países como los Estados Unidos de América o Chile, un modelo de control basado en reglas denominado originalismo ha recibido apoyo en parte importante de la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, a causa de las propias limitaciones de las tesis originalistas, el control por estándares ha ido ganando terreno en la aplicación de la Constitución, e incluso en un país con profunda tradición formalista como Chile, dicho control ha tenido una importancia cada vez más creciente.²²

La “estandarización” del derecho constitucional supone un desafío intelectualmente complejo, pues hace evidente la necesidad de dilucidar qué es lo revisable para el juez constitucional. Si la Constitución reconoce al legislador un margen de configuración normativa, en definitiva, le está

¹⁹ Grimm, Dieter, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 57, 2007, pp. 383-397.

²⁰ Kaplow, Louis, “Rules versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal*, núm. 42, vol. 3, 1992, pp. 557-629.

²¹ Sullivan, Kathleen, “Foreword: The Justices of Rules and Standards”, *Harvard Law Review*, núm. 106, 1993, pp. 22-123.

²² Martínez, José y Zúñiga, Francisco, “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, núm. 9, vol. 1, 2011, pp. 211-214.

garantizando un ámbito de discreción. En términos generales, la solución que ha adoptado el derecho constitucional ha sido replicar las técnicas del derecho administrativo para controlar las potestades discrecionales de las administraciones públicas. La justificación para ello es más o menos similar: en el Estado constitucional de derecho toda la actividad pública está sometida a control, incluso aquella que se funda en poderes discrecionales, la que está sujeta, al menos, a un control de razonabilidad como límite general.

Sin embargo, se debe tener presente que la existencia de espacios de discreción obedece a factores diversos en una y otra rama del derecho. En el derecho administrativo, los espacios de decisión discrecional responden normalmente a un componente de diseño institucional; en cambio, en materia constitucional, la existencia de discreción no siempre es un producto deliberado, sino más bien es la consecuencia no deseada del tipo de lenguaje utilizado en los textos constitucionales. En cualquier caso, el resultado es que, en ambos sectores del derecho público, el control de la discrecionalidad se ha convertido en uno de los ámbitos más desafiantes de dichas disciplinas: ante la imposibilidad de contar con reglas precisas, el control a través de estándares ha sido la alternativa predilecta del Estado de derecho de nuestros días. Es en este contexto que los distintos test de constitucionalidad han emergido como una herramienta que permite a los tribunales instrumentar la revisión judicial y delimitar los ámbitos de discreción de los poderes públicos.

Si bien actualmente el test de proporcionalidad es el mecanismo predominante a nivel comparado que cumple esta función, existen otras opciones análogas que no pueden ser descartadas de antemano, pues siguen utilizándose en varios sistemas jurídicos. El asunto no es trivial puesto que, por regla general, en el derecho comparado la Constitución no señala cuál es el test que debe aplicar el juez constitucional, quedando dicha decisión a su arbitrio, lo que incide directamente en el resultado.

IV. COROLARIO: ELEGIR EL ESTÁNDAR DE CONTROL

En la mayoría de los sistemas constitucionales no existe una única fórmula para juzgar la constitucionalidad de la libertad de configuración normativa del legislador. Para comprobar esta hipótesis se analizarán tres tipos de estándares de constitucionalidad. Cada modelo estará representado princi-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

palmente por un caso paradigmático, aunque cada uno de ellos pertenece a una familia de estándares. En esta oportunidad se soslayarán dichos matices, interesándonos más por una reconstrucción gruesa de cada modelo. Ello no quiere decir que dichas diferencias no puedan ser relevantes en otros ámbitos, pues lo que nos interesa es demostrar que el juicio de constitucionalidad adquiere formas diferentes según el estándar que se utilice.

Para ello, es necesario partir señalando que todo test de constitucionalidad comparte los siguientes elementos: *a)* una serie de argumentos enmarcados en una teoría de la interpretación constitucional que permite dilucidar la (in)constitucionalidad de la norma en cuestión; *b)* un umbral de lo constitucionalmente permisible, y *c)* reglas procedimentales sobre cargas de la argumentación y distribución de la incertidumbre.

La forma cómo se relacionan todos estos elementos en cada test está determinada por una manera específica de razonar. Pero dado que existen distintas maneras de entender la razonabilidad, el resultado es la existencia de varios tipos de estándares. Por ahora, interesa mostrar cómo cada modelo de razonabilidad considera apropiados argumentos diferentes, sitúa el umbral en latitudes distintas o establece cargas o presunciones en favor o en contra de algunos de los litigantes.

1. *Los estándares del tipo test de Wednesbury*

Es usual en el *common law* que los estándares se hayan establecido jurisprudencialmente. En materia de revisión judicial también se ha seguido esta tendencia. Los tribunales ingleses han sido particularmente activos e innovadores durante los últimos 30 años, en la definición de criterios de control de la actividad de los poderes públicos.²³ Históricamente, el principio de división de poderes y la inexistencia de una Constitución escrita, impidieron que en el Reino Unido existiera control de constitucionalidad y condicionaron a que el control de la administración se llevara a efecto únicamente respecto de aspectos procedimentales. No obstante, en las últimas décadas se ha visto una evolución que apunta también al control de aspectos sustantivos. Fundamental en este proceso fue la adopción del test de *Wednesbury*.²⁴

²³ Whittaker, Simon, “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 35, vol. 1, 2008, p. 68.

²⁴ Peiris, Gamini, “Wednesbury Unreasonableness: The Expanding Canvas”, *The Cambridge Law Journal*, núm. 46, vol. 1, 1987, p. 53.

Se trata de un estándar que se genera a partir de la sentencia *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v Wednesbury Corporation*.²⁵ Más concretamente, el test se aplicó en su formulación original al control de los actos de la administración del Estado, aunque su evolución en el derecho británico y su difusión hacia otros ordenamientos de la tradición del *common law*, lo han convertido también en un test de constitucionalidad. Influyó en este resultado el hecho de que, varios de los países tributarios de la tradición jurídica británica, han adoptado sistemas de control de constitucionalidad fuertes (por ejemplo India, Singapur, entre otros). El test se inspira precisamente en uno de los pilares de dicha tradición, al tener por objeto controlar el ejercicio de los poderes públicos, pero sin que la actividad de los tribunales sustituya a los órganos políticos en los fundamentos de las decisiones de los órganos con competencia para adoptarlas.²⁶

La fórmula clásica fue acuñada por Lord Greene en la señalada sentencia. Según ésta, una medida o política pública dictada por una autoridad, en ejercicio de una facultad legal, puede ser anulada por un tribunal, sólo “si la decisión en una materia de su competencia es tan exorbitante que ninguna autoridad razonable jamás la habría adoptado”. El test de *Wednesbury* entiende como irrazonable el error craso y es allí donde sitúa el umbral de anulabilidad. Esto excluye del ámbito de revisión las diferencias de opinión, que bien puede existir entre personas sensatas. La distinción crucial, con respecto a entender el sentido de la fórmula *Wednesbury*, es aquella entre un ejercicio equivocado e irrazonable del juicio. Aunque no es indispensable la existencia de mala fe, la decisión impugnada debe contener algún componente de perversidad, arbitrariedad, capricho o absurdo que permita excluir la posibilidad de un ejercicio meramente erróneo de la discreción conferida por una norma jurídica.²⁷

En una primera etapa se entendió que el test procuraba evitar decisiones reñidas con las reglas de la lógica, aquellas meramente arbitrarias o azarasas (por ejemplo, consultando un oráculo o lanzando una moneda al aire). Sin perjuicio de que estos supuestos no se pueden descartar totalmente, la

²⁵ *Associated Picture Houses Ltd. vs. Wednesbury Corpn*, 1948, 1 KB 223, pp. 228-230.

²⁶ Fordham, Michael, “Wednesbury”, *Judicial Review*, núm. 12, vol. 4, 2007, pp. 266.

²⁷ Peiris, Gamini, *op. cit.*, p. 56.

verdad es que son infrecuentes.²⁸ Por esta razón, el test ha sido reformulado en los últimos años para darle mayor utilidad. En 1985 en *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*,²⁹ el ponente Lord Diplock, señaló que la irracionalidad del test consistía en “una decisión que es tan escandalosa en su desafío a la lógica o a las normas morales aceptadas, que ninguna persona sensata podría haberla adoptado”. Al invocar las normas morales generalmente aceptadas, la fórmula de Lord Diplock amplió el alcance del test, aceptando que los poderes públicos pueden ser revisados en sus fundamentos en una dimensión diferente de la anterior. En cualquier caso, ambas formulaciones del test reflejan una concepción subyacente, en la que los tribunales deben interferir sólo en situaciones extremas.

A partir de la aprobación de la Ley de Derechos Humanos de 1998, la fórmula de Diplock permitió que el test se adoptara como una manera de evaluar la observancia de sus disposiciones, por parte de los poderes públicos. Incluso, recientemente el estándar ha sido aplicado con distintos niveles de rigurosidad, por ejemplo, menos estricto para asuntos relativos a cuestiones de regulación económica y más exhaustivo cuando existen derechos humanos involucrados. Si bien es cierto, hoy el test de *Wednesbury* ha perdido terreno frente al test de proporcionalidad, no ha desaparecido por completo. En la actualidad, no sólo ha sido capaz de sobrevivir en paralelo a este último, sino que también ha influido en su aplicación.

Este tipo de estándar no sólo es patrimonio del derecho insular y también existe en el derecho continental. El mejor ejemplo es un test denominado control del error manifiesto de apreciación (*erreur manifeste d'appréciation*), creado originalmente en Francia, primero en la jurisprudencia del Consejo de Estado y luego utilizado por el Consejo Constitucional. Su origen en el Consejo de Estado muestra claramente su pedigrí en tanto herramienta que proviene del derecho administrativo. Según Sánchez Morón, este test consiste en situar el límite de la antijuridicidad donde hay abuso o extralimitación de la discrecionalidad en la apreciación de los hechos o en la valoración de las circunstancias del caso, donde el error sea claro y resulte evidente para cualquier persona

²⁸ Jowell, Jeffrey, “Courts and the Administration in Britain: Standards, Principles and Rights”, *Israeli Law Review*, núm. 22, 1987, p. 416.

²⁹ [1985] AC 374 at 410-11.

razonable.³⁰ Al igual que en Reino Unido este test en la actualidad convive, al mismo tiempo que suele solaparse, con el test de proporcionalidad.³¹

Otro caso relacionado con los anteriores es el test de justificación racional estadounidense (*rational basis test*), por el que se controla la legislación económica o social en dicho país. Según Raynor, en los Estados Unidos de América el derecho constitucional contemporáneo se caracteriza por un marco doctrinal en el cual las regulaciones económicas están universalmente sujetas a un nivel mínimo de supervisión judicial.³² Este mismo autor añade que la formulación de este test parte de la premisa de que la ley goza de una fuerte presunción de validez y que ésta debe ser conservada “habiendo algún antecedente como indicio de un estado de cosas que permita pensar que la decisión fue adoptada sobre una base racional”.³³ Por esta razón, el Estado no tiene la obligación de producir evidencia para acreditar la racionalidad de la ley impugnada; en cambio, es el requirente quien está obligado a demostrar la irracionalidad y a refutar todos los posibles fundamentos racionales que puedan apoyarla.

2. *Lo estándares de Pareto óptimo*

Un estándar Pareto óptimo permite evaluar la razonabilidad de una decisión sobre la base del concepto de eficiencia. Desde esta perspectiva, es razonable aquella decisión que reduce al máximo los costos de oportunidad en la satisfacción de una necesidad determinada. En este sentido, una mejora de Pareto es un cambio a una asignación diferente entre dos variables en conflicto, que hace que una de ellas satisfaga de mejor forma una necesidad, sin hacer que la otra empeore su posición, dada una determinada asignación inicial de bienes entre ambas. Una asignación se define como “Pareto eficiente” o “Pareto óptimo” cuando no se pueden hacer más mejoras de Pareto. Esta noción de razonabilidad proviene de la teoría económica, pero también tiene aplicaciones en el ámbito del derecho y ha

³⁰ Sánchez, Miguel, “Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Ius et Veritas*, núm. 21, 2011, p. 265.

³¹ Fabbrini, Federico, “Reasonableness as a Test for Judicial Review of Legislation in the French Constitutional Council”, *Journal of Comparative Law*, núm. 4, 2009, pp. 39-64.

³² Raynor, Austin, “Economic Liberty and the Second-Order Rational Basis Test”, *Virginia Law Review*, núm. 99, 2013, p. 1070.

³³ *Idem*.

resultado clave en la teoría contemporánea de los derechos fundamentales, a través de la idea de optimización. La tesis conceptual más aceptada acerca de la tipología de las normas de derechos fundamentales es que éstos responden a la categoría de principios, y a su vez, dichos principios pueden ser definidos como mandatos de optimización.³⁴

El estándar que mejor representa esta forma de entender la razonabilidad es el test de proporcionalidad. Una reconstrucción básica de su estructura divide su aplicación en tres pasos: idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto.

- Idoneidad: la medida evaluada que afecta un derecho fundamental es útil para satisfacer un fin legítimo.
- Adecuación: la medida representa la alternativa menos lesiva para el derecho en cuestión.
- Proporcionalidad en sentido estricto: existe una adecuada relación entre medios y fines.

La literatura, en general, reconoce que la fórmula más adecuada para entender el test de proporcionalidad es el óptimo de Pareto. Por ejemplo, Alexy confiesa abiertamente que estos tres pasos expresan en su conjunto la idea de optimización y el principal criterio de optimización es el óptimo de Pareto. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización respecto de las posibilidades fácticas, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización de las posibilidades jurídicas. De todas formas, hay que reconocer que el propio Alexy se resiste a la idea de que el óptimo de Pareto sea la única lógica que domina la última etapa del test.³⁵ Sin embargo, existen estudios que muestran que esta ha sido la interpretación más recurrente en los distintos tribunales que aplican el test de proporcionalidad.³⁶

Sin perjuicio de lo anterior, no debe perderse de vista que en materia jurídica la utilización del óptimo de Pareto es meramente referencial, metafórica si se quiere, careciendo de la exactitud del análisis econométrico. Sobre esto se ha abierto debate, existiendo autores que postulan derecha-

³⁴ Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011, p. 13.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Foley, Brian, “The Proportionality Test: Present Problems”, *Judicial Studies Institute Journal*, núm. 1, 2008, p. 71.

mente la inconmensurabilidad de los principios, es decir, la imposibilidad de medir con magnitudes cuantitativas los niveles de afectación de que pueden ser objeto.³⁷ Por esta razón, la mayoría de los modelos de ponderación entre derechos utilizan conceptos meramente referenciales (por ejemplo, afectación grave, intermedia y leve), asumiendo las diferencias entre el razonamiento jurídico y el económico.³⁸ Por otra parte, el test de proporcionalidad es también sensible a consideraciones axiológicas o institucionales, característica que no es propia de las herramientas de la teoría económica que le sirve de inspiración. Esto se manifiesta en la última etapa de proporcionalidad en sentido estricto, donde a través de la técnica de la ponderación, el intérprete puede considerar otro tipo de razones que le pueden llevar, excepcionalmente, a respaldar una combinación que refleje un subóptimo en términos paretianos. Sin embargo, esta última posibilidad requiere un especial esfuerzo de justificación.

Como sea, todo esto configura un escenario que permite apreciar claramente los contrastes con el test de *Wednesbury*: en síntesis, en este caso existe un ámbito de revisión ostensiblemente más intenso; por consiguiente, son mayores las posibilidades de que la norma sea declarada inconstitucional. Más concretamente, basta que el órgano decisor haya optado por una combinación susceptible de una mejora de Pareto, es decir un subóptimo, para que dicha decisión pueda ser revocada por el revisor. Además, en este caso el juicio de constitucionalidad está dominado por consideraciones de fondo, lo que no sucede con la aplicación de un test más deferente.

3. La navaja de Ockham y los estándares de escrutinio estricto

El test de escrutinio estricto surge en los Estados Unidos de América y representa un estándar de razonabilidad diverso de los casos anteriores. En

³⁷ Webber, Grégoire, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009, pp. 89-100. Al respecto, la crítica plantea en la aplicación de los derechos fundamentales, sobre la base de la ponderación, que no es posible realizar una comparación entre costos y beneficios, como si se tratara de bienes que poseen un contenido económico directo.

³⁸ Da Silva, Virgilio, “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 31, vol. 2, 2011 pp. 273-301. Este autor manifiesta que, si bien no es posible la aplicación de un modelo que mida matemáticamente las afectaciones, sí se pueden valorar y comparar las afectaciones a los derechos fundamentales.

el derecho público europeo y latinoamericano encontramos un espécimen de esta clase en el test de igualdad. Para caracterizar el tipo de ejercicio intelectual que contiene, nos podemos ayudar de una forma de razonar que ha recibido la denominación de “principio de parsimonia”, también conocido como “navaja de Ockham”, formulado originalmente por el filósofo escocés Guillermo de Ockham, es una apelación directa al sentido común y a las máximas de la experiencia, sugiriendo que, permaneciendo igual todas las otras variables, cuando hay dos explicaciones para un fenómeno, la más simple es probablemente la correcta.³⁹ Desde su formulación la navaja de Ockham ha sido utilizada en múltiples ramas del conocimiento, incluido, por cierto, el derecho.

Así lo señala Richard Helmholz, para quien el criterio de racionalidad que lo informa ha influido con fuerza en varias áreas del derecho en las que se promueve de diferentes maneras la virtud de la simplicidad.⁴⁰ En otras palabras, se puede afirmar que existen ciertas materias donde la navaja de Ockham nos proporciona una herramienta útil, en contextos de cierta incertidumbre, para justificar una solución por sobre otra. Un ejemplo muy conocido es el derecho antidiscriminatorio, donde se utiliza evaluando la razonabilidad de un tratamiento diferenciado, a través de la noción de categoría sospechosa.

En este contexto, y permaneciendo igual todas las otras variables, la idea de categoría sospechosa permite dar por buena la respuesta más simple a la pregunta de si ha habido discriminación en un trato diferenciado: dado que las categorías sospechosas describen a los grupos que han padecido discriminación estructural en una sociedad determinada, lo más probable es que, un tratamiento diferenciado que causa un perjuicio a uno de estos colectivos es un acto de discriminación. En este sentido, quien pretenda demostrar que dicha tesis es falsa, o que existen razones más profundas, sofisticadas o sutiles en sentido contrario, está sometido a cargas argumentativas y probatorias considerablemente superiores que quien, simplemente, afirme la explicación más sencilla a la luz de las relaciones de poder existentes en una sociedad determinada.

Al respecto, el ejemplo más célebremente conocido es el test de escrutinio estricto (*Strict Scrutiny Test*) en el derecho estadounidense. Según

³⁹ Wertheimer, Ellen, “Ockham’s Scalpel: A Return to a Reasonableness Standard”, *Villanova Law Review*, núm. 43, vol. 2, 1998, p. 321.

⁴⁰ Helmholz, Richard, “Ockham’s Razor in American Law”, *Tulane European & Civil Law Forum*, núm. 21, 2006, p. 116.

Fallon, este test se aplica frente a un caso que cuestione la constitucionalidad de una norma cuando se aduce que ésta vulnera la “cláusula de igual protección ante las leyes” de la 14a. Enmienda, dado que introduce diferenciaciones fundadas en la raza y en otras “categorías sospechosas”. Asimismo, proporciona “la regla de base” bajo la 1a. Enmienda, para evaluar las leyes que regulan el discurso”.⁴¹

De esta forma, para poder limitar o regular estos derechos como la igualdad o la libertad de expresión, se requiere que la medida en cuestión tenga por finalidad, no cualquier interés lícito, sino uno de extraordinaria relevancia (*compelling government interest*) y que además la medida se ciña estrictamente (*narrowly tailored*) a la satisfacción de dicho interés. Bajo esta fórmula, las posibilidades de que la norma sea declarada inconstitucional son muy altas. No en vano se ha acuñado el aforismo que dice que este test es: “estricto en la teoría, pero fatal en los hechos”.⁴²

V. COROLARIO: ELIGIENDO EL ESTÁNDAR ADECUADO DE CONTROL

A modo de recapitulación, podemos concluir que la noción de test de constitucionalidad reconstruye adecuadamente el esquema de razonamiento del juez constitucional en los casos en que el legislador cuenta con un margen de discreción para el desarrollo de su función. Un test de constitucionalidad es una estructura epistémica que permite sistematizar los elementos esenciales del juicio de constitucionalidad: una teoría de la interpretación constitucional, un umbral que delimita la inconstitucionalidad de la constitucionalidad y la distribución de las cargas de justificación.

A lo largo de estas páginas se ha mostrado que, no es indiferente la elección del test de control para definir el ámbito de lo constitucionalmente permitido o prohibido, puesto que cada uno de ellos presenta distintos criterios de control. Dicha decisión incide en los espacios de discreción que poseen los poderes públicos para determinar el contenido de las disposiciones de la carta fundamental, lo que, por ende, incide en el resultado final del juicio de constitucionalidad. Por ejemplo, si se asume que el estándar

⁴¹ Fallon, Richard, “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA Law Review*, núm. 54, 2006, p. 1269.

⁴² Gunther, Gerald, “The Supreme Court, 1971 Term-Freword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection”, *Harvard Law Review*, núm. 86, vol. 1, 1972, p. 8.

aplicable al caso concreto es un test de *Wednesbury*, es mayor la tolerancia hacia las atribuciones discrecionales del legislador, que si la opción escogida fuese el test de proporcionalidad. A su vez, el test de proporcionalidad, en cualquiera de sus versiones, es más deferente que el test de escrutinio estricto diseñado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

El tema es crucial porque salvo muy pocas excepciones, como por ejemplo la Constitución de Sudáfrica, en los textos constitucionales (o en los tratados internacionales sobre derechos humanos) no existen instrucciones precisas sobre cuál es el estándar idóneo para controlar la observancia de dichas normas, por lo que, a su vez, la elección del test de control es también una decisión jurisprudencial. Igualmente, es importante señalar que también existe evidencia respecto de que los elementos de un estándar pueden ser interpretados de diversa manera en diferentes épocas o países.

Adicionalmente, este análisis muestra con meridiana claridad que la arquitectura de los test de constitucionalidad se encuentra relacionada con la mayor o menor amplitud de los espacios de discreción que conceden al legislador en el desarrollo de su función. Todo esto releva la importancia de la elección del estándar, ya sea como una decisión que toma el propio ordenamiento jurídico una norma escrita o a través de las decisiones jurisprudenciales. Si todo lo anterior es correcto, se trata de información que es esencial para formular con mayor precisión los alcances de la declaración de inconstitucionalidad y el ámbito de las atribuciones que un tribunal constitucional posee en cada caso particular.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEINIKOFF, Alexei, “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, núm. 96, vol. 5, 1987.
- ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, 2011.
- DA SILVA, Virgilio, “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 31, vol. 2, 2011.
- DAVIS, Martha, “A Basic Guide to Standards of Judicial Review”, *South Dakota Law Review*, núm. 33, 1988.

- DWORKIN, Ronald, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012.
- FABBRINI, Federico, “Reasonableness as a Test for Judicial Review of Legislation in the French Constitutional Council”, *Journal of Comparative Law*, núm. 4, 2009.
- FALLON, Richard “The Rule of Law as a Concept in Constitutional Discourse”, *Columbia Law Review*, núm. 97, vol. 1, 1997.
- FALLON, Richard, “Strict Judicial Scrutiny”, *UCLA Law Review*, núm. 54, 2006.
- FOLEY, Brian, “The Proportionality Test: Present Problems”, *Judicial Studies Institute Journal*, núm. 1, 2008.
- FORDHAM, Michael, “Wednesbury”, *Judicial Review*, núm. 12, vol. 4, 2007.
- Fuller, Lon, *La moral del derecho*, trad. Francisco Navarro, México, Trillas, 1967.
- GALLIE, Walter, “Essentially Contested Concepts”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 56, 1955.
- GRIMM, Dieter, “Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence”, *University of Toronto Law Journal*, núm. 57, 2007.
- GUNTHER, Gerald, “The Supreme Court, 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection”, *Harvard Law Review*, núm. 86, vol. 1, 1972.
- HART, Herbert, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.
- HELMHOLZ, Richard, “Ockham’s Razor in American Law”, *Tulane European & Civil Law Forum*, núm. 21, 2006.
- HOFER, Ronald, “Standards of Review-Looking Beyond the Labels”, *Marquette Law Review*, núm. 74, 1990.
- JOWELL, Jeffrey, “Courts and the Administration in Britain: Standards, Principles and Rights”, *Israeli Law Review*, núm. 22, 1987.
- KAPLOW, Louis, “Rules versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal*, núm. 42, vol. 3, 1992.
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de Roberto Brie, Madrid, Tecnos, 1995.

- MARTÍNEZ, José y ZÚÑIGA, Francisco, “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios constitucionales*, núm. 9, vol. 1, 2011.
- PEIRIS, Gamini, “Wednesbury Unreasonableness: The Expanding Canvases”, *The Cambridge Law Journal*, núm. 46, vol. 1, 1987.
- POUND, Roscoe, “Hierarchy of Sources and Forms in Different Systems of Law”, *Tulane Law Review*, núm. 7, 1932.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. Rolando Tamayo, México, UNAM, 1985.
- SULLIVAN, Kathleen, “Foreword: The Justices of Rules and Standards”, *Harvard Law Review*, núm. 106, 1993.
- SÁNCHEZ, Miguel, “Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Ius et Veritas*, núm. 21, 2011.
- SCHLAG, Pierre, “Rules and Standards”, *UCLA Law Review*, núm. 33, 1985.
- RAYNOR, Austin, “Economic Liberty and the Second-Order Rational Basis Test”, *Virginia Law Review*, núm. 99, 2013.
- WALDRON, Jeremy, “The Core and Uneasy Case for Judicial Review”, *Harvard Law Review*, vol. 121, núm. 7, 2008.
- WEBBER, Grégoire, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- WERTHEIMER, Ellen, “Ockham’s Scalpel: A Return to a Reasonableness Standard”, *Villanova Law Review*, núm. 43, vol. 2, 1998.
- WHITTAKER, Simon, “El precedente en el derecho inglés: una visión desde la ciudadela”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 35, vol. 1, 2008.

C

Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2017.

Fecha de aceptación: 4 de mayo de 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

La educación en Cuba a la luz de los derechos fundamentales

Education in Cuba in the Light of Fundamental Rights

Alie PÉREZ VÉLIZ*

RESUMEN: La configuración constitucional y legal de la educación en Cuba, a partir de su prestación exclusiva y excluyente por el Estado, y de lo incontrovertible de las decisiones administrativas en esta materia, se orienta más a una función pública soberana del Estado que a un servicio público en el sentido técnico jurídico del término. La falta de garantías, como la eficacia directa y vinculación de todos los “poderes” públicos, la reserva de ley, la indisponibilidad legislativa para la regresión, el contenido esencial o mínimo intocable, y la tutela judicial efectiva, constituyen serias limitaciones para considerar la educación en Cuba como un derecho fundamental, a la luz de esta teoría. Esta situación legislativa puede ubicar a los titulares del derecho en posiciones de desprotección ante posibles vulneraciones emanadas de arbitrariedades administrativas o de retrocesos legislativos. **Palabras clave:** educación, derecho fundamental, garantías, servicio público.

ABSTRACT: *The constitutional and legal configuration of education in Cuba, being exclusively provided by the State, and with the incontrovertible administrative decisions in this matter, is more oriented to a sovereign public function of the State than to a public service in the legal sense of the term. The lack of guarantees, such as the direct effectiveness and binding of all public “powers”, the reservation of law, the legislative unavailability for regression, the essential or minimum untouchable content, and effective judicial protection, constitute serious limitations to consider the education in Cuba as a fundamental right, in light of this theory. This legislative situation can place the holders of the right in positions of vulnerability to possible violations arising from administrative arbitrariness or legislative setbacks.*

Key words: *Education, Fundamental Rights, Guarantees, Public Service.*

* Profesor titular de la Universidad de Pinar del Río “Hermanos Saíz Montes de Oca”, doctor en ciencias. Contacto: alieperez1977@gmail.com y alievez@upr.edu.cu, ORCID: 0000-0002-5097-8520.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La educación en Cuba como servicio público: consideraciones críticas*. III. *La educación en Cuba: principales limitaciones a la luz de la teoría de los derechos fundamentales*. IV. *La educación en Cuba y el cumplimiento de los requisitos de fundamentalidad*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad de prestación o servicio público es relativamente reciente, data del siglo XIX en sus formas actuales, en que los Estados comenzaron a asumir actividades que eran realizadas hasta ese momento por otros sujetos. La Iglesia Católica, por ejemplo, se había ocupado de la enseñanza en seminarios y escuelas parroquiales, como parte de su labor misionera, desde finales del Medioevo. Otros servicios, como el de postas (correos), habían aparecido en siglos anteriores, en época de las monarquías absolutas y asociados a la formación de los Estados nacionales.

Estas formas prestacionales, como el ya referido servicio de postas, la administración de justicia, la defensa y las relaciones exteriores, estaban más orientadas a garantizar las necesidades abstractas de la nueva comunidad política, que dirigidas a proporcionar utilidad a personas concretas.¹ Respondían, con mayor vocación, a las necesidades de los nacientes Estados, de sus aparatos de poder, que a la de los propios administrados.

En este contexto resulta imposible pensar en la preocupación de la administración por responder a exigencias de calidad y cantidad en los servicios, por parte de los administrados, quienes se suponen los principales destinatarios. En este sentido, más que un servicio público se trataba de una actuación del Estado para garantizar su capacidad de organización y control: era una actividad de policía transfigurada en formas prestacionales.

La doctrina italiana hace una distinción interesante entre servicio y función públicos soberanos del Estado.² El primero es una actividad al margen de la noción de soberanía, posibilitando la simultánea realización

¹ Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo general II*, Madrid, Iustel, 2009, p. 303.

² Fundamentalmente, autores como Santi Romano y Vittorio Enmanuele Orlando en sus posturas institucionalistas sobre el Estado como soberano.

de la actividad por los particulares, donde no es exclusiva la actuación estatal. La función pública soberana, por su parte, sí implica actuación estatal soberana, en régimen estatal exclusivo, y sin ninguna posibilidad de intervención privada.

Parecería en este caso que existe cierta redundancia en el empleo de los términos público y soberano; pero en realidad aluden a dos cualidades diferentes de la actividad estatal a la que se les atribuye: lo público indica su orientación a satisfacer un interés estatal que llega o afecta de alguna manera a todos, o cuyos efectos son generales; y lo soberano indica el carácter exclusivo de la actuación estatal, sin posibilidad de interferencia, por alguien ajeno al Estado o a sus dependencias administrativas.

De asumirse la referida doctrina italiana, la actividad educacional en Cuba, más que un servicio público, es una función pública soberana del Estado. Esto es así, desde la promulgación de la Ley de Nacionalización General y Gratuita de la Enseñanza, del 6 de junio de 1961 (sin número) y que expone: “La función de la enseñanza es un deber a cargo del Estado Revolucionario que éste no debe delegar ni transferir”.³ Dicha Ley dispone en su artículo número uno: “Se declara pública la función de la enseñanza y gratuita su prestación. Corresponde al Estado ejercer dicha función a través de los organismos creados al efecto...”⁴

En el siguiente artículo se dispone la nacionalización y adjudicación a favor del Estado cubano de todos los centros de enseñanza, sean operados por personas naturales o jurídicas privadas; así como la totalidad de los bienes, derechos y acciones que integran el patrimonio de los centros citados en la referida legislación. Esto supone una exclusividad estatal en régimen de monopolio por parte del Estado que implica necesariamente actuación estatal soberana, tal como refiere la doctrina expuesta.⁵ La actividad prestacional regulada por ésta se enfoca más a un *uti universi* que a un *uti singuli*.

Sin embargo, el propio Ramón Parada⁶ refiere que es difícil mantener la posición de la doctrina italiana en la actualidad, donde se torna invisible la frontera que separa la actividad de prestación o servicio público

³ Bell Lara, José *et al.*, *Documentos de la Revolución Cubana 1961*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2008, p. 145.

⁴ *Ibidem*, p. 146.

⁵ Parada Vázquez, Ramón, *Derecho administrativo I, parte general*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1991, p. 420.

⁶ *Idem*.

de la actividad privada. Se señala que dentro del propio liberalismo una actividad ha transitado del sector público al privado y ha regresado al público, en dependencia de la tendencia de la misma a generar ganancias. Indica que en el “régimen” socialista ocurre lo contrario, las actividades que comportan poder, ganancias financieras y el dominio sobre los grandes medios de producción, tienden a ser controladas por el sector público, dejando el resto para el sector privado.

A lo anterior hay que señalar que, en determinados contextos, donde ciertos servicios garantizan el control ideológico sobre grandes masas de la población, así como un capital político excepcional, dichos servicios suelen pasar a ser una función pública soberana del Estado, presentados como conquista social, con todas las consecuencias positivas y negativas que ello acarrea: cobertura universal, elevado costo público y progresivo deterioro en la calidad del servicio, entre otros. En las experiencias del llamado socialismo real, la salud y la educación son ejemplos paradigmáticos.

Esta postura relativa a los llamados derechos de prestación, derechos económicos, sociales y culturales, o derechos humanos tiene especial trascendencia para el derecho administrativo y el derecho constitucional. Los diseños de dichos servicios, en la mayoría de las experiencias socialistas, se han caracterizado por una elevada intervención del Estado, con dominio exclusivo o cuasi exclusivo de las actividades prestacionales tendentes a garantizar los derechos sociales.

Esta realidad legislativa incluye, sin embargo, significativas paradojas: se constitucionalizan estos derechos como fundamentales, se excluye la propiedad privada y la gestión privada sobre la actividad y los bienes que la soportan, se fortalecen las competencias administrativas hasta niveles casi arbitrarios; por otro lado, se excluye la tutela judicial efectiva de dichos derechos, haciendo incontrovertible la calidad de la prestación por vía judicial; además, desde el punto de vista del derecho laboral, se mantiene sobre los agentes que prestan los servicios un régimen disciplinario rígido, y un régimen salarial deprimido.

Las señaladas características en materia de derechos laborales son especialmente apreciables en condiciones de crisis económica, donde el empeño por mantener el servicio a cualquier costo, como garantía legitimadora del sistema político, se hace recaer directamente sobre los trabajadores que lo garantizan, a través del deterioro de sus garantías laborales; e indirectamente

tamente sobre los usuarios, a través del deterioro progresivo de la calidad en dicho servicio.

Es objetivo de este trabajo realizar una valoración de la educación en Cuba como servicio público; determinar las características que ésta ha tenido en los últimos cincuenta años para considerarla como tal; igualmente, el autor constatará si el servicio público educativo, si existiere en el contexto nacional, se articula coherentemente con el derecho fundamental a la educación. Pero estos objetivos no serán realizados de una manera declarativa, sino razonada, usando la ponderación cuando proceda, sin renunciar a la crítica; para ello se recurrirá al método histórico jurídico y al análisis jurídico doctrinal.

II. LA EDUCACIÓN EN CUBA COMO SERVICIO PÚBLICO: CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Según Ramón Parada, la actividad administrativa de prestación es “aquella por la que la administración, sin limitar, ni incentivar la actividad privada, satisface directamente una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados...”⁷ En seguida, dicho autor menciona, entre los servicios públicos que presta la administración, el de enseñanza.

La prestación o servicio público supone la existencia de una relación entre la administración y el administrado, pero no una relación administrativa cualquiera, sino una singular relación de prestación. La naturaleza de la relación jurídica prestacional es sustancialmente diferente a la relación jurídica de policía o a la relación jurídica de fomento. El fin de ellas es diferente: en las últimas se persigue la organización y el control necesarios a la convivencia social, o el estímulo al desarrollo de una actividad económica o social que la administración pública no está dispuesta a asumir.

Con relación a la prestación o servicio público, la administración, o su concesionario, son los sujetos prestadores del servicio, mientras que el particular que recibe el servicio es el beneficiario. Como refiere Parada Vázquez: “El primer aspecto relevante de la relación es el derecho del particular de ser admitido al disfrute del servicio, derecho subjetivo inquestionable si reúne las condiciones legalmente establecidas, como puede

⁷ *Ibidem*, p. 418.

ser poseer determinados títulos para matricularse en un establecimiento universitario”.⁸

El derecho subjetivo supone una facultad de hacer, no hacer o exigir una acción u omisión de alguien. En el caso del servicio público de educación se trataría del derecho a exigir de la administración cualquier actuación dirigida al reconocimiento de dicho derecho. Pero el derecho subjetivo por sí mismo, incluso su aparición explícita en un enunciado normativo de la Constitución: no representa mucho sin sus respectivas garantías; éstas compulsan la materialización del derecho, vinculando a todos, principalmente a la administración pública, con la conducta debida.

El referido autor español expresa más adelante:

El carácter rigurosamente público de la relación de prestación lleva consigo la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ante la que debe protegerse su efectividad en caso de que el usuario no fuere admitido al disfrute del servicio, o fuese rechazado una vez admitido, o tratado de forma indebida.⁹

Ante este planteamiento cabría preguntarse si la educación es un servicio público en Cuba, como supone el inciso “b” del artículo 39 de la Constitución de 1976, con las posteriores reformas, el que estipulaba que “...la enseñanza es función del Estado y es gratuita... la ley precisa la integración y estructura del sistema nacional de enseñanza, así como el alcance de la obligatoriedad de estudiar y define la preparación general básica que, como mínimo, debe adquirir todo ciudadano”.¹⁰ Dicho artículo da continuidad al espíritu de la Ley de Nacionalización General y Gratuita de la Enseñanza de 1961.

La alusión constitucional a que la ley precisa la integración y estructura del sistema nacional de enseñanza ha sido interpretada en dos sentidos: uno estricto y formal, en que se ha entendido que el constituyente mandata a la Asamblea Nacional del Poder Popular para que regule la actividad educacional; y en un sentido amplio y material, que expresa una autorización a quien proceda para crear disposiciones normativas de cualquier rango, dirigidas a regular dicha actividad.

⁸ *Ibidem*, p. 428.

⁹ *Ibidem*, p. 429.

¹⁰ Constitución de la República de Cuba, La Habana, Dirección de Legislación y Asesoría MINJUS, 2005, p. 32.

Si se asumiera la primera interpretación, el ordenamiento jurídico cubano estaría ante un vacío legal, pues la referida Asamblea no ha promulgado, desde su Constitución en 1976, ninguna ley que regule de modo general el sistema nacional de educación, lo cual daría paso a lo que Jesús María Casal¹¹ y ciertos ordenamientos jurídicos (Portugal y Brasil, entre otros) califican como inconstitucionalidad por omisión legislativa. Para acoger esta interpretación, habría que asumir el carácter autoaplicativo de la Constitución cubana, algo cuya falta de concreción está fuera de discusión, por lo menos, en la práctica judicial de los últimos cincuenta años.

Una comprensión sistemática del ordenamiento jurídico cubano y de su tradición legislativa, donde no existe la reserva de ley, hace suponer que el “Constituyente” se refiere al segundo sentido de la expresión. Esto es lo que ha acontecido en la práctica desde 1976. Las regulaciones sobre el servicio público educativo, desde la referida fecha, se han introducido en Cuba vía acuerdos del Consejo de Ministros, su Comité Ejecutivo, y de resoluciones del Ministerio de Educación, como ente a la vez regulador y prestador del servicio; por mandato de los decretos-ley núm. 67 de 1983 y núm. 147 de 1994, de organización y reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado.

Pero hay otro elemento a valorar en la realidad cubana, que complica la consideración de la educación como prestación o servicio público, por lo menos en el sentido que lo define Parada Vázquez. El artículo 657 de la Ley núm. 7, del Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 1977, prohíbe expresamente la tutela judicial efectiva, por vía contenciosa, para cualquier asunto que suscite conflicto en materia de actividad educativa.

El apartado quinto del mencionado artículo dispone: “No corresponden a la jurisdicción administrativa las cuestiones que se susciten con relación a las disposiciones que emanen de una autoridad competente concernientes a: ...5. La actividad educacional y la disciplina escolar y estudiantil...”¹² Esto aparta a Cuba de la legislación y la doctrina predominantes en el derecho administrativo hispanoamericano, y enfatiza el carácter singular del ordenamiento jurídico cubano, donde las facultades domini-

¹¹ Casal, Jesús María, *Constitución y justicia constitucional, Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva carta magna*, Caracas, Publicaciones UCAB, 2000, p. 184.

¹² Ley núm. 7 de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, del 19 de agosto de 1977, Villa Clara, EGVC, p. 79.

cas de la administración pública en sectores estratégicos para el país son incontrovertibles, al menos en sede judicial.

Es evidente, como plantea Parada Vázquez, que no hay actividades públicas o privadas por naturaleza, sino que tal ubicación depende en cada caso y circunstancia de lo que decida el poder político.¹³ En Cuba, desde 1961 el Estado reservó a la administración pública, con carácter exclusivo, la enseñanza; lo consagró a nivel constitucional desde 1976, y lo convirtió por la Ley procesal de 1977, como se ha dicho, en un asunto no sujeto a controversias por vía judicial.

La nueva Constitución de la República de Cuba, proclamada el 10 de abril de 2019, no parece haber cambiado sustancialmente la naturaleza jurídica de la educación como función soberana del Estado. El artículo 32, inciso “b” de dicho cuerpo normativo dispone: “la enseñanza es función del Estado, es laica y se basa en los aportes de la ciencia y en los principios y valores de nuestra sociedad”.¹⁴

Sin embargo, el propio texto parece ampliar el amparo constitucional a la educación cuando la configura como un derecho en el artículo 73: “La educación es un derecho de todas las personas y responsabilidad del Estado, que garantiza servicios de educación gratuitos, asequibles y de calidad para la formación integral, desde la primera infancia hasta la enseñanza universitaria de postgrado”.¹⁵ Por primera vez, parece ampararse el derecho a una educación de calidad, particularizando en la dimensión cualitativa de la misma, lo cual constituye un avance en materia de derechos fundamentales, a tono con la doctrina y la práctica jurisdiccional extranjera.

No obstante lo anterior, en la recién aprobada Constitución no se especifica de manera amplia las garantías materiales a ese derecho, como sí hacía la Constitución de 1976 reformada, la que especificaba en su artículo 51:

...este derecho está garantizado por el amplio y gratuito sistema de escuelas, seminternados, internados y becas, en todos los tipos y niveles de enseñanza, y por la gratuidad del material escolar, lo que proporciona a cada niño y joven, cualquiera que sea la situación económica de su familia, la oportunidad

¹³ Parada Vázquez, Ramón, *Derecho administrativo I, parte general*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1991, p. 422.

¹⁴ Constitución de la República de Cuba, La Habana, Editora Política, 2019, p. 12.

¹⁵ *Ibidem*, p. 21.

de cursar estudios de acuerdo con sus aptitudes, las exigencias sociales y las necesidades del desarrollo económico-social.¹⁶

Por su parte, la actual carta magna, plantea:

El Estado, para hacer efectivo este derecho, establece un amplio sistema de instituciones educacionales en todos los tipos y niveles educativos, que brinda la posibilidad de estudiar en cualquier etapa de la vida de acuerdo con las aptitudes, las exigencias sociales y a las necesidades del desarrollo económico-social.¹⁷

Comparativamente ambas disposiciones constitucionales son similares, pero existen pequeños matices que pueden llegar a establecer diferencias sustanciales a la hora de su interpretación. El artículo 51 del texto de 1976 detalla las condiciones de infraestructura y suministros que de modo gratuito deben ser garantizados por el Estado (seminternados, internados, becas y material escolar), de forma que con independencia de la condición económica de los familiares del educando, éste pueda acceder en plenitud a los estudios. Por su parte, el artículo 73 del texto de 2019 estipula sólo la garantía de la institución educativa, lo cual no implica necesariamente alojamiento y material escolar. De ser interpretado de manera literal el precepto constitucional, basta con que existan las edificaciones para clase y los maestros que impartan la docencia. Este camino interpretativo llevaría a una regresión en el derecho, lo cual vulnera el requisito de fundamentación de no regresión.

Otro aspecto que implica una regresión, es lo relativo a la posibilidad de la remuneración del postgrado o de estudios complementarios. El propio artículo 73 de la carta de 2019, en su último párrafo, reconoce y ampara legalmente este tipo de pago, aunque sea con carácter excepcional. Estaría amparándose así la práctica, hasta este momento inconstitucional, de los llamados repasadores pagados, que hacen competencia, en no pocas ocasiones, a las escuelas estatales; superándolas en la calidad de la docencia en asignaturas claves para garantizar la continuidad de estudios (matemática, español e historia), pero propiciando diferencia de oportunidades

¹⁶ Constitución de la República de Cuba, La Habana, Dirección de Legislación y Asesoría MINJUS, 2005, pp. 38 y 39.

¹⁷ Constitución de la República de Cuba, La Habana, Editora Política, 2019, p. 21.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

entre los educandos que pertenecen a una familia que puede pagar dichos cursos y una que no lo puede hacer. La Constitución de 1976, con sus reformas, no admitía la posibilidad de la remuneración, ni siquiera con carácter excepcional para el postgrado o para estudios complementarios.

Es algo suficientemente demostrado que la cobertura educativa de Cuba es total, y que ha sido política de Estado garantizarla en todos los niveles de enseñanza; sin embargo, esto no quiere decir que sea imposible que se susciten conflictos alrededor del servicio: en cuanto a la calidad, accesibilidad a determinados centros especializados, decisiones administrativas injustificadas y lesivas, o formas concretas de organización de la prestación que puedan hacer del servicio algo inaccesible para determinados sectores de la población.

Como parece advertir la Ley adjetiva de 1977, todos los conflictos referidos deben ser resueltos por medio de procedimientos internos, ministeriales o de órganos territoriales; o bien, por formas políticas alternativas de resolución, que en ocasiones generan decisiones con pocos visos de legalidad, e incluso arbitrarias; máxime si el propio Ministerio de Educación es a la vez el único prestador del servicio y el ente regulador de la actividad, lo que lo convierte de hecho en juez y parte.

Si se entiende que la prestación o servicio público en general se concreta mediante una relación jurídica de tipo prestacional y de naturaleza pública, por medio de la cual la administración contrae obligaciones con los beneficiarios a partir de un vínculo de derecho público, en este caso, como en toda relación jurídica bilateral, tanto el que presta el servicio como el beneficiario tienen derechos y obligaciones, y la realización de esos derechos y obligaciones puede suscitar controversias. Por ello es conveniente que se estipule una autoridad imparcial y una vía segura para dirimir dichas controversias, evitando que en la resolución del conflicto intervenga alguien en la doble condición de ejecutante y árbitro.

Pareciera que la nueva Constitución de la República de Cuba, de abril de 2019, está orientada a resolver esta presunta o potencial contradicción, estipulando en los artículos del 92 al 100 las garantías jurisdiccionales a los derechos. Sin embargo, la propia Constitución neutraliza la posibilidad de la eficacia autoaplicativa o directa: el artículo 99, en su párrafo final estipula: “La ley establece aquellos derechos amparados por esta garantía, y el procedimiento preferente, expedito y concentrado para su

cumplimiento”.¹⁸ Esta fórmula reenvía a las leyes especiales la determinación de los derechos que serán amparados, lo cual implica que algunos no lo serán necesariamente. Se rompe así con el principio de indivisibilidad de los derechos y con la eficacia directa de la Constitución, y habría que esperar a leyes especiales la determinación o no de la tutela judicial efectiva para el derecho a la educación.

Conferir tutela judicial efectiva a los reclamos de los administrados que son beneficiarios del servicio público de enseñanza o educativo, y sustraer la resolución de controversias de la propia administración pública, como única y última instancia, le da credibilidad y legitimidad a la propia administración, al tiempo que evidencia el compromiso del Estado para con sus ciudadanos.

Del análisis anterior se deduce que, si se sigue una posición concordante con la aludida doctrina italiana, y en parte predominante en Europa, sobre las características de la actividad prestacional de la administración, la educación en Cuba no puede encuadrarse, por lo menos desde el 6 de junio de 1961 y hasta el 2 de septiembre de 2013, como un típico servicio público. Carece de simultaneidad de prestadores públicos y privados, y de la referida tutela judicial efectiva. En este sentido encuadraría más como una función pública soberana del Estado, ejercida a través de su administración pública.

Se ha señalado como fecha conclusiva del periodo de exclusividad prestacional de la educación por la administración pública en Cuba el 2 de septiembre de 2013, porque este día fue promulgada la Resolución núm. 353 del Ministerio de Finanzas y Precios, por medio de la cual se aprobó como actividad privada o de “trabajo por cuenta propia” la de repasador, la cual se recoge en el anexo 1 de dicha resolución, en la tabla contentiva del régimen simplificado.

Debe destacarse que la acción de repasar es una forma específica de realización de la actividad educativa o de enseñanza, en la que no resulta fácil deslindar entre la reiteración de un viejo contenido y la introducción de uno nuevo. A ello se debe agregar que en materia de contenidos educativos se puede estar haciendo alusión al sistema de conocimientos, a las habilidades, a los valores, al desarrollo de capacidades y/o competencias. La pretensión del legislador de limitar sólo a la actividad de repaso esta inter-

¹⁸ *Ibidem*, p. 29.

vención privada no es más que eso, una pretensión, que no se corresponde con los planteamientos teóricos y la práctica educativa contemporánea.

Esta disposición infraconstitucional, contradecía el espíritu del artículo 39 de la Constitución de 1976; pero se resuelve dicha contradicción con el artículo 73 de la nueva Constitución de 2019, eliminando uno de los elementos que podría vetar la consideración de la educación como prestación o servicio público: la de exclusividad de ejercicio por el Estado. Sin embargo, el de la prohibición legal de la tutela judicial efectiva se mantiene en la referida Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, la que no ha sido reformada, para pesar del ordenamiento jurídico cubano y de los destinatarios del servicio educativo.

Otro aspecto a considerar, luego de la aprobación de cierta actividad asociada a la enseñanza por privados, desde 2013, es el de las tarifas que se cobran por la misma. Al respecto Parada Vázquez plantea:

La remuneración del concesionario o gestor privado del servicio es también un precio privado, pero intervenido, debiendo incluirse en los contratos de gestión de servicios las tarifas máximas y mínimas que hubieran de percibirse de los usuarios, con descomposición de sus factores constitutivos, y procedimientos para su revisión...¹⁹

La regulación de las tarifas de actividades consideradas servicios públicos, es otra ausencia en la Resolución núm. 353 del Ministerio de Finanzas y Precios. Mediante el uso del derecho comparado se aprecia que la tendencia en países con cierta tradición tributaria, como Alemania, Francia y España, es que la administración pública intervenga en las tarifas de actividades realizadas por los privados, si están consideradas un servicio público por el ordenamiento jurídico; esto independientemente del título habilitante que les permita el ejercicio de la prestación.

La situación descrita ubica a la actividad educativa como prestación pública en un estado de indefensión ante arbitrariedades de la administración; e incluso en situaciones de desventaja para los beneficiarios, ante la actuación del emergente sector “privado” de repasadores, que viene abriéndose paso, cabalgando sobre el lomo de la Resolución núm. 353. Esta situación se agrava en un ordenamiento jurídico poco garantista, donde las decisio-

¹⁹ Parada Vázquez, Ramón, *Derecho administrativo I, parte general*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1991, p. 432.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

nes de la administración pública en materia educativa, hasta el momento, no pueden ser revisadas en proceso judicial, por más vulnerable que sea del derecho de los beneficiarios.

La realidad expuesta es independiente de la gran voluntad política que pueda tener uno u otro funcionario; pues de lo que se trata es de las garantías y de la seguridad jurídica que ofrece el ordenamiento, y no de los niveles de concreción material en cuanto a amplitud de cobertura educativa. Ello supone identificar las principales limitaciones jurídico-formales que tiene la educación en Cuba para ser entendida como un servicio público, lo que la ubica preferentemente en la categoría de función pública soberana del Estado.

III. LA EDUCACIÓN EN CUBA: PRINCIPALES LIMITACIONES A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Existe una evidente conexión entre los llamados derechos fundamentales de prestación y la actividad administrativa de prestación o servicio público: los primeros se refieren a quién tiene la facultad de exigir de la administración pública una conducta debida de prestación o satisfacción de una necesidad básica, es decir: quién es el sujeto activo y qué facultades le asisten en una relación iusfundamental; lo segundo se refiere a quién tiene la obligación iusfundamental de garantizar el derecho, y a través de qué tipo de actividad de la administración pública se satisface ese derecho. Esto supone tener en cuenta cómo se garantiza su materialización.

La complejidad para designar al repertorio de derechos fundamentales es tal, que incluso, en el derecho constitucional y en los tratados internacionales, aparecen otras designaciones como derechos humanos, derechos constitucionales, libertades individuales y derechos del hombre.

El constitucionalista español Pérez Tremps atribuye esta diversidad de designaciones en el derecho constitucional a varios motivos, que van desde la perspectiva metodológica con que se analiza una misma realidad jurídica, pasando por la dimensión histórica, hasta llegar a la estructura interna de los distintos derechos.²⁰

A pesar de esta diversidad de designaciones, el autor coincide con Pérez Tremps cuando plantea que

²⁰ López Guerra, Luis *et al.*, *Derecho constitucional, El ordenamiento constitucional, derechos y deberes de los ciudadanos*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

...desde el punto de vista constitucional, el concepto de “derechos fundamentales” resulta el más adecuado; ello porque, por otra parte, la expresión “derechos fundamentales” sirve para poner de manifiesto la naturaleza especial que dichos derechos poseen: su consideración como elemento básico y preeminente del ordenamiento, frente a la naturaleza “ordinaria” que los demás derechos subjetivos poseen.²¹

También se debe considerar que la doctrina y la legislación constitucional emplean el término derechos fundamentales en dos sentidos: uno amplio, y considerado técnicamente incorrecto por algunos autores,²² que le atribuye tal calificativo a cualquier derecho plasmado en la Constitución; y uno estricto, reservado para aquellos derechos que conforman el núcleo central del estatus jurídico del individuo. Estos derechos son los que en Constituciones como la española manifiestan una especial rigidez exigida para su reforma, y gozan de un reforzado sistema de garantías normativas en las leyes de desarrollo.

Autores como el español Pérez Luño definen los derechos fundamentales como “el conjunto de facultades, instituciones y prerrogativas que en cada momento histórico concretan la exigencia de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos...”²³

Para Villabella Armengol los derechos fundamentales son aquellos dentro de los mismos derechos constitucionales y humanos, que además de positivarse han logrado que se les instrumenten vías garantistas seguras para su defensa e implementación.²⁴

Por su parte, Javier Pérez Royo expresa:

Los derechos fundamentales son, pues, los derechos naturales constitucionalizados sobre la base del principio de soberanía popular. No basta, por tanto, que los derechos sean enumerados sin más en la Constitución... Para que los

²¹ *Ibidem*, p. 138.

²² Pablo Pérez Tremps, Luis López Guerra, Eduardo Espín, Joaquín García Morillo, Miguel Satrustegui, etcétera.

²³ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 44.

²⁴ Villabella Armengol, Carlos Manuel, “Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana”, en Prieto Valdés, Martha (comp.), *Selección de textos constitucionales, primera parte*, La Habana, ENPSES, 1991, p. 91.

derechos se conviertan en derechos fundamentales tienen que incorporarse a una Constitución que se afirme expresamente como norma jurídica y que prevea mecanismos para garantizar su supremacía sobre todas las demás normas del ordenamiento y en particular sobre la ley. Los derechos fundamentales están, por tanto, en íntima conexión con las garantías constitucionales...²⁵

Para Luigi Ferrajoli son derechos fundamentales:

...todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.²⁶

Obsérvese que en las dos últimas definiciones parece existir una doble influencia de iusnaturalismo y positivismo jurídico, con diferencia de énfasis, pero sin pretender anclar los conceptos a las tradicionales posiciones metafísicas de los autores precursores. Lo que interesa, a los efectos de este trabajo, es que tanto Pérez Royo como Ferrajoli coinciden en la importancia de instrumentar garantías a los derechos, y éstas suponen básicamente la positivación de acciones de protección o defensa, así como la previsión de mecanismos para exigir prestaciones del Estado.

La definición del maestro italiano, por demás, reconoce que dentro de los derechos fundamentales se pueden concebir las expectativas positivas o prestacionales, lo que haría de los derechos económicos, sociales y culturales facultades susceptibles de fundamentalidad, y por ello de garantías frente al Estado y terceros. El supuesto implicaría el derecho a accionar por el mero incumplimiento de la prestación debida, o incluso la exigibilidad de garantizar una prestación de calidad. Dentro de este supuesto, entrarían a formar parte derechos como la educación, la salud o la seguridad social.

²⁵ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 256.

²⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2004, p. 37.

Por su parte, Pérez Royo plantea cuáles son las garantías constitucionales que elevan a rango de derechos fundamentales los derechos plasmados en una Constitución. Para ello toma de referencia la experiencia española. En una taxonomía, a juicio de este autor interesante, las divide en garantías objetivas o institucionales, garantías subjetivas o individuales y garantías orgánicas.²⁷

Dentro de las garantías objetivas o institucionales se señalan, por el referido autor, las garantías constitucionales propiamente dichas. Entre estas enumera la rigidez para la reforma constitucional y el control de constitucionalidad de la ley. A las anteriores adiciona el principio de legalidad o de reserva de ley y sus garantías complementarias, y las garantías frente a la distribución territorial del poder.

Por su parte, dentro de las garantías subjetivas o individuales enumera la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria, la garantía judicial preferente y sumaria de estos derechos, y la garantía de amparo constitucional. Estas garantías se pueden encuadrar dentro de una más genérica consistente en la judicialización de los derechos fundamentales.

Como garantía orgánica menciona la existencia del Defensor del Pueblo, dependiente en España del Poder Legislativo y capaz de ejercer las acciones de inconstitucionalidad y amparo ante el Tribunal Constitucional. Es un órgano en el que no se pretende profundizar, pero a pesar de las objeciones que pueda suscitar, sobre todo por lo limitado de sus competencias, constituye otra forma de garantizar los derechos de los ciudadanos ante violaciones por parte de la administración pública.

Otra significativa clasificación taxonómica de garantías a los derechos fundamentales es la propuesta por el maestro italiano Luigi Ferrajoli, quien las divide en primarias y secundarias. Dentro de las primeras, ubica a las obligaciones de prestación y a las prohibiciones de lesión, concebidas como expectativas positivas o negativas frente al Estado o terceros; mientras que dentro de las garantías secundarias prevé las obligaciones de reparar y sancionar judicialmente los derechos, "...es decir, las violaciones de sus garantías primarias".²⁸

²⁷ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997, p. 256.

²⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, *cit.*, p. 37.

Es interesante apreciar que ambos autores coinciden en ubicar dentro de las garantías a los derechos fundamentales la tutela judicial efectiva, el primero bajo la denominación de garantías subjetivas o individuales, a la vez que el segundo las denomina garantías secundarias. Ambas posiciones, con diferentes matices clasificatorios, muestran una tendencia creciente que se percibe como requisito para caracterizar el llamado Estado constitucional de derechos:²⁹ la judicialización de la protección de los derechos fundamentales como principal garantía ante el incumplimiento o las lesiones provocadas por el Estado o terceros.

Al respecto, autores como Pahuamba Rosas y Zavala Gallardo señalan:

El derecho tiene que existir en el sistema normativo y la falta de cumplimiento genera la posibilidad de su reclamo en instancias judiciales. Asimismo, se requiere una ley donde se establezca la forma en la que se desarrolla el derecho, su alcance y la forma de exigirlo. No obstante ello, el operador judicial puede entrar al estudio y determinar el incumplimiento, así como la sanción al obligado, tratándose de derechos de orden constitucional en el caso de que no exista ley que lo reglamente. Según una afirmación ampliamente difundida en el discurso jurídico, el carácter normativo de las Constituciones contemporáneas residiría en la existencia de un control jurisdiccional de las mismas, capaz de imponer su contenido, llegado el caso, a los propios poderes encargados de desarrollarla.³⁰

Puede concluirse que, para los autores abordados, los derechos fundamentales son aquellos derechos constitucionales que gozan de un plus de fundamentalidad, es decir, tienen dentro del ordenamiento jurídico eficacia directa, reserva de ley o indisponibilidad legislativa para la regresión, contenido esencial o mínimo reconocido, y un sistema amplio de garantías jurisdiccionales, entre las cuales la tutela judicial efectiva es la de más amplia aceptación doctrinal y la más difundida en el derecho positivo.³¹

Esta postura, aunque desde el punto de vista jurídico-formal es un paso de avance, por su enfoque garantista, contiene algunas limitaciones pro-

²⁹ Definición asumida por Luigi Ferrajoli en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, para significar la superación del tradicional Estado liberal de derechos, así como la presunta crisis del Estado social de derechos.

³⁰ Pahuamba Rosas, Baltazar y Zavala Gallardo, Erick (coords.), *Aplicación de los derechos humanos*, México, Editorial Liber Iuris Novum, 2014, pp. 187 y 188.

³¹ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, cit., pp. 345-350.

pias del enfoque positivista del derecho, al negar la fundamentalidad de nuevos derechos que pudieran aparecer y que aún no están consagrados en normas de derecho escrito. Preferimos asumir que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos inherentes al hombre, por consagrar los valores supremos de libertad, dignidad, solidaridad e igualdad humanas; y que entonces por ello, y sólo por ello, deben ser positivados para su mejor protección, especialmente en lo relativo a las garantías.

Otro asunto, especialmente complejo, es si los llamados derechos prestacionales o de prestación pueden considerarse derechos fundamentales, y si gozan del mismo plus de fundamentalidad que los llamados derechos de libertad o derechos civiles y políticos. La concepción del liberalismo social desecha por completo esta postura, y en Constituciones como la española de 1978, inspirada en el llamado modelo del Estado social y democrático de derechos, se estipulan como principios económicos y sociales del Estado. Esto supone un rango de protección iusfundamental menor, y por ello “garantías” menos plenas.

El propio Ferrajoli reconoce la existencia de carencias teóricas y legislativas en cuanto al reconocimiento de fundamentalidad a los derechos de prestación cuando expresa:

Es indudable que la ciencia del derecho no ha elaborado aún —frente a las violaciones que derivan de la omisión de prestaciones— formas de garantía comparables en eficacia y sencillez a las previstas para los demás derechos fundamentales, tanto de libertad como de autonomía. A diferencia de estos últimos derechos, que asumen la forma de expectativas negativas frente a las que corresponde el deber de los poderes públicos de no hacer (o prohibiciones), los derechos sociales imponen deberes de hacer (u obligaciones). Su violación no se manifiesta, por tanto, como en el caso de los de libertad, en la falta de validez de actos —legislativos, administrativos, o judiciales— que pueden ser anulados por vía jurisdiccional, sino en lagunas de disposiciones y/o carencias en las prestaciones que reclamarían medidas coercitivas no siempre accionables.³²

Esta postura, sin embargo, da continuidad a una tradicional división liberal entre derechos de libertad y derechos de prestación, considerando los primeros como esfera de abstención de intervención del Estado, exigibles judicialmente; mientras que los segundos son declaraciones políticas

³² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, cit., p. 109.

realizables según las posibilidades económicas de cada país, y nunca exigibles judicialmente. Para autores como Van Hoof esta división es ficticia, y en su lugar proponen cuatro niveles de obligaciones estatales en el plexo de derechos fundamentales: una obligación de respetar, una obligación de proteger, una obligación de garantizar y una obligación de promover el derecho en cuestión.³³

Como plantean Abramovich y Curtis:

Ninguno de estos niveles puede caracterizarse únicamente a través de las distinciones obligaciones negativas/obligaciones positivas, u obligaciones de resultado/obligaciones de medio, aunque ciertamente las obligaciones de proteger, asegurar y promover parecen envolver un mayor activismo estatal y, por ende, un número mayor de obligaciones positivas o de conducta.³⁴

La idea planteada por los autores se centra en la unidad entre los llamados derechos civiles y políticos (o derechos de libertad) y los derechos económicos, sociales y culturales (o derechos de prestación).

El autor de esta investigación asume la posición que relativiza la clásica división entre derechos de libertad y derechos de prestación (o económicos, sociales y culturales), pues considera que todos los derechos están relacionados entre sí, y todos requieren de una intervención del Estado, aunque con grados diferentes de intensidad. En unos debe realizar una prestación directa para que se garantice el derecho, en otros debe crear condiciones para que los derechos se puedan realizar sin trabas, o incluso intervenir con sus órganos cuando hay vulneraciones ilegítimas.

Negarles a los derechos de prestación la condición de derechos fundamentales tiene consecuencias jurídicas, que se expresan de manera clara en muchos ordenamientos jurídicos europeos y latinoamericanos. Su principal consecuencia es negarle la tutela judicial efectiva, tanto en procesos constitucionales especiales como en procesos judiciales ordinarios.

Por su parte, en el campo del derecho internacional de los derechos humanos también se ha suscitado el debate. Particularmente, en el caso

³³ Van Hoof, G. H. J., "The legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights. A Rebutall of Some Traditional Views", en Alston, P. y Tomasevski, K. (eds.), *The Right to Food*, Martinus Nijhoff, Utrecht, 1984, pp. 97-110.

³⁴ Abramovich, V. y Curtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 123.

de la educación, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 26 la define como un derecho humano desde 1948. Al respecto esta norma de derecho internacional estipula:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos del hombre y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos; promoverá el desarrollo de la actividad de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.³⁵

En igual sentido se pronuncia el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 16 de diciembre de 1966, y en vigor desde el 3 de enero de 1976. A pesar de estos tratados internacionales, las legislaciones internas de los Estados, la jurisprudencia y la doctrina han rechazado la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, en el sistema interamericano se aprecian avances por vía de interpretación progresiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, este órgano jurisdiccional supranacional se pronunció en el caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* respecto al papel del Estado dominicano en garantizar el derecho a la educación:

...de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo en el

³⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

artículo 26 de la Convención Americana, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.³⁶

Si bien, en un inicio, la justiciabilidad de los derechos sociales se sustentaba con base en el principio de interdependencia de éstos con los civiles y políticos, dicha solución técnica ofreció un marco interpretativo que permitía extender la protección de los derechos humanos al campo de los económicos, sociales y culturales. La propia Corte Interamericana ha basado sus fallos al respecto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que en fecha tan temprana como 1979 había establecido:

...si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esfera y campo cubierto por el Convenio.³⁷

Incluso esta postura, que en su época fue de avanzada, ha sido superada por una visión enfocada en la justiciabilidad autónoma de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por su parte Robert Alexy, luego de abordar los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, plantea:

Su contrapartida son los derechos a acciones *positivas* del Estado, que deben ser incluidas en el estatus positivo en sentido estricto. Si se presupone un concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado en un sentido amplio; dicho brevemente: como derechos a prestaciones en sentido amplio.³⁸

³⁶ Caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Sentencia de la CIDH del 8 de septiembre de 2005, serie C, núm. 130, párr. 185.

³⁷ Caso *Airey vs. Irlanda No. 6289/73*. Sentencia del TEDH del 9 de octubre de 1979, párr. 26.

³⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 419.

Es indudable que a pesar de su concepción amplia sobre los derechos de prestación, no sólo no los excluye de considerarlos derechos fundamentales, sino que cree son partes constitutivas de éstos. Para esclarecer su posición plantea:

En tanto derechos subjetivos, todos los derechos a prestaciones son relaciones trivalentes entre un titular de derecho fundamental, el Estado y una acción positiva del Estado. Si un titular de un derecho fundamental (*a*) tiene un derecho frente al Estado (*e*) a que éste realice la acción positiva (*h*), entonces, el Estado tiene frente a (*a*) el deber de realizar (*h*). Cada vez que existe una relación de derecho constitucional de este tipo entre un titular de un derecho fundamental y el Estado, el titular de derecho fundamental tiene competencia para imponer judicialmente el derecho.³⁹

Es de destacar que la forma que Alexy encuentra para resaltar el carácter de derecho fundamental a los derechos de prestación es la de otorgarles tutela judicial efectiva ante la posible vulneración del derecho. Esta estrategia argumentativa del autor evidencia el consenso que existe en la comunidad científica sobre la necesidad de conferirles a los titulares de los derechos fundamentales una vía judicial de defensa.

Pero la vía judicial de defensa no cumple la mera función de inhibir al Estado o, en su caso, a la administración pública, de una intervención ilegítima en un derecho de un ciudadano; sino que es una compulsión positiva, con respaldo coactivo, para actuar. Es la única forma que el ciudadano, o en su caso el administrado, tiene para evitar que el derecho fundamental sea una mera declaración política que adorna la Constitución, o que sólo dependa de la “buena” voluntad de determinados políticos, y no de su deber de ejercer la función pública que le ha sido conferida por mandato constitucional o legal.

Autores como Luigi Ferrajoli, analizando el contexto en el que realizan sus reflexiones, vinculan la fundamentalización de los derechos económicos, sociales y culturales a la formalización y universalización de los mismos, como “...técnicas de garantía más idóneas para asegurar el máximo de igualdad, de transparencia, de automaticidad y por consiguiente de eficacia”.⁴⁰

³⁹ *Ibidem*, p. 431.

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, p. 112.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

No se niega la importancia de estas garantías propuestas por el profesor italiano, pero consideramos que por sí solas son insuficientes, pues los ejemplos de lo ocurrido con los modelos del Estado social de derecho y del socialismo real así lo demuestran. En dichos modelos, tales garantías se han utilizado primero para la manipulación política y la dominación ideológica, y luego se han abolido de un plumazo por gobiernos que han aplicado terapias de choque con fines de racionalización económica. Nos parece más apropiado combinar estas garantías con otras propuestas por el propio Ferrajoli, dentro de las que incluye "...una formalización de los procedimientos de garantía de los derechos sociales aún más eficaz y garantista que la prevista para los derechos de libertad".⁴¹

Los funcionarios públicos no perduran por siempre, por muy asidos que estén al cargo; su voluntad política o discrecionalidad no pueden ser la fuente generadora de seguridad jurídica para los derechos económicos, sociales y culturales. Garantizar por tutela judicial efectiva los derechos fundamentales de prestación hace de éstos una realidad perdurable y exigible, y no una divisa de legitimación personal para el ejercicio del poder.

Si los Estados liberales y sus ideólogos han rechazado el carácter de fundamentales a los derechos de prestación, el autor considera que en los Estados de "bienestar" y en los modelos socialistas, debe ocurrir lo contrario, sustentado en el enfoque social de sus ordenamientos jurídicos. Este planteamiento tiene dos fundamentos: cuando los funcionarios públicos de un Estado se ven obligados a seguir una conducta por disposición normativa de rango constitucional, están compulsados a observar dicha conducta, pues saben que lo contrario trae consecuencias legales para ellos; y las decisiones en materia de políticas públicas que éstos toman no pueden ser vistas como un favor a la comunidad, sino como el cumplimiento de un mandato constitucional.

Por lo anterior, ordenamientos jurídicos desarrollados, en que se postula la adscripción al modelo de Estado constitucional de derechos, la falta de diligencia del órgano Legislativo para aprobar leyes de desarrollo de los derechos fundamentales, o del Ejecutivo para promulgarlas, configuran los requisitos de una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa.

Las ideas abordadas hasta aquí permiten articular la concepción de la educación como prestación o servicio público con la configuración del

⁴¹ *Ibidem*, p. 112.

derecho fundamental a prestación educativa del Estado en favor del ciudadano. En el plano estrictamente administrativo sería un derecho a un servicio público del administrado frente a la administración; pero a la vez un derecho fundamental del ciudadano y, más aún, de cualquier ser humano,⁴² frente al Estado.

Para restarle importancia a que el derecho a la educación en Cuba no goza de tutela judicial efectiva, se pudiera argumentar que este derecho es materialmente garantizado por el Estado, al menos en lo relativo a la masividad de su acceso. Sin embargo, contra este planteamiento puede esgrimirse la posición de Robert Alexy cuando expresa:

Quien desee trazar un cuadro completo de los derechos fundamentales no puede excluirlo tan sólo porque esté satisfecho. Como, a menudo, la satisfacción de un derecho fundamental cuesta algo de no satisfacción de otro derecho fundamental, el derecho fundamental satisfecho sigue siendo importante como razón jurídico-constitucional para la justificación de tales no satisfacciones. Pero, sobre todo, vale el hecho de que de la satisfacción de un derecho en el pasado y en el presente no puede inferirse su satisfacción en el futuro. Si no existiera ningún derecho fundamental, el legislador tendría una porción de libertad y competencia que no tendría si existiera. Como nadie conoce al futuro legislador y las circunstancias bajo las cuales habrá de actuar, nadie puede estar seguro de que —a diferencia de lo sucedido en el pasado y de lo que sucede en el presente— no hará de aquellas libertades y competencias, un uso desfavorable para el individuo.⁴³

Aquí, es trascendente la seguridad jurídica en el marco de la protección iusfundamental. Se trata de que no es suficiente una actuación fáctica del Estado, aunque ésta incluso logre satisfacer las necesidades sociales a plenitud. La administración pública puede trazar determinadas políticas dirigidas a realizar prestaciones orientadas a demandas, pero una política pública no tiene que llegar a estar respaldada en un derecho fundamental, por lo que no es exigible al Estado, y particularmente a la administración pública.

⁴² Principalmente si se asume la taxonomía clasificatoria de Luigi Ferrajoli sobre los derechos fundamentales, comprendiendo dentro de éstos a los humanos, que son inherentes a cualquier hombre, independientemente de su estatus de ciudadanía. Este autor ubica el derecho a la educación dentro de este tipo de derechos en su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, publicado por Trotta en 2004.

⁴³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 434.

También puede ocurrir que los funcionarios o agentes de la administración cometan arbitrariedades, incluso estando reconocido el derecho, y se prive a los beneficiarios de su disfrute, o se lesione de alguna manera dicho disfrute (prestaciones sin calidad, o incompletas, entre otras); para estos casos se hace necesario proveer medios de protección frente a tales arbitrariedades.

Coincidiendo con lo anterior, y analizando en particular el caso de protección de los derechos fundamentales en Cuba, los profesores Ángel Mariño, Danelia Cutié y Josefina Méndez plantean:

Por ello no es admisible afirmar que una sociedad, al crear un conjunto de condiciones políticas y materiales, garantiza por sí misma la tutela y protección de los citados derechos, pues aun las sociedades más justas y democráticas no están exentas de violaciones a los derechos, toda vez que las palancas del ejercicio del poder y del gobierno están en manos de hombres que no son libres de cometer excesos. Lo anterior nos lleva a afirmar que además de crear las condiciones materiales para el ejercicio del derecho del hombre, el Estado ha de establecer las vías para ampararlos.⁴⁴

Como se ha reiterado, parece que la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, particularmente del derecho a prestaciones educativas, es una de las garantías más eficaces ante posibles vulneraciones o desamparos de la administración. Su articulación coherente en el ordenamiento jurídico posibilita que el derecho se materialice en prestaciones o servicios públicos educativos, con la seguridad jurídica requerida para ello.

Esta configuración protege a los ciudadanos titulares del servicio educativo de dos posibles situaciones vulneradoras: un cambio repentino de las políticas pública por los funcionarios administrativos o el Legislativo, dirigido a suprimir o reducir el alcance de dichas políticas; y hechos aislados de incumplimiento del derecho fundamental a prestaciones educativas por funcionarios encargados de poner en práctica las políticas. Sólo la constitucionalización del derecho, y sus garantías jurídicas pueden favorecer canales seguros y eficaces de protección para los beneficiarios del servicio.

⁴⁴ Mariño, Ángel *et al.*, “Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento. Otro derecho”, en Prieto Valdés, Martha y Pérez Hernández, Lissette (comps.), *Selección de textos constitucionales, primera parte*, La Habana, ENPSES, 1994, p. 94.

El ejemplo analizado arriba, sobre los cambios de la Constitución cubana de 2019 con relación a la Constitución reformada de 1976, en materia educativa, es una pequeña muestra de lo que podría ocurrir sin las garantías contenidas en los requisitos de fundamentalidad. El simple hecho de que no se describan de forma detallada las garantías materiales, como se hacía en el texto anterior, y que se posibilite, aunque con carácter excepcional, el cobro por determinados servicios educativos podría ser interpretado por la doctrina garantista como una regresión, lo que es incompatible con la teoría de los derechos fundamentales.

IV. LA EDUCACIÓN EN CUBA Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE FUNDAMENTALIDAD

Como se ha referido, a pesar de la amplia cobertura que presenta en Cuba la educación, y las altas cuotas de financiamiento que destina el Estado a este “servicio público”, el ordenamiento jurídico cubano no parece concebir la educación como un derecho fundamental; por lo menos en cuanto al cumplimiento de los requisitos de fundamentalidad para dichos derechos, ampliamente aceptados en la doctrina y en el derecho comparado.

Al respecto se analizará el grado de cumplimiento de algunos de los requisitos de fundamentalidad para el derecho a la educación en Cuba, al menos en su configuración jurídico-formal, como supuesto “servicio público”, así como las principales limitaciones que éste presenta con base en su configuración real como función pública soberana del Estado.

1. *Eficacia directa y vinculación de todos los “poderes” públicos*

Este requisito de fundamentalidad, como expresa Pérez Royo:

...significa que los derechos fundamentales tienen una eficacia directa a partir de la propia Constitución y que no es necesaria, en consecuencia, una intervención del legislador para que los ciudadanos puedan ejercerlos, aunque tal intervención puede ser muy conveniente, dependiendo del derecho de que se trate. Pero el derecho ya está reconocido en la Constitución y ni

su presencia en el ordenamiento ni su ejercicio por los ciudadanos depende de que el legislador actúe o deje de actuar.⁴⁵

El capítulo VII de la Constitución de la República de Cuba de 1976 (reformada), titulado “Derechos, deberes y garantías fundamentales”, en su artículo 51 plantea: “Todos tienen derecho a la educación...”;⁴⁶ seguidamente enumera el amplio sistema de garantías materiales en que se sustenta este mandato constitucional. Es evidente que la ubicación de este enunciado normativo en el referido capítulo haría pensar automáticamente que el derecho a la educación es un derecho fundamental en Cuba, y por tanto goza de eficacia directa.

Es cierto que la concepción de eficacia directa de la Constitución supone que para la aplicación de sus preceptos no se necesite ley de desarrollo, y por tanto una intervención del Legislativo en el sentido de legislar; pero para que esa eficacia sea real, en el sentido de atribuir efectos jurídicos, es necesario que algún órgano del Estado garantice dicha eficacia, vinculando a todos a través de una decisión de carácter imperativo.

Usualmente, en los ordenamientos jurídicos foráneos, la referida eficacia es garantizada por los tribunales ordinarios (sistema difuso), por un tribunal constitucional (sistema concentrado), o por la mezcla de ambos sistemas. Pero en el caso de Cuba no existe, desde 1973, ese órgano aplicador directo del precepto constitucional, con carácter vinculante y efectos generales, o no aparece dispuesto explícitamente en una norma de rango constitucional.

La única excepción, en el sentido antes señalado, es la relativa a las funciones garantes de la legalidad, atribuidas a la Fiscalía General de la República en el 127 constitucional, pero cuestionable en cuanto al efecto no vinculante de sus decisiones, y al doble papel de este órgano como representante del propio Estado en los procesos penales, y defensor de la aplicación estricta de la Constitución y las leyes. A lo anterior debe añadirse, como agravante, que no existe previsto un proceso expedito de amparo de los derechos fundamentales en Cuba, ante vulneraciones por parte del Estado o de terceros, a excepción del *habeas corpus* en materia penal y del amparo en la posesión en materia civil, con sus respectivas limitaciones.

⁴⁵ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 345.

⁴⁶ Constitución de la República de Cuba, *cit.*, pp. 38 y 39.

Esta aparente laguna constitucional en materia de aplicación directa de la Constitución ha provocado cierta “auto-inhibición” por parte de los tribunales cubanos, la que se fundamenta en varias causales de orden histórico y político-jurídico que son señaladas por la profesora Martha Prieto Valdés. La misma esboza entre dichas causales “...el diseño funcional del aparato de poder estatal...”⁴⁷ el que incluye la concentración de atribuciones legislativas, constituyentes y de revisión de constitucionalidad en manos de la Asamblea Nacional del Poder Popular; las atribuciones conferidas al Consejo de Estado, sin obligatoriedad de revisión de sus actos legislativos por parte de la Asamblea; la sustracción de las atribuciones para sentar jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo Popular y, en general, la concepción de la unidad de poderes, que hace prácticamente inatacables las decisiones de los órganos supremos de poder del Estado, máxime cuando existe coincidencia en la composición directiva de los mismos.

En un sentido esperanzador, la referida autora señala:

Tampoco se ha formulado impedimento, ni se puede, de interpretar las disposiciones legales y generales conforme a la Constitución, o desde la Constitución, sino que ella puede y debe emplearse como norma patrón, de contraste en caso de lagunas, antinomias o desregulaciones conscientes, a los efectos de encontrar la solución al caso. No puede haber limitante para emplearla como marco jurídico para el control del funcionamiento del aparato estatal y la labor de los representantes populares; o para el aseguramiento de los derechos humanos fundamentales, como se hizo en su momento, recién promulgada la Constitución de 1976.⁴⁸

Lamentablemente, en el caso particular del derecho fundamental a la educación, sí existe en el ordenamiento jurídico cubano un impedimento para interpretar las disposiciones legales y generales conforme a la Constitución, o desde la Constitución. El referido artículo 657 de la Ley núm. 7, de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 1977, prohíbe expresamente someter a la jurisdicción administrativa los conflictos que se susciten en materia de actividad educacional.

⁴⁷ Prieto Valdés, Martha, “En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976 (un breve comentario)”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C. (21)*, 2008, p. 198.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 200.

En el caso particular de la recientemente aprobada Constitución de 2019, el artículo 99, segundo párrafo, deja en manos del legislador ordinario la determinación de aquellos derechos que serán amparados por las garantías jurisdiccionales que la nueva carta magna estipula. Si prima el criterio del legislador de 1977, se sabe que prevalecerá el criterio de la educación como función pública soberana del Estado, en detrimento de su concepción como derecho fundamental. De lo contrario se abrirá el camino a la fundamentalidad del derecho. En cualquier caso, este autor considera la declaración final del referido artículo 99 una estocada a la eficacia directa de la Constitución, y por ello al principio o criterio autoaplicativo. Además, establece una división de los derechos que rompe los principios de interdependencia e indivisibilidad, hasta ahora defendidos por la doctrina cubana.

Al no preverse, hasta el momento, en el ordenamiento jurídico cubano, un proceso de control de constitucionalidad por vía judicial, o de amparo del derecho a la educación, la expresa prohibición de judicialización administrativa de dicho derecho constituye una seria limitación a su protección como derecho fundamental, ante posibles vulneraciones, pues faltaría para su completamiento iusfundamental la eficacia directa. Esto, además, constituiría un fuerte límite para poder vincular a la administración educativa ante decisiones restitutorias de dichos derechos.

2. *Reserva de ley*

Dicho requisito de fundamentalidad supone que las regulaciones al ejercicio de los derechos fundamentales, y como parte de ellos el derecho a la educación, deben ser decididas por el órgano de Estado con más alta legitimidad para ello: el Parlamento, o por quien ejerza la máxima función legislativa (en el caso cubano la Asamblea Nacional del Poder Popular). Sólo mediante ley se pueden configurar el alcance y los límites de los derechos fundamentales, y nunca mediante reglamento administrativo.

Esta intangibilidad legislativa garantiza una conexión relativamente directa entre la voluntad de los titulares de los derechos fundamentales y los legisladores, evitando al máximo las arbitrariedades típicas de los vaivenes políticos de los funcionarios ejecutivos electivos, o la desconexión tradicional entre los ciudadanos y los funcionarios administrativos de carrera, que acceden al cargo por concurso o designación.

La doctrina cubana ha asumido que la reserva de ley no debe ser observada en su ordenamiento jurídico. Al respecto enuncia la profesora Martha Prieto Valdés “La Constitución cubana no tiene reservas de ley en el sentido de límites e impedimentos para el Ejecutivo, ya que la concepción unitaria sobre el poder destruye tal idea...”.⁴⁹ El planteamiento anterior sostiene que en un sistema sustentado en la unidad de poderes no procede observar este requisito de fundamentalidad, pues es exclusivo de la “división” de poderes.

Este autor no comparte dicho planteamiento, pues considera que hasta en los sistemas de más alta “concentración” de facultades siempre se aprecia una división y/o especialización de funciones, en que la facultad de emitir leyes se atribuye a órganos colegiados y de alta legitimidad democrática, por su conexión directa a la voluntad del soberano, de lo cual deriva la jerarquía superior de sus disposiciones; mientras que los reglamentos se reservan a quienes detentan potestades administrativas o ejecutivas, cuya legitimidad es indirecta o de segundo grado, pues son seleccionados por un órgano de representación, o simplemente designados. La reserva de ley va dirigida precisamente a evitar las decisiones usualmente unilaterales, arbitrarias o alejadas del sentir popular.

No consideramos correcto afirmar que la Constitución de la República de Cuba de 1976 carecía absolutamente del principio de reserva de ley, tampoco la recientemente aprobada Constitución de la República de 2019. Una respuesta definitiva al respecto depende de la posición que se asuma en la interpretación del párrafo final del artículo 73 de la referida Constitución.

Buscando la intención literal del Constituyente en el referido artículo, es evidente que la expresión “la ley define” se refiere a cualquier tipo de disposición normativa, emitida por cualquier órgano, sea la Asamblea Nacional, el Consejo de Estado, el Consejo de Ministros o un Ministerio. Esto supone un sentido amplio o material del término “ley”.

Teniendo en cuenta la técnica legislativa en materia constitucional predominante en el proceso de creación constitucional en Cuba desde 1975, y la pretensión de las comisiones redactoras de crear un documento con la finalidad de consolidar y legitimar política e ideológicamente lo instituido,

⁴⁹ Prieto Valdés, Martha, “Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución”, en Pérez Hernández, Lissette y Prieto Valdés, Martha (comps.), *Temas de derecho constitucional cubano*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2000, p. 31.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

y no de crear una Constitución normativa con límites al poder, ésta sería la interpretación lógica o natural.⁵⁰

Contrario sensu, una interpretación evolutiva del señalado precepto justifica entender el término “ley” en su sentido estricto, ajustado a la doctrina predominante en el siglo XXI y a las necesidades, que impone al país la nueva realidad económica, política y social. Así, la “ley” sería entendida como atribución de un órgano colegiado y de alta legitimidad democrática, productor de normas de superior jerarquía por su conexión más directa a la voluntad popular. En Cuba este órgano sólo puede ser la Asamblea Nacional del Poder Popular.

Sin embargo, la realidad cubana ha sido bien distinta: no ha existido una ley general de educación que regule la materia, aunque se anuncia una propuesta para fines de 2019, estableciendo los deberes del Estado, sus obligaciones y límites, así como los derechos de los ciudadanos en cuanto al tipo de educación que desean recibir. La actividad educativa en el país, desde la promulgación de la Constitución de 1976, se ha regulado ampliamente a través de acuerdos del Consejo de Ministros, su Comité Ejecutivo, y de resoluciones de los ministerios de Educación y Educación Superior. Estas entidades ejecutivas y administrativas han dispuesto todo lo relativo al sistema nacional de educación y sus subsistemas.

Se denota una prolífera legislación tendente a asegurar un amplio acceso educativo a toda la población; pero en ese afán prestacional se ha dispuesto, en ocasiones, en contra del derecho fundamental a la educación para todos, pues no siempre se ha tenido en cuenta las particularidades de cada región, de los distintos tipos de familias, así como de las características de los aspirantes a plazas y el tipo de educación que desean recibir (laica, religiosa, especializada, generalista, etcétera). Un caso típico es la supresión de determinados tipos de escuelas especializadas en enseñanza artística en determinadas provincias, por decisión administrativa, lo que puede provocar situaciones objetivas de falta de acceso a quienes desean matricular en este tipo de enseñanza.

También se ha dado el caso de decisiones administrativas dirigidas a racionalizar recursos materiales y humanos, lo que se materializa en el cierre, fusión, traslado o desintegración de centros educativos y carreras, afectando el acceso de determinados sectores poblacionales a condiciones igualitarias de estudio o aprovechamiento educativo, así como problemas

⁵⁰ *Idem.*

en la calidad del proceso docente-educativo. Estas decisiones generalmente responden a intereses gubernamentales centralizados, pero no necesariamente a exigencias de la comunidad, la región o la ciudadanía.

Esta concepción de la educación como función pública soberana del Estado se transformaría en servicio público, dirigido a satisfacer el derecho fundamental a la educación si fuera sujeta, entre otros requisitos, al principio de reserva de ley. Una materia tan trascendente como la satisfacción del derecho fundamental a la educación, debe ser configurada desde el punto de vista legislativo, en cuanto a sus alcances y límites, por el órgano de más alta legitimidad democrática del Estado. El cumplimiento del mandato popular en este sentido debe ser vinculante para los diputados del máximo órgano estatal, sin admitir regulaciones de tipo reglamentario que puedan vulnerar, restringir o de alguna manera limitar el derecho fundamental a la educación.

3. Indisponibilidad legislativa para la regresión

Sostiene que los derechos fundamentales siempre estarán sujetos al principio de progresión, que gozarán de una tendencia legislativa al desarrollo de nuevas garantías, nunca a una regresión en lo conquistado por la humanidad. De este planteamiento se deriva, que ninguna ley, aunque sea emitida por el Parlamento o por quien detente la función legislativa (la Asamblea Nacional del Poder Popular en Cuba), y mucho menos un reglamento administrativo, puede orientarse a debilitar las garantías iusfundamentales alcanzadas por leyes anteriores o tratados de los que el país sea Estado parte.

En el caso particular del derecho a la educación, este planteamiento supone concebir el derecho a seleccionar el tipo de educación que la persona desea, sea laica o religiosa, con la calidad óptima posible, como expresión de progresión, entendidos como garantías formales de protección ante posibles vulneraciones. Las decisiones legislativas o administrativas, de tipo organizativo, no se pueden orientar a retroceder en las conquistas alcanzadas por la legislación anterior.

En Cuba esta garantía no está claramente definida en la Constitución ni en otra disposición normativa, tampoco se puede invocar con base en ningún fallo judicial, pues no se reconoce expresamente la jurisprudencia como fuente de derecho. La situación descrita pudiera generar en la prác-

tica la inobservancia del principio por parte de las entidades encargadas de la administración educativa, léase los ministerios de Educación y Educación Superior, o incluso por la Asamblea Nacional, el Consejo de Estado o el Consejo de Ministros. Esta situación genera un serio límite para las garantías del derecho a la educación como derecho fundamental.

4. *Contenido esencial o mínimo intocable*

Este requisito de fundamentalidad plantea que todo derecho fundamental tiene un núcleo de protección, que incluso en las situaciones más extremas no puede ser sacrificado. Como es sabido, todo derecho puede ser restringido o limitado (en dependencia de la posición teórica que sea asumida —interna o externa—) en ciertas condiciones, y bajo determinadas previsiones constitucionales. Pero incluso en esas condiciones y previsiones el contenido esencial mínimo debe respetarse, so pena que sea vulnerado el Estado de derecho. En el caso del derecho fundamental a la educación, la capacidad para leer y escribir, para superarse constantemente y con calidad en los materiales y métodos empleados, así como la libertad para escoger el tipo de educación ideológica que se desea, son condiciones inherentes al ser humano, pues forman parte de la dignidad humana, como valor iusfundamental.

Pero este criterio no es pacífico, pues en determinados contextos la doctrina y la legislación estipulan límites al propio contenido esencial o mínimo intocable. Por ejemplo, en Alemania, se alude a la “cláusula de comunidad” como excepción de aplicación del contenido esencial, mientras que en otros países como Chile no se acepta la misma. Para defender la primera postura se argumenta que “...pertenece a la esencia de los derechos fundamentales el no poder hacerlos valer cuando con ello se ponen en peligro bienes jurídicos necesarios para la existencia de la comunidad...”⁵¹

En el caso chileno, Nogueira Alcalá fundamenta lo contrario a la doctrina alemana, con base en que “...está prohibido expresamente por los tratados de derechos humanos de los que Chile es parte, y en los cuales se impone al Estado, el respeto de los derechos, aun en caso de peligró de

⁵¹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 110.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

desaparición del Estado, como es en los casos de guerra interna o externa (Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 27).⁵²

Ni en la Constitución cubana ni en el resto del ordenamiento jurídico existe previsión normativa que apunte al reconocimiento de un contenido esencial mínimo o intocable. Tampoco se aprecia en la doctrina patria una alusión a esta garantía, pues ha prevalecido el criterio de un poder necesariamente fuerte para enfrentar los grandes retos nacionales. Dicha justificación parece sólo aplicable a la realidad cubana, como si otras naciones que reconocen el contenido esencial o mínimo no enfrentaran retos y necesidades similares.

La previsión de un contenido esencial o mínimo intocable para el derecho a la educación es fundamental en un país sujeto a situaciones económicas impredecibles, en que las facultades administrativas en materia educacional son judicialmente incontrovertibles. No tener esta disposición garantista prevista en el ordenamiento jurídico constituye una fuerte limitación y una ausencia más para las garantías del derecho abordado.

5. *Tutela judicial efectiva*

Este requisito está estrechamente vinculado a los anteriores, y en cierta medida los integra. Plantea que los derechos fundamentales siempre podrán ser recurridos en vía judicial, pues de lo contrario no gozan de verdaderas garantías. Incluso la más plena realización material del derecho no es por sí sola una plena garantía integral, pues carece de previsión de defensa ante posibles vulneraciones. En el caso particular del derecho a la educación se concebiría como protección frente a la falta de acceso, un servicio de mala calidad, o decisiones arbitrarias de la administración educativa.

Sobre este derecho Pérez Royo plantea: “El derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido a todas las personas y, por tanto, también a los extranjeros, comprende tres derechos: el libre acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo y el derecho a la ejecución del mismo... Éste es el contenido mínimo del derecho...”.⁵³ A su vez, el referido autor encadena a esos contenidos esenciales otras garantías, que podrían llamarse instrumentales, dentro de las cuales está el derecho a un juez ordinario, a

⁵² *Idem.*

⁵³ Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, cit., p. 311.

asistencia letrada, a ser informado de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas, proposición de pruebas, no autoincriminarse, presunción de inocencia y garantías de excusa absolutoria por parentesco y por secreto profesional.

Estas garantías instrumentales del derecho a la tutela judicial efectiva no tienen que verificarse todas para todo tipo de derechos, sino que se circunscriben a la naturaleza particular del tipo de proceso que enfrente el ciudadano o reclamante. En el caso particular de la protección a los derechos fundamentales es una garantía instrumental esencial la jurisdicción preferente y sumaria. Se debe entender que en caso de conflicto de jurisdicción debe prevalecer aquella que propenda a proteger los derechos fundamentales, o cuando en un proceso ordinario se suscite un tema de derechos fundamentales, éste debe resolverse con carácter preferente y sumario por la vía de los incidentes.

Sobre la jurisdicción preferente y sumaria para el caso de los derechos fundamentales hay posiciones encontradas: los defensores de la excepcionalidad de la acción de amparo sostienen que ésta sólo es ejercible en caso de haberse agotado previamente la vía administrativa para resolver la restitución del derecho vulnerado. Esto es interpretado como un requisito de procedibilidad.

Al respecto Gregorio Badeni expresa:

Se ha cuestionado la razonabilidad de este requisito por cuanto, si la restricción o amenaza para los derechos o garantías es real, en forma actual o inminente, y si ella proviene de un acto manifiestamente ilegal o arbitrario, no resulta atinado privar al justiciable de un remedio judicial dotado de celeridad por la sola circunstancia de que no hubiera agotado las vías administrativas previas o recurrido a los canales procesales ordinarios establecidos por la ley.⁵⁴

Sin embargo, sea con obligatoriedad o no del agotamiento de la vía administrativa previa, es consenso en la doctrina que la principal garantía para la protección de los derechos fundamentales es la tutela judicial efectiva. En el caso cubano, autores como Ángel Mariño, Danelia Cutié y Josefina Méndez, sostienen que un remedio procesal indirecto ante las vulneraciones de los derechos fundamentales es la justicia administrativa.

⁵⁴ Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. II, p. 1199.

Dichos autores dudan sobre una supuesta regulación de este remedio en el artículo 26 constitucional.

Pero no tienen duda de que:

Mediante este procedimiento pueden impugnarse ante la sala de lo civil y administrativo del Tribunal Supremo Popular y de los restantes tribunales provinciales populares, todas las pretensiones que se deduzcan contra las disposiciones con carácter general y las resoluciones por los organismos de la Administración Central del Estado, sus delegaciones territoriales, así como los comités ejecutivos de los órganos provinciales y municipales del poder popular...⁵⁵

Pero como se ha planteado, en Cuba, el referido artículo 657 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico prohíbe expresamente someter a proceso administrativo las cuestiones que se susciten con relación a las disposiciones que emanen de una autoridad competente, concernientes a la actividad educacional y la disciplina escolar y estudiantil. A nuestro juicio, esta es la más seria limitación que enfrenta la educación cubana para poder ser considerada un derecho fundamental de las personas y no una función pública soberana del Estado.

V. CONCLUSIONES

- La configuración constitucional y legal de la educación en Cuba, a partir de su prestación exclusiva y excluyente por el Estado, así como de lo incontrovertible de las decisiones administrativas en esta materia, se orienta más a una función pública soberana del Estado que a un servicio público en el sentido técnico jurídico del término. Esto ocurre independientemente de la amplia cobertura educativa que muestra el país en la actualidad.
- La falta de garantías, como la eficacia directa y vinculación de todos los “poderes” públicos, la reserva de ley, la indisponibilidad legislativa para la regresión, el contenido esencial o mínimo

⁵⁵ Mariño, Ángel *et al.*, “Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento. Otro derecho”, en Prieto Valdés, Martha y Pérez Hernández, Lissette (comps.), *Selección de textos constitucionales. Primera parte*, La Habana, ENPSES, 1994, p. 94.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

intocable, además de la tutela judicial efectiva, constituyen serias limitaciones para considerar la educación en Cuba como un derecho fundamental. Esta situación legislativa puede ubicar a los titulares del derecho en posiciones de desprotección ante posibles vulneraciones emanadas de arbitrariedades administrativas o de retrocesos legislativos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y Curtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2004.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- BADENI, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. II.
- BELL LARA, José *et al.*, *Documentos de la Revolución Cubana 1961*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2008.
- CARBONELL, Miguel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Los derechos sociales y su justiciabilidad directa*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2014.
- CASAL, Jesús María, *Constitución y justicia constitucional. Los fundamentos de la justicia constitucional en la nueva carta magna*, Caracas, Publicaciones UCAB, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.
- GONZÁLEZ MONGUÍ, Pablo Elías (coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, Bogotá, Kimpres Ltda., 2009.
- LÓPEZ GUERRA, Luis *et al.*, *Derecho constitucional*, vol. I. *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- MARIÑO, Ángel *et al.*, “Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Propuesta para su perfeccionamiento. Otro derecho”, en PRIETO VALDÉS, Martha y PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette, *Selección de textos constitucionales*, Primera parte, La Habana, ENPSES, 1994.

- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003.
- PAHUAMBA ROSAS, Baltazar y ZAVALA GALLARDO, Erick (coords.), *Aplicación de los derechos humanos*, México, Liber Iuris Novum, 2014.
- PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Derecho administrativo I, parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1991.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1994.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- PRIETO VALDÉS, Martha, “En pos de la aplicabilidad directa de la Constitución cubana de 1976 (un breve comentario)”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (21), 2008.
- PRIETO VALDÉS, Martha, “Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución”, en PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette y PRIETO VALDÉS, Martha, *Temas de derecho constitucional cubano*, La Habana, Editorial Félix Varela, 2000.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo general II*, Madrid, Iustel, 2009.
- VILLABELLA ARMENGOL, Carlos Manuel, “Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución cubana”, en Prieto Valdés, Martha, *Selección de textos constitucionales*, Primera parte, La Habana, ENPSES, 1991.



Fecha de recepción: 14 de mayo de 2018.

Fecha de aceptación: 12 de marzo de 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

The Concept and Instances of General Principles of Administrative Law: Towards a Global Administrative Law*

El concepto y las instancias de los principios generales del derecho administrativo: hacia un derecho administrativo global

Arian PETOFT**

RESUMEN: Actualmente, presenciamos el aumento del principio general de los discursos del derecho administrativo en todos los sistemas legales para potenciar los valores de buena administración en los órdenes legales administrativos. En numerosos litigios administrativos, los jueces han invocado algunos casos de principios legales que se imponen al contexto de las acciones del gobierno como criterios modernos y requisitos legales; pero, a pesar del papel normativo determinista del principio general del derecho administrativo, su concepto aún no está definido con precisión. Existen múltiples trabajos meticulosos que identifican el concepto de “principio legal” y sus ejemplos conocidos en los sistemas legales; sin embargo, esencialmente no queda claro si, existencialmente, tenemos principios generales de derecho administrativo en nuestros sistemas legales administrativos. Por lo tanto, este documento se es-

ABSTRACT: Nowadays, we are witnessing rise of general principle of administrative law discourses in all legal systems to empower good administration values in administrative legal orders. In numerous administrative litigations, judges have invoked some instances of legal principles which are imposed to the context of government's actions as modern criteria and legal requirements; but, despite of deterministic normative role of general principle of administrative law, its concept is not yet precisely defined. There are multiple meticulous works that identify concept of legal principle and its known examples in legal systems; nevertheless, this essentially remains unclear that if we existentially have general principles of administrative law in our administrative legal systems. Hence, this paper strives to provide a convincing answer to the question by presenting a stringent

* Hereby, i thank my wife, dr. Nahid Rezaei Ali-abad, for all her kind help and guidance. Also, i would like to express my whole gratitude to professor Jan Ziekow who provided insight and expertise that greatly assisted the research; and i am very thankful to all staff of Speyer university for their fruitful supports in the way of writing this paper.

**Assistant Professor of Public Law, Faculty of Law, University of Maragheh, East Azerbaijan, Iran; Gastforscher an der Universität Speyer, Deutschland. E-mail: arian_petoft@ut.ac.ir; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7491-9632>.

fuerza por proporcionar una respuesta convincente a la pregunta al presentar un discurso estricto sobre la definición del principio general del derecho administrativo y sus posibles instancias en los sistemas legales administrativos, principalmente entre las decisiones de los jueces de la Unión Europea y el Reino Unido —de los cuales representan normas administrativas fundamentales—, al descubrir un concepto general preciso de cada uno de ellos en los sistemas legales, se puede hacer un retrato genérico de la cara del derecho administrativo global.

Palabras clave: principio general de derecho administrativo, buena administración, derecho administrativo global, derecho administrativo de la Unión Europea, derecho administrativo del Reino Unido.

discourse about definition of general principle of administrative law and its probable instances in administrative legal systems, mostly, among European Union and United Kingdom (UK) judges' decisions; whereof general principles of administrative law represent fundamental administrative norms, by finding out an accurate general concept of each of them in legal systems, a generic portrait of global administrative law face can be drawn.

Keywords: *General Principle of Administrative Law, Good Administration, Global Administrative Law, European Union Administrative Law, United Kingdom Administrative Law.*

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *An effort to enumerate the characteristics: conceptualization and definition.* III. *Classic principles.* IV. *Modern principles.* V. *Conclusion.*

I. INTRODUCTION

Undoubtedly one of the most important issues of today's public law is general principle of administrative law (GPAL) which its instances have being raised in the context of administrative precedent. There are multiple meticulous works to identify concept of legal principle and its known examples in legal system; however, we might specifically find less considerable works about GPAL. Apart from differences in the definitions are provided by scholars and some contemplative controversial debates in this issue, here clarifying the concept and instances of GPAL is significantly neglected. Most of efforts have presumed a superficial definition and subsequently address the issue by some prevalent instances in administrative precedent. That's while GPALs are increasingly recognized in administrative precedent and effectively play a deterministic normative role in administrative legal order. In numerous cases judges have invoked specific legal principles in administrative litigations to enforce good administration

values in administrative legal system (ALS) as an efficient way for realization of legality; this leaves a room for counting these principles as GPALs in many legal thoughts. By the way, this essentially remains unclear that if we existentially have GPALs in our ALSs? This main question leads us into a route with several challenging issues about the concept of GPAL, its difference with similar concepts and its probable instances in the context of eminent ALSs; including the question about its precise definition; also, that, are GPALs definitely and absolutely distinguished from similar adjacent legal principles? Is it essentially possible to propose a comprehensive certain list of GPALs? In this regard, this paper strives to provide a convincing answer to the main question, and obviously secondary questions, by presenting a stringent discourse about definition of GPAL and its probable instances in ALSs, mostly, among European Union and United Kingdom (UK) judges' decisions. As a methodological explanation, UK is adopted to investigate its reputational long historical precedent which vocalizes the most momentous ground of UK legal order; besides, EU legal system could present a transnational legal order as the most prosperous cosmopolitan context of legal principles. Whereof GPALs represent fundamental administrative norms, by finding out an accurate general concept of each GPAL in these two legal systems, a generic portrait of global administrative law face can be drawn. Due to augmentation of research's aim to tracing global administrative law, there might be some rooms to slightly interpolate GPALs' instances from other leading legal systems including Germany, the United States and France; there would be no deterministic outline of GPALs, however, because of country's varied legal culture and political compromise during their long history. In order to take steps in the way, first of all the paper endeavors to illustrate the most exact meaning of GPAL by put its characteristics under scrutiny and subsequently, elucidate an approximate general sense of each in the outstanding legal systems to depict a general discourse of new-fashioned global administrative law.

II. AN EFFORT TO ENUMERATE THE CHARACTERISTICS: CONCEPTUALIZATION AND DEFINITION

By loaning Aristotle's method, to achieve an appropriate definition of the concept of GPAL, in this section, its characteristics are going to be analyzed. Obviously, GPALs have got all general features of legal principle as well as other sorts. In addition to these, there are some features spe-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

cially belong to GPALs. As a matter of fact, in most of the cases, GPALs generally or specifically are distinguished from similar concepts by these features.

1. *The general features*

Subsequent to Dworkin's core theory of legal principles,¹ stringent debates, on the concept of these new raised norms in the territory of law, have been raised. In most of the endeavors, we have been witnessing the controversial debates on function and the concept of principles compared with Rules,² however, some fruitful general features could be comprehended. Among the aforesaid specifications by scholars, these features are noteworthy: comprehensiveness, generality, non-positivized, optimization, performance relativity and perpetuity.

A. *Comprehensiveness*

By this characteristic, principles can encircle all legal situations and phenomena. Principle has got this property to expand its definition or convey a descriptive proposition to various legal situations. Comprehensiveness gives a trait to encompass diverse commands by which legal vacuum and ambiguity is hermeneutically dispelled.³ This feature is realized in the function of principle by optimization exclusivity. For example, to command that "Government's measures should be proportional to existing objective facts"⁴ in

¹ See Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard, Harvard University Press, 1977.

² As some significant works, see Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers (trans.), Oxford, Oxford University Press, 2002; Avila, Humberto, *Theory of Legal Principles*, Netherlands, Springer, 2007; Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 2nd ed., Baden-Baden, Nomos, 2007; Raz, Joseph, "On the Autonomy of Legal Reasoning", *Ratio Juris*, vol. 6, No. 1, 1993, p. 1; Hart, H. L. A., "Postscript" in *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1994, p. 238; Shapiro, Scott J., "The Hart-Dworkin Debate: a short Guide for the Perplexed", *Michigan Law Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No. 77, 2007, p. 1.

³ See Raimo Siltala, *A Theory of Precedent: from Analytical Positivism to a Post-analytical Philosophy of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 60.

⁴ Stone Sweet, Alec and Mathews, Jud, "Proportionality, Judicial Review, and Global Constitutionalism", in Bongiovanni, Giorgio; Sartor, Giovanni and Valentini, Chiara (eds.), *Reasonableness and Law*, New York, Springer, p. 171.

administrative law or “punishment must be proportionate”⁵ in criminal law by principle of proportionality.

B. *Generality*

Generality of principle puts miscellaneous instances of related subject matters into the realm of its command. Comprehensiveness gives principle a room to versatility in commands, and generality creates the possibility of diversity in instances inclusion. Essentially, the later feature is a common trait in the nature of legal norms but with a different quality.⁶ Hereto, all principles are general, but some types environ other ones in command. In fact, in comparing two principles, we might find a more general one; that’s why GPALs are commonly alluded to depict most foundational administrative law principles⁷ by which multiple principles are derived in the realm of administrative legal order. As an instance, principle of legality comprises principles of statutory interpretation, ultra vires, unauthorized delegation and etcetera.

C. *Non-positivized*

Principle always remains in an abstract sense. In other words, principle would not come off in the contextual configuration of law as rules. Rule may shape the formal structure of principle by an explicit citation, but it doesn’t put this underlying assumption forward that the principle was written. Indeed, rule forms the accidental structure of principle; and principle constitutes the essential structure of rule. Somehow, these rules can be considered as definitive written propositions in which substantive interpretive commands of their inherent principles are realized. Principles

⁵ Duff, Antony and Duff, R. A., *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 132.

⁶ De Béchillon, M., *La Notion de Principe Général en Droit Privé*, Paris, U.P. d’ Aix-Marseille, 1998, p. 246.

⁷ For instance, see Sykes, Edward I.; Lanham, David J. and Tracey, Richard R. S., *General Principles of Administrative Law*, Butterworths, 1989, p. 10; Peeters, Marjan, “General Principles of Administrative Law and Environmental Principles”, in Stroink, F. A. M. (ed.), *Judicial Lawmaking and Administrative Law*, Oxford, Intersentia, 2005, p. 57.

are evermore covered by propositions and as a core concept are situated in the content or at the context of rules insofar generally are recognized in a precedent via interpretation.⁸

D. Optimization

The inherent structure of a principle contains a discourse in which multifold legal and meta-legal components, containing norms and facts, are implicated. This feature begets any principle adaptability to hierarchical system of legal norms subsumption and also gives rise to rules optimization by substantive interpretation or revision in order to validation.⁹ Accordingly, if a principle's descriptive proposition be found invalid, the principle will be redefined by a new valid one, and this does not collapse its existence.¹⁰

E. Performance relativity

Plural normative and factual factors are involved in the inherent discourse of principles causes relatively in their functions. In any case, due to subject matters, principles against each other are placed in an axiological¹¹ competition to which, weight evaluation is effectuated;¹² in which the

⁸ Claus-Wilhelm, Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, p. 50.

⁹ Klement, Jan Henrik, "Common Law Thinking in German Jurisprudence-On Alexy's Principles Theory", in Klatt, Matthias (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 173.

¹⁰ See Alexy, Robert, "On the Structure of Legal Principles" *Ratio Juris*, vol. 13, No. 3, 2000, p. 294.

¹¹ About the axiological content of principles, as a distinct characteristic, see Corbí, Marià, *Principles of an Epistemology of Values: The permutation of collective cohesion and motivation*, London, Springer, 2015, p. 76; Siltala, Raimo, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-analytical Philosophy of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 58; Dorrien, Gary, *Social Ethics in the Making. Interpreting an American Tradition*, London, Wiley & Blackwell, 2009, p. 318.

¹² Poscher, Ralf, "The Principles Theory: How Many Theories and What is their Merit?", in Klatt, Matthias (ed.), *op. cit.*, p. 218; Bernal, Carlos, "Legal Argumentation and the Normativity of Legal Norms", in Dahlman, Christian and Feteris, Eveline (eds.) *Legal Argumentation Theory. Cross-Disciplinary Perspectives*, London, Springer, 2012, p. 103.

principle containing more rational legitimate value and validity, without defeasance, takes priority over the rival one. This hegemony might be reversed in another case. Therefore, as Alexy and Kaufmann have asserted, function of a principle is significantly appertained to coalescent facts and norms in the context of each particular case.¹³

F. *Perpetuity*

Since principle has rooted in axiological terms, in the form of an intellectual system, its substance remains consistent and uncontroversial. Principles represent superlative goals of a political-legal system and are not ignorable in the context of norms. They are always engraved in human thought and nature,¹⁴ whether have got legal reputation and validation by precedent or not.¹⁵

2. *The special features*

Special features of administrative legal principle are incentive factors by which scholars assign a distinguished group of general principles as GPAL.¹⁶ This paper stands on this point that administrative legal principle is the same legal principle which is taken by judges in administrative precedent to acquaint it with ALS. Actually, categorizing legal principles into principles of criminal law,¹⁷ civil law,¹⁸ administrative law,¹⁹ constitutional law²⁰ and et-

¹³ Alexy, Robert, "Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung", in Neumann, Ulfrid; Hassemmer, Winfried and Schroth, Ulrich (eds.), *Verantwortetes Recht: die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2005, p. 47.

¹⁴ Adams, David M., *Philosophical Problems in the Law*, 4th ed., California, Thomson and Wadsworth, 2005, p. 53.

¹⁵ Wacks, Raymond, *Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 44.

¹⁶ Stroink, F. A. M., *Judicial Lawmaking and Administrative Law*, Oxford, Intersentia, 2005, p. 57; Cane, Peter, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 9.

¹⁷ Hall, Jerome, *General Principles of Criminal Law*, New York, Lawbook Exchange, 2010.

¹⁸ Reich, Norbert, *General Principles of EU Civil Law*, London, Intersentia, 2014.

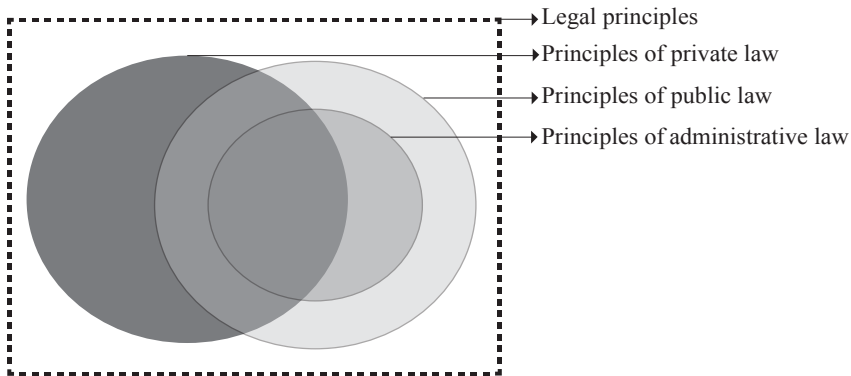
¹⁹ Sykes, Edward I., *General Principles of Administrative Law*, London, Butterworths, 1997.

²⁰ McIntyre Cooley, Thomas, *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, New York, BiblioLife, 2016.

cetera, is only an abstract classification that on the basis of discourse matter and type of precedent is declared. However, principle might be differently recognized in each kind of precedent, its quiddity is the same; it is just described by conceptualized and logically correlated propositions in the context of distinct legal spheres.

In contrast, the *dualism*²¹ emphasizes on administrative essence of administrative legal principles and the division between general principle of private law and public law.²² As it appears in the dualism thought some sort of unshared exclusive principles could be found. Such that some principles are correlative factors between these two spheres of law and also some monopolized ones exist; qua it is depicted as bellow:

FIGURE 1. SCHEMATIC ANALOGICAL SITUATION OF DIFFERENT KINDS OF LEGAL PRINCIPLES IN THE DUALISM THOUGHT



Nevertheless, this idea is going to be faltered by putting optimization and universality substantive features of legal principle into scrutiny. By considering optimization and relativity of principle function, obviously we would find out that it leaves no room to conceive an absolute distinct prin-

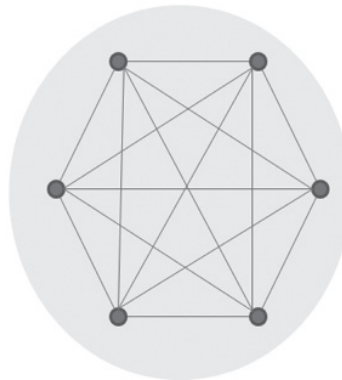
²¹ Barker, Kit and Jensen, Darryn, *Private Law. Key Encounters with Public Law*, London, Cambridge University Press, 2013, p. 117.

²² Yves, Gaudemet, *Droit administratif général: Licence 2e année*, les Cours de droit, 1979, Chapitre I et II; Gaston Paul Amédée Jèze, *Les principes généraux du droit administratif. Théorie générale des contrats de l'administration*. 1934-36, M. Giard, 1936, p. 457; Lebreton, Gilles, *Droit administratif general*, 4 ed., Paris, dalloz, 2007, p. 53.

ciple. All sorts of principles might be recognized in each one of the realms by judicial proceeding based on some pioneer redefined conceptual propositions or codified rules. Some of these general principles might be simply identified as GPALs in administrative precedent to empower legality and good administration values in ALS; by which administrations' decisions and measures are normalized parallel with legitimate standards and norms; and possible effective administrative remedies are represented.²³

Discourses of principles are theoretically and abstractly formed in rule-makers' mind regarding to society's legitimate goals and rationality in the light of the rule of law. Hence, they have a logical and normative correlative links between each other in inherent aspect as well as formal structure which is reflected at the context of propositions; qua principles together have a certain semantic and conceptual order by which coherence and integrity is preserved; to the extent that each principle augments the concept of other ones and fills out their commands in the domain of the rule of law. This might be shown as the figure 2.

FIGURE 2. A GRAPH DEPICTION OF LOGICAL AND NORMATIVE CORRELATIVE LINKS (LINES) BETWEEN PRINCIPLES (POINTS) IN THE ABSTRACT STATIC ORDER. THIS REGULAR AND SYSTEMATIC RELATION IS COMPACTED IN THE REALM OF THE RULE OF LAW



²³ Funk, William F.; Shapiro, Sidney A. and Russell, L. Weaver, *Administrative Procedure and Practice: Problems and Cases*, London, West, 2010; De Leo, John, *Administrative Law*, Sydney, Cengage Learning, 2008, p. 169.

As mentioned above, numerous normative and factual components are involved in the inherent discourse of principles that makes it relative in content and be balanced in function. Balancing of principle that sometimes causes normative optimization in legal order, is carried out in the context of any case before a court in which multiple due subject matters take place. In this regard, principle should be conceptualized and relatively redefined due to administrative legal order and matters of any administrative litigation (AL) to be recognized as an administrative legal principle. But it doesn't mean that aforementioned principle would be substantively revolved and from the graph is egressed; as we can clearly observe in the figure 3. As an instance, this kind of adoptability and conceptualization could comprehensively be apperceived about principles of reasonableness²⁴ and legality.²⁵

FIGURE 3. A GRAPH DEPICTURE OF THE PARTICIPATION OF PRINCIPLES IN A SPECIFIC AL (DOTTED CIRCLE) AND THEIR ATTENDING BY COMMAND OR REASON



²⁴ Bobeck, Michael, "Reasonableness in Administrative Law: A Comparative Reflection on Functional Equivalence", in Bongiovanni, Giorgio; Sartor, Giovanni and Valentini, Chiara (eds.), *op. cit.* p.364; Natelson, Robert G., "Reasonableness in Private Law: the Special Case of the Property Owners", *Ohio Law Journal*, vol. 51, 1990, p. 41; Herring, Jonathan, *Criminal Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 717.

²⁵ Weeks, Greg, *Soft Law and Public Authorities: Remedies and Reform*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2016, p. 181; Horrigan, Bryan, *Government Law and Policy: Commercial Aspects*, Sydney, Federation Press, 1998, p. 319; Freedland, Mark and Auby, Jean-Bernard, *The Public Law/Private Law Divide: Une entente assez cordiale?*, Oxford, Bloomsbury Publishing, 2006, p.106; Lunney, Mark and Ken Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 493.

Indeed, each case brings forth own involved components in the realm of principle discourse that affect its command. Therefore, AL attunes principle discourse to administrative legal order while it maintains the graph. So, such a principle would not be substantively altered but has being redefined from case to case. Hence, some sorts which are recognized in administrative precedent might be called administrative legal principles.

Principles, through their deep link discourse with facts and norms, constitute a communication bridge between *de facto* and *de jure* spheres; in which, the consequences of discourses in balancing surmount conceptual weakness of law and by creating interventional propositions, gaps are covered. In this way, principles impose their axiological content²⁶ and immediate finalistic norms²⁷ on the domain of law. Hence the discourse of a specific principle in an ALS is open to other related discourses inspired by other ALSs in order to augment and advance its nature. Hereupon, principles usually are in connection with each other²⁸ in the context of a global administrative law in which a nonexclusive group of global GPALs might be conceived. Therefore ALSs are in transition by both internal (national) and external (global) principles' discourses interactions.²⁹

Accordingly, these underlying assumptions bring forward two main special features for all administrative legal principles: 1) every administrative legal principle holds forth good administration values in its inherent discourse; 2) they are accredited in administrative precedent as authentic norms in administrative legal order; however, these specifications are accidental and subordinate which are annexed to substantive general features.

²⁶ Bydlinski, Franz, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, New York, 2011, p. 289.

²⁷ Sanne, Taekema, *The Concept of Ideals in Legal Theory*, London, 2003, p. 11.

²⁸ For a dialectical analysis about the role of principles' discourses in a legal order, see Petoft, Arian, "Reviewing the Law of Balancing and Subsumption with the Legal Proposition Factor in the Structure of Principles and Rules", *Rechtstheorie*, vol. 48, No. 4, 2017, p. 441.

²⁹ Kingsbury, Benedict; Krisch, Nico and Stewart, Richard B., "The Emergence of Global Administrative Law", IILJ Working Paper 2004/1, New York University School of Law, 2004, p. 1; Cassese, Sabino and D'Alterio, Elisa, "Introduction: the development of Global Administrative Law", *Research Handbook on Global Administrative Law*, 2016, p. 1.

A. *Representative of the good administration values*

In developed ALSs, through reinforcing politics and programs based on good governance and strengthening cornerstones of administrative justice system, striking eagerness are shown to bolster good administration values in administration actions;³⁰ in order to constitute a good administration which we might call “Administrative Utopia”. Actually, an administrative utopia can be visualized as an administrative system to which effective, efficient, accountable, transparent, responsible, proper, moral, eminent, technical, developed and generally legal performance are described. Nowadays, due to predominant role of judges in legal systems, we are witnessing rise of these values in judicial review in which they’ve made effective efforts to impose them by imperative valid commands on ALS; in this way, administrative legal principles play a determinative role.

Administrative legal principles by encompassing good administration values in their discourses, command in parallel with them in administrative legal order. This axiological inherent assist administrative legal principle to substantively affecting government actions due to good administration values while procedural legality is maintained. In most of cases, judge tries to validate these axiological norms in administrative legal order by demonstrating their legal reliability based on interpretation inspired by the context or the content of laws.³¹ Among these administrative

³⁰ Meenu, Roy, “Bureaucracy, Development and Good Governance”, in Mootheril Raghavan Biju (ed.), *Good Governance and Administrative Practices*, New Delhi, Mittal Publications, 2007, p. 93; Mashaw, J. L., *Bureaucratic Justice: Managing Social Security Disability Claims*, London, Yale University Press, 1983, p. 23; Katz, Robert L., *Skills of an Effective Administrator*, Boston, Harvard Business Review Press, 2008, p. 1; Grimheden, J., “The Right to Good Administration in Multilevel System of the European Union”, in Zhang, Wei; Li, Ruoyu and Yan, Zihan (eds.), *Human Rights and Good Governance*, Boston, Brill, 2016, p. 109.

³¹ Judicial rule-making gives rise to several controversial issues about formalism, authority of law, judicial activism and etc. by which this is mainly questioned that to what extent judicial reasoning, interpretation and rule-making could be authoritative. To read some noteworthy works about judicial activism, see La Torre, Massimo, “Between Nightmare and Noble Dream: Judicial Activism and Legal Theory”, in Pereira Coutinho, Luís; La Torre, Massimo and Smith, Steven D. (eds.), *Judicial Activism. An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, London, Springer, 2015, p. 3; D’Amato, Anthony, “Judicial Legislation”, *Northwestern University School of Law Scholarly Commons: Faculty Working Papers*, 2010, p. 1; Magrish, James L., “Judicial Legislation, by Fred V. Cahill”, *Indiana Law Journal*, vol. 28, No. 2, 1953, p. 282;

legal principles, GPALs are the most general norms in ALS which in turn are representative of the most legitimate fundamental good administration values. Hereby, some GPALs mostly emphasize on traditional values in legality of ALS and some others in a modern sense mainly corroborate the substantive aspect of good administration. However, the earlier ones are reconciled with modern requirements, but as a matter of legally antecedent objectivity might be categorized into “Classic Principles”; and the latter ones could be remarked as “Modern Principles”. Good administration values in the discourse of classic principles uphold primary obligations that should be considered in all government actions; these norms are almost stood in legal tradition by which formalism and procedural aspect of the rule of law as well as equity and fundamental rights are strongly preserved. Beside them, modern principles embrace some novel good administration values which are recently brought in ALS that, for the most part, emphatically strengthen substantive rule of law.

Kmiec, Keenan D. “The Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, *California Law Review*, vol. 92, No. 5, 2004, p. 1441; Cross, Frank B. and Lindquist, Stefanie A., “The Scientific Study of Judicial Activism”, *University of Minnesota Law Review*, vol. 91, No. 6, 2007, p. 1752; Moses, Margaret L., “Beyond Judicial Activism: When the Supreme Court is nNo Longer a court”, *Journal of Constitutional Law*, vol. 14, No. 1, 2011, p. 161. To Read some works about authority of law, see Raz, Joseph, “Legal Reasons, Sources and Gaps,” *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 2009, p. 53; Raz, Joseph, “Authority, Law and Morality”, *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 194; Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 211; Kramer, Matthew H., *In Defense of Legal Positivism: Law without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 78; Borowski, Martin, “The Structure of Formal Principles-Robert Alexy’s Law of Combination”, *On the Nature of Legal Principles*, Nomos, Stuttgart, 2010, p. 26. Also, as some prominent works on formalism and judicial interpretation, see Sieckmann, Jan-Reinard, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 162; Sieckmann, Jan-Reinard, “Probleme der Prinzipientheorie der Grundrechte”, in Clérico, Laura and Sieckmann, Jan-Reinard (eds.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 39; Enderlein, Wolfgang, *Abwägung In Recht Und Moral*, Munich, Alber, 1992, p. 338; Kaufmann, Marcel, “Politische Gestaltungsfreiheit als Rechtsprinzip”, *Staatwissenschaften und Staatspraxis*, vol. 8, 1997, p. 161; Alexy, Robert, “Verfassungsrecht und einfaches Recht”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 61, 2001, p. 7; Raabe, Marias, “Grundrechtsschutz und Gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum: Ein Konstruktionsvorschlag”, in Grabenwarter, Christoph *et al* (eds.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Stuttgart, Kohlhammer, 1994, p. 83; Raabe, Marias, *Grundrechte und Erkenntnis: Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 207.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

B. *Recognition in administrative precedent*

As mentioned, administrative legal principles are recognized by judges in administrative precedent. Maxims, postulates and some other kinds of similar concepts, so long as principles are not legitimately identified in administrative precedent, wouldn't be treated as administrative legal principles; this is certainly because of preservation of authoritative characteristic of law and importing valid norms in administrative legal order. Administrative precedent in a civil law system is individually referred to administrative court proceeding³² whereas it is a technically court proceeding related to cases require administrative litigations by nature in a common law system. In either case, respective precedent intelligibly clarifies the most known and prevalent GPALs.

3. *Providing a definition*

Consequently, these aforesaid features shed light on the way to definition of GPALs. Hereby, we might eventually define them as “of the most general, comprehensive, non-positivized and perpetual legal norms which are legitimately recognized in administrative precedent by judges and relatively function in parallel with good administration values in ALS in order to optimize administrative legal order or realize the rule of law in government actions.” GPALs can be categorized into classic principles and modern ones regarding to antecedent objectivity in the realm of ALS. Their inherent discourses are flexible in conceptualization but strongly remain in logical and normative correlative links in such a way that their integrity is always retained. Hereupon, a universal analogical discourse, by bringing GPALs in the context of legal systems together, could be obtainable. However, every one of GPALs invites us to a comprehensive broad investigation, but in this research, generic sense of them is thought-out.

III. CLASSIC PRINCIPLES

Above-mentioned classic GPALs are some principles rooted in tradition of law and have got long background in precedents; however, due to

³² Such as Conseil d'État in France and Bundesverwaltungsgericht in Germany that are at the head of their administrative courts.

modernization, they have been conceptualized during the time.³³ Among them, principle of the rule of law is the most general one which encompasses all other principles. In UK legal tradition, general principle of equity, and in EU, USA, France and German law, constitutional rights principles are of the most highlighted GPALs which can be abstractly situated at the top of hierarchical system of legal norms in the light of the rule of law.³⁴ However, these super-principles are robustly applied in most of ALSs by principle of legality in a general sense in order to protect fundamental rights, which are reflected in Constitution, adherence to law and vindication of justice as a genuine goal of it. As a matter of fact, by pondering on precedents, we might probably acknowledge these principles of the most known GPALs in ALSs: the rule of law, legality, ultra vires, error, unauthorized delegation, equality, harm, remedy, equity and constitutional rights principles. These principles are inextricably twisted in concept by their discourses; however, they are separately recognized and can be independently defined as an autonomous norm in administrative precedent in which judges invoke them on numerous occasions.

1. *The rule of law*

It is simply could be said that the rule of law determines boundary dissociation between the realm of law and meta-legal domains. The principle, through law authority maintenance, establishes a legal order in which law governs instead of pure power.³⁵ Hence, it keeps government under legally normative control by which any arbitrariness is rebuffed. This takes steps in the way of validity preservation of any behavior and norm in the sovereign territory. To the extent that, each one of phenom-

³³ Petoft, Arian and Markaz-malmiri, Ahmeh, *Concept and Scope of the General Principles of Administrative Law and Referring Possibility in the Judicial Procedure*, Teheran, Iranian Judiciary Research Institute, 2016, p. 91.

³⁴ The most known modern GPAL in EU legal system are the affiliated principles of right to good administration including non-discrimination, legal certainty, fairness, objectivity and impartiality, participation, proportionality, protection of legitimate expectations, transparency, and due access to effective remedies, efficiency, effectiveness and etc., see Hofmann, Herwig C. H.; Schneider, Jens-Peter and Ziller, Jacques (eds.), *Model Rules on EU Administrative Procedure*, ReNEUAL, 2014, p. 45.

³⁵ Rose, J., "The Rule of Law in the Western World: An Overview", *Journal of Social Philosophy*, vol. 35, No. 4, 2004, p. 457.

ena should be realized in accordance with law. Therefore, the rule of law is the most general principle which eclipses other ones in its imperative sphere.³⁶

Whereof by establishment of government, freedoms are restricted and coercive power is imposed, then to exclude any kind of tyranny or authoritarianism, protection of the rule of law is indispensable and crucial. To be under the rule of law means legitimately governing by certain legal rules which John Locke has defined as neutral constant-based rules that are equitable to all.³⁷ Currently, one of the most substantial means of the rule of law preservation is judicial control over government actions³⁸ by which citizens' rights are protected³⁹ and various binding GPALs are technically provided; as much as even there is a theory of "judicial democracy" amongst doctrines.⁴⁰ Protection of substantive sense of the rule of law crucially depends on effective judicial review of authorities' decisions and measures by proper standards derived from accredited GPALs. Indeed, substantive aspect of the rule of law enables axiological norms to present and role-play in the domain of law as a gateway; here is the main area of dialectic debate between naturalists and positivists regarding to conceptual scope of the substantive sense in connection with the procedural one which fortifies legal formalism.⁴¹ This is why we might apprehend moral-oriented and fair norms and themes in the spirit of laws.

Both dimensions of the rule of law are plainly reflected in USA precedent.⁴² In this regard, substantive conditions alongside procedural ones

³⁶ Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Oxford, Lightning Source, 2009, p. 183.

³⁷ Locke, John, *Two Treatises of Government*, London, Cambridge University Press, 1988, p. 324.

³⁸ Beckett, Julia, *Public Management and the Rule of Law*, London, M. E. Sharpe, 2010, p. 6.

³⁹ Petoft, Arian and Jamshidi, Alireza, "Citizens' Rights in the Light of Modern Administrative Procedures", *Bioethics Journal Quarterly*, vol. 6, No. 21, p. 23.

⁴⁰ See Manfredi, Christopher and Rush, Mark, *Judging Democracy*, Toronto, University of Toronto Press, 2013.

⁴¹ Kramer, Matthew H., "On the Moral Status of the Rule of Law", *Cambridge Law Journal*, vol. 63, No. 1, 2004, p. 65.

⁴² Hall, James Parker, *Constitutional Law*, Charleston, BiblioBazaar, 2009, p. 1; Edward, W., *The Constitution and the New Deal*, Harvard University Press, 2000, p. 25; Bickel, A., *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 2011, chapter I; Petoft, Arian and Vijeh, Mohammadreza, "Due Process

oblige government to observe in any sort of action; as it is beheld in UK. As a matter of fact, assigned discretionary power (DP) to authorities doesn't mean that they have absolute discretion in fulfillment the legal duties by their wisdom; rather they should put rational considerations in observation.⁴³ Furthermore, they should observe proportionality implications while merit of their decisions is notably evident.⁴⁴ This can illustrate the reason that French legal system tremendously applies substantive GPALs in numerous contexts of cases by administrative precedent.⁴⁵ In comparison, the rule of law⁴⁶ similarly plays a momentous role in German law, however, mainly stresses on the principle of "democracy" and "constitutional rights"⁴⁷ as the most revolutionary intellectual commitments which are twentieth century thought relics.⁴⁸ Thus, constant judicial control over government based on the rule of law is a pretext to protect citizens' rights and democracy; in essence, existence of constitutional litigation⁴⁹ before the "Federal Constitutional Court"⁵⁰ — that makes German law unique and unparalleled — is an unequivocal testifier of that. In the context of German law, principle of the rule of law analogically is a normative way to the justice; hence, realization of the rule of law is potentially appertained to be under the behests of the way⁵¹ as if by legality.⁵²

The rule of law contains a broad sense in which legality, proportionality, reasonableness, respecting to rights and other principles are included

of Law in the United States Judicial Review", *Shiraz University Journal of Legal Studies*, vol. 8, No. 4, 2017, p. 1.

⁴³ *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, 1948, 1 KB 223, available at: <https://lawcasesummaries.com/knowledge-base/associated-provincial-picture-houses-ltd-v-wednesbury-corporation-1948-1-kb-223>.

⁴⁴ *Brind and others v. Secretary of State for the Home Department*, 199, 1 A.C. 696, available at: <https://www.lawteacher.net/cases/r-v-brind-1991.php>.

⁴⁵ See Brown, L. N., *French Administrative Law*, Oxford, Clarendon, 1998, p. 2.

⁴⁶ It is known as *Rechtsstaatlichkeit* in GL.

⁴⁷ Stolleis, M., *Geschichte des öffentlichen Rechts, Zweiter Band, Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, München, V. W. de Gruyter, 1992, p. 241.

⁴⁸ Künnecke, Marina, *Tradition and Change in Administrative Law: An Anglo-German Comparison*, Berlin, Springer, 2007, p. 21.

⁴⁹ Schwarze, J., *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p.197.

⁵⁰ Bundesverfassungsgericht (BVerfG)

⁵¹ Bockenforde, E. W., *State, Society and Liberty*, Berlin, Berg, 1991, p. 47.

⁵² BVerfGE49, 89, 126, available at: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv049089.html>.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

and even supranational norms are guaranteed. The latter is stringently protected by the principle of “legal certainty” in EU law; according to which any obligation by laws or other kind of binding means, that is compulsorily dominated to European citizens, should have minimum legitimate quality and form while the primary requirements of justice and fairness are precisely observed.⁵³ As a consequence, legal certainty requires that in exercising any kind of DPs, authority cannot violate general conditions of freedoms which are guaranteed by EU law.⁵⁴ It protects all GPALs of EU law,⁵⁵ which are essentially laid in broad sense of the rule of law, in the sovereign territory of EU member states by empowering the principle of “supremacy” (supremacy of EU law over national law) to establish a global government (globalization)⁵⁶ with two-level implication of the rule of law (national and international law).⁵⁷ This might be assumed as a cosmopolitan law which is a direct result of EU’s rule of law; it is such an alternative to traditional thought of international law.

2. Legality

In all legal systems, principle of legality is audibly identified with a clear sound of compliance with law which drafts this assumption that anyone should act by the way that is prescribed by law.⁵⁸ Influenced by liberalism

⁵³ Raitio, Juha, “The Principle of Legal Certainty as a General Principle of EU Law”, in Bernitz, Ulf et al (eds.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, New York, Kluwer Law International, 2008, p. 47.

⁵⁴ *Hashman and Harrup v. United Kingdom*, 2000, 30 EHRR 241, available at: <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ihrl/2821echr99.case.1/law-ihrl-2821echr99>.

⁵⁵ Ratio, Juha, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, London, Springer, 2014, p. 95.

⁵⁶ Glanville, L., “The Antecedents of Sovereignty as Responsibility”, *European Journal of International Relations*, vol. 17, No. 2, 2011, p. 233; Scholte, J. A., *Globalization: A Critical Introduction*, New York, Palgrave Macmillan, 2000, p. 15; Lederer, M., *Criticizing Global Governance*, New York, Palgrave Macmillan, 2005, p. 26; Ku, J., and Yoo, John, “Globalization and Sovereignty”, *Berkeley Journal of International Law*, vol. 31, No. 1, 2013, p. 210.

⁵⁷ 148/78 Ratti [1979] ECR 1629, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61978CJ0148>; 152/84 Marshall [1986] ECR 723. <https://webstroke.co.uk/law/cases/case-15284-marshall-v-southampton-health-authority-marshall-i-1986>.

⁵⁸ Fox-Decent, Evan, “Unseating Unilateralism”, in Austin, Lisa M. and Klimchuk, Dennis (eds.), *Private Law and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 116.

thoughts, citizens are free to decide and act except where laws forbid; accordingly this is a principle that all actions in private sphere are legal unless contrary is proved.⁵⁹ In contrast, in public sphere due to legitimate government committals, the principle is that authorities could not act apart from in cases where a law assigned.⁶⁰ So in private relationships the positive sense of legality and in public ones, the negative sense of it is proposed. The earlier may be called as principle of “capacity” and the latter can be singled out as principle of “incompetency”. The latter is the same principle in light of *L’Etat du Droit* in French legal system by which government should do only what is determined by law. In fact, it can be an outcome of mistrust of government and its authorities to keep their actions within the framework of democratic legal norms to make them licit as a normative lawful power.⁶¹

Therefore, principle of legality protects obligation and enforcement of law; somehow the hierarchical system of norms as well as legitimacy of behaviors is preserved. This calls up manifold sub-principles such as “*Nulla Poena Sine Lege*” (no punishment without law) in UK,⁶² EU⁶³ and so on which holds legality of punishments or “non-retroactive”⁶⁴ that protects rule of previous law on the former situations (legality in the past); also the second one pinpoints prohibition of extending effects and consequences of authority’s decisions to the past.⁶⁵ In addition, legality implies princi-

⁵⁹ See Connolly, Niamh “We’ll Meet Again: Convergence in the Private Law Treatment of Public Bodies”, in Robertson, Andrew and Tilbury, Michael (eds.), *The Common Law of Obligations: Divergence and Unity*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 175.

⁶⁰ See Seerden, René and Stroink, F. A. M., *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States. A Comparative Analysis*, New York, Intersentia, 2002, p. 12.

⁶¹ Kriegel, Barret, “État de droit”, in *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, Puf, 1992, p. 415; Loschak, D., *Le principe de légalité. Mythe et mystification*, Actualité juridique, *Droit administratif*, 1981, p. 387; Leisner Walter, *L’Etat de droit, une contradiction*, *Melanges Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 65.

⁶² *R v. Mistra and Srivastava*, 2004, EWCA Crim 2375, available at: <https://www.lawteacher.net/cases/r-v-mistra-srivastava.php>; *R v. Rimmington*, 2005, UKHL 63, available at: <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/D-000-0514>.

⁶³ *Jorgic v. Germany*, 2007, ECHR 583, available at: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-2055877-2175646&filenameme=003-2055877-2175646.pdf&TID=thkbhnilzk>.

⁶⁴ Brown, Lionel Neville, *op. cit.*, p. 236.

⁶⁵ As it is clear in EU precedent: Case 63/83 *Kirk*, 1984 ECR 2689, available at: <https://webstroke.co.uk/law/cases/case-6383-r-v-kirk-1984>; Case 80/86 *Officer van Justitie v. Kolpinghuis Nijmegen BV*, 1987, ECR 3969, available at: <http://eur-lex.eu>

ple of “compliance” that almost famed by *beachtung* in german law;⁶⁶ according to which, authorities should conform to legal rules⁶⁷ and this at a later date entails accountability and reasonableness (providing rational reasons to justify action undertaken) as modern principles in ALSs.⁶⁸ Besides, principle of “statutory interpretation” is one of incontrovertible normative sequences of legality that holds any interpretation of legal provisions, which is suggested by public officials or judges, into the framework of law’s prescribed commands to prevent a probable diversion of context of law.⁶⁹

Further, principle of legality chiefly evokes principles of “excess of discretion”, “exercise discretion” and “abuse of discretion” in german law;⁷⁰ the first two principles mainly emphasize on procedural legality while the latter remarks substantive one which is placed among the modern principles by and large. The excess principle gives the meaning of incompetency: where it is not permissible by law, there is no discretion; this unambiguously holds forth “ultra vires” principle in UK which is in proximity of “error” principle that collectively reinforces legality.⁷¹ The exercise principle compels competent authorities to fulfill their legal duties⁷² and this is not about breaching competency boundary. In abuse of power, discretion is exercised and also

ropa.eu/resource.html?uri=cellar:09d07fa8-c68a-4212-9930-92b97193c86a.0002.06/DOC_2&format=PDF; Dansk Rorindustri and Others v. Commission, 2005, available at: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-189/02&language=en>; Archer Daniels Midland Ingredients Ltd v. Commission, 2006, available at: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-397/03>; BASF and UCB v. Commission, 2007, available at: http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-07-90_en.htm.

⁶⁶ Schwarze, Jürgen, “European Administrative Law”, The European Communities Publications, 2006, p. 887.

⁶⁷ Harlow, Carol and Richard Rawlings, *Law and Administration*, London, Cambridge University Press, 1997. p. 37.

⁶⁸ Endicott, Timothy, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p.15; Elliott, Mark and Varuhas, Jason, *Administrative Law. Text and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p.594; Thompson, Brian and Michael Gordon, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p.228.

⁶⁹ Funk, William F. and Seamon, Richard H., *Administrative Law: Examples and Explanations*, New York, Aspen Publishers, 2008, p. 281.

⁷⁰ Künnecke, Marina, *op. cit.* p. 37.

⁷¹ Carroll, Alex, *Constitutional and Administrative Law*, 5th ed., Munich, Longman, 2009, p. 317.

⁷² BverwGE92, pp. 153 and 154.

no exceedance has taken place; but an authority applied her/his power in a misuse way while principle of error interdicts her/him of any unintentionally error of law or jurisdictional fact.

In the context of EU law, legality implies a two-level object which envelop national and international mandate of its substandard normative command. This unequivocally puts forward some pertinent sub-principles by which the member states are obliged to observe in the both levels along with legality observation in the Union bodies themselves. These sub-principles, by their most significant instances, can be enumerated as principles of “loyalty”, “efficiency”, “assimilation”, “solidarity”, “direct effects”, “indirect effects” and “direct applicability”. Loyalty⁷³ and efficiency principles, through mutual co-operation, leads states’ policies and measures to the way in which integrity of EU and its legal order are effectively exerted and maintained.⁷⁴ Assimilation⁷⁵ and solidarity⁷⁶ principles robustly fortify EU law coherence and correlation between international legal order with national one; in this regard, the member states are committed to legislate and implement in compliant and consistent with the EC treaty’s conditions.⁷⁷ Direct effects principle creates a possibility for lawsuit before a national court by EU law particularly about guaranteed european citizens’ fundamental rights;⁷⁸ and principle of indirect effect necessitate national laws interpretation congruent and compatible with EU law especially in the context of judicial explanation of rules.⁷⁹ Finally, all member states should directly

⁷³ Article 10 EC Treaty

⁷⁴ See Gormley, Laurence W., “General Principles of Law within Article 10 EC”, in Bernitz, Ulf *et al* (eds.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, New York, Kluwer Law International, 2008, p. 307; also to read some instance of related cases, see 106/77 *Simmenthal*, 1978, ECR 629; 222/86 *Unectef v. Heylens*, 1987, ECR 4097.

⁷⁵ Article 280 EC Treaty.

⁷⁶ Article 158 EC Treaty.

⁷⁷ 119 & 126/79 *Lippische Hauptgenossenschaft*, 1980, ECR 1863, available at: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=90826&doclang=EN>.

⁷⁸ C-149/96 *Portugal v. Council*, 1999, ECR I-8395, available at: <http://ejel.law.columbia.edu/print/2001/case-law-case-c-14996-portuguese-republic-v-council-of-the-european-union-eur-ct-j-november-23-1999-1999-e-c-r-1-8395>; C-431/93 *van Schijndel*, 1995, ECR I-4705, available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61993CJ0430_SUM&from=EN. C-91/92 *Faccini Dori* [1994] ECR I-3325, available at: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99835&doclang=EN>.

⁷⁹ 80/86 *Kolpinghuis*, 1987, ECR 3969, available at: <https://swarb.co.uk/criminal-proceedings-against-kolpinghuis-nijmegen-bv-ecj-8-oct-1987>; C-106/89 *Marleas*

apply EU law conditions and norms into their legal system based on principle of direct applicability primary command.⁸⁰

A. *Ultra vires*

Ultra vires is a well-known concept in UK. Due to that, any excess of discretion is considered as a violation of legality.⁸¹ Principally, there would be no discretion in public sphere unless such a competency is ordained by law. Hence, authority should act into competency boundary which conferred upon by law; this phrase affirms non-arbitrariness principle in a narrow sense.⁸² Likewise, EU law applies the principle to harness the power in the deterministic legal framework.⁸³ It should be noted that the principle does not downright refer to executive power; either it covers all sort of legal powers. For instance, jurisdiction of courts; or particularly “non-justiciability” principle in USA⁸⁴ that is appropriated for inhibition of hearing to cases containing political and security challenging issues in

ing, 1990, ECR 1-4135, available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61992CJ0334](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61989CJ0106_SUM&from=IT;C-334/92 Wagner Miret, 1993 ECR I-6911, available at: <a href=).

⁸⁰ 111/75 *Mazzalai*, 1976, ECR 657, available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61975CJ0043](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-111/75_43/75; Defrenne v. Sabena, 1976, ECR 455, available at: <a href=).

⁸¹ *R v. Richmond upon Thames Council, ex p McCarthy and Stone Ltd*, 1992, 2 AC 48, available at: [https://www.braintree.gov.uk/download/downloads/id/7648/exd021c_hazell_v_hammersmith_fulham_lbc_1992_2_ac_1.pdf](https://mdx.rl.talis.com/items/F3E4C6DE-A113-2B8B-161C-A026CA894D23.html; Hazell v. Hammersmith and Fulham Council, 1992, 2 AC 1. Available at: <a href=).

⁸² Willcox Seidman, Ann; Seidman, Robert B. and Abeyesekere, Nalin, *Legislative Drafting for Democratic Social Change: A Manual for Drafters*, New York, Kluwer Law International, 2001, p. 151. As some instances of cases about non-arbitrariness in UK precedent: *Entick v. Carrington*, 1765, EWHC KB J98, available at: <https://www.lawteacher.net/cases/malone-v-metropolitan-police-commissioner.php>.

⁸³ Hofmann, Herwig C. H.; Rowe, Gerard C. and Türk, Alexander H., *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 173.

⁸⁴ Rose-Ackerman, Susan and Lindseth, Peter L., *Comparative Administrative Law*, London, Edward Elgar Publishing, 2010, p.148.

which, because of presumably disruption of “check and balance”,⁸⁵ there is no jurisdiction to judicial review.⁸⁶

B. *Exercise discretion*

Also, by an alternative exposition of ultra vires principle, might be said that any compulsory or discretionary power is a legal duty should be performed by competent authority and abstain of this task, in turn, is an action that is not permitted by law; it accounts principle of exercise discretion in german law and mainly consider as illegality of action in ALSs.

C. *Error*

Error of law and error of facts are two common principles particularly in UK precedent and in most of cases are conceptualized under the extensive concept of legality in ALSs.⁸⁷ In error of law, an authority makes a mistake by misunderstanding of law specifically about her/his discretion⁸⁸ whereas error of fact is arisen in cases in which she/he errs in compliance objective

⁸⁵ Endicott, Timothy, *op. cit.*, p. 250; Tushnet, Mark; Fleiner, Thomas and Saunders, Cheryl, *Routledge Handbook of Constitutional Law*, USA, Routledge, 2013, p. 382.

⁸⁶ *Railroad Comm'n of Texas v. Pullman Co.*-312 U.S. 496, 1941, available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/312/496/>; *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 1962, available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/>; *Luther v. Borden*, 48 U.S. 1, 1849, available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/48/1/>; *Holtzman v. Schlesinger*-414 US 1316, 1973, available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/414/1316/>.

⁸⁷ Mason, Sir Anthony and Lindell, Geoffrey, *The Mason Papers. Selected Articles and Speeches*, Federation Press, 2007, p. 183; Wolf, Susan and Stanley, Neil, *Wolf and Stanley on Environmental Law*, London, Routledge, 2013, p. 569; Cane, Peter, *Controlling Administrative Power. An Historical Comparison*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 209.

⁸⁸ *R v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal, ex parte Shaw*, 1952, 1 KB 338, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-northumberland-compensation-appeal-tribunal-ex-parte-shaw-ca-19-dec-1951/>; *Anisminic v. Foreign Compensation Commission*, 1969, 2 AC 47, available at: <https://swarb.co.uk/anisminic-ltd-v-foreign-compensation-commission-hl-17-dec-1968/>; *R v. Somerset CC, ex p Fewings*, 1995, 3 All ER 20, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-somerset-county-council-ex-parte-fewings-and-others-ca-22-mar-1995/>.

instances with respective legal commands.⁸⁹ In a sense, it can be understood as a kind of excess of discretion from this perspective that authority has acted out of her/his competency boundary and not in conformity with the law.

D. *Unauthorized delegation*

Discretions which are allocated by laws to public officials should be exercised personally by respective competent authority. Principally, authorities cannot fulfill tasks on behalf; therefore, they are not allowed to delegate unless such a delegation is guaranteed by law or are implicitly supposed in its rules;⁹⁰ ergo, as it is explicit in UK⁹¹ and German⁹² precedents, delegation is an exception that necessitates a legal allowance. Whereof any delegation should be authorized by law, then we might embody its command as a principle of competency; which means that delegation itself is an extra-discretion that should be prescribed by law. Even in cases of legal authorization, three kinds of delegation are not allowed unless by an exceptional permission of law: transverse delegation in which power is dedicated to an authority by another one in the same level of administrative hierarchy;⁹³ longitudinal delegation by a lower grade authority to an upper one in administrative hierarchy; however, there are some exceptions to longitudinal delegation that the most considerable could be principle of “subsidiarity” in EU law by which the Union in some exceptional circumstances shall act instead of the member states if and insofar as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by

⁸⁹ *White and Collins v. Minister of Health*, 1939, 2 KB 838, available at: https://www.academia.edu/35327325/ADMINISTRATIVE_LAW.

⁹⁰ Webley, Lisa and Samuels, Harriet, *Complete Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 490.

⁹¹ *Barnard v. National Dock Labour Board*, 1953, available at: <https://webstroke.co.uk/law/cases/barnard-v-national-dock-labour-board-1953>; *R v. Race Relations Board*, 1975, available at: <https://webstroke.co.uk/law/cases/r-v-race-relations-board-ex-p-selvarajan-1975>.

⁹² Maurer, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19th ed., Berlin, V. W. de Gruyter, 2017, p. 505.

⁹³ See *Lavender & Son Ltd v. Minister of Housing*, 1970, 3 All ER 871, available at: <https://swarb.co.uk/lavender-v-minister-of-housing-and-local-government-1970>; *Audit Commission v. Ealing Council*, 2005, EWCA Civ 556, available at: <https://www.cascaidr.org.uk/2017/03/23/the-audit-commission-for-england-and-wales-v-ealing-borough-council-2005-ewca-civ-556>.

them;⁹⁴ and finally, consecutive delegation that means subsequent delegation by delegated authority to another one.⁹⁵

E. *Equality*

One of the most fundamental principles in all ALSs is principle of equality. Article 2 of the Declaration of Human Rights and article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights significantly guarantee right to equality. Equality principle protects citizens by law and under the law equally. Government should provide justly law in which citizens are equal by the provisions in rights and privileges and also are equally protected under its enforcement. In addition, government action should be impartial qua all citizens could be able to effectually make a profit of that without any illegal discriminatory concession. Hence, this principle in a negative sense is called “non-discrimination”;⁹⁶ for example prohibition of discrimination by sex⁹⁷ or workers’ wage⁹⁸ in EU case law.

F. *Harm*

Freedoms of individuals are modulated by harm principle. By a common sense in precedents, this principle can simply be defined as a lim-

⁹⁴ Article 5(3) EC Treaty; 8/55 *Fedechar*, 1956, ECR 245, available at: [, 1995, ECR 1-4921, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61993CJ0415>.](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61955CJ0008; 22/70 Commission v. Council, 1970, ECR 263, available at: <a href=)

⁹⁵ For example, see *Barnard v. National Dock Labour Board*, 1953, 2 QB 18, available at: <https://webstroke.co.uk/law/cases/barnard-v-national-dock-labour-board-1953>.

⁹⁶ For example, see BVerwGE 34, 278 (Germany), available at: [, 342 U.S. 350, 1952, \(United States of America\), available at: \[https://swarb.co.uk/jones-v-university-of-manchester-ca-10-mar-1993\]\(https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/350; Jones v. University of Manchester, 1993, ICR 474 \(United Kingdom\), available at: <a href=\).](https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerwG&Datum=10.12.1969&Aktenzeichen=VIII%20C%20104.69; Case 52/81 Faust v. Commission, 1982, ECR 3745 (European Union), available at: <a href=)

⁹⁷ 75 & 117/82 *Razzouk and Beydoun*, 1984, ECR 1509, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61982CJ0075>.

⁹⁸ C-139/95 *Balestra*, 1997, ECR 1-549, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0139>.

itation on freedoms to prevent actions of an individual from harming others.⁹⁹ In the context of modern administrative law, this principle is mainly suggested in the area of discretionary powers that significantly accentuates principles of reasonableness and proportionality.¹⁰⁰ In public sphere, public interest mingles in the discourse of harm principle by which any harmful actions regarding to collective rights and goods is impermissible. Therefore, we are witnessing of permission of derogation from rights in emergency states;¹⁰¹ because all kind of emergency—that by the case threaten national security, public order or like these—are noticeably endanger public interest.

G. Remedy

As a subsequent to harm principle, obviously, principle of remedy is considered. There should be effective remedies considering legal rules regarding to any harmful act including spiritual and material compensation for the injured and recover loss incurred in cases of liability of the state. It is clear that damages to a citizen, for any reason, may be not recovered or her/his claim on detrimental action of authority is not essentially confirmed; hence, in order to protect citizens' rights, in modern ALSs, judicial remedy as an alternative one is put to enforce. The most rampant judicial remedies are as follows: qashing order (*Anfechtungsklage*),¹⁰² prohibitory or

⁹⁹ Raymond Pfeiffer, Ralph Forsberg, *Ethics on the Job: Cases and Strategies*, Cengage Learning, 2013, p. 19.

¹⁰⁰ Hoffman, Lord, "The Influence of the European Principle of Proportionality in UK", in Evelyn (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, Hart Publishing, 1999, p. 114.

¹⁰¹ For example, in EC see Case 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratstelle für Getreide*, 1995, ECR 1125, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0011>. In UK, see *Belize Alliance of Conservation Non-Governmental Organisations v. Department of the Environment*, 2004, UKPC 6, available at: <https://swarb.co.uk/belize-alliance-of-conservation-non-governmental-organisations-v-department-of-the-environment-and-another-no-2-pc-13-aug-2003>; *R v. Secretary of State for Trade and Industry*, 2000, UKHL 56, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-secretary-of-state-for-trade-and-industry-ex-parte-east-away-hl-8-nov-2000>.

¹⁰² See Pranke, L., Kortmann, C. A. J. M. and van den Brandhof, J. C. E., *Constitutional Law of 15 EU Member States*, London, Kluwer, 2004, p. 446; Steiner, Udo, "Recht der Verkehrsinfrastruktur Insbesondere der öffentlichen Straßen und Wege", in Steiner, Udo

der (*Verpflichtungsklage*),¹⁰³ mandatory order (*Leistungsklage*)¹⁰⁴ and judicial declaration (*Feststellungsklage*)¹⁰⁵ commonly in UK and German law; also in particular: injunction,¹⁰⁶ *umdeutung* (Reinterpretation)¹⁰⁷ and *verfassungsbeschwerde* (constitutional complaint)¹⁰⁸ respectively in UK and German law.

H. Equity

Principle of equity is mostly reflected in UK law¹⁰⁹ as a super principle but it is originated considering natural justice which is provided in the content of legal rules in all administrative legal orders. Equity principle gives a substantive moral dimension to legal commands and makes them flexible by values based on natural justice. This is effectively derived from six main propositions which are well described in a leading case of *R v Home Secretary ex p Doody*¹¹⁰ in UK precedent: 1) discretions should be fairly exercised; 2) standards and criteria of fairness might be changed during the

and Arndt, Hans-Wolfgang (eds.), *Besonderes Verwaltungsrecht: ein Lehrbuch*, Berlin, C.F. Müller, 2006, p. 577; Schwenker, Uwe, *Öffentliches Baurecht in Baden-Württemberg: für Ausbildung und Praxis in der Kommunalverwaltung*, Berlin, Epubli, 2013, p. 31.

¹⁰³ See Gersdorf, Hubertus, *Verwaltungsprozessrecht*, Hamburg, C.F. Müller, 2014, p. 44; Ehlers, Dirk “Verwaltungsgerichtliche Verpflichtungsklage”, in Ehlers, Dirk and Schoch, Friedrich (eds.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, Berlin, Walter de Gruyter, 2009, p. 641; Bailey, S. H., *Cases, Materials and Commentary on Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 449.

¹⁰⁴ See Webley, Lisa and Samuels, Harriet, *op. cit.*, p. 607; Wittern, Andreas and Bassliger, Maximilian, *Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht: Grundriss für Ausbildung und Praxis*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 2007, p. 231; Forsyth, Christopher and Wade, William, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 526; Ehlers, Dirk, “Allgemeine Verwaltungsgerichtliche Leistungsklage”, in Ehlers, Dirk and Schoch, Friedrich (eds.), *op. cit.*, p. 659; Lewis, Clive and Knight, Christopher, *Judicial Remedies in Public Law*, London, Sweet & Maxwell, 2004, p. 232.

¹⁰⁵ See Craig P. P., *Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 779; Ehlers, Dirk, *op. cit.*, p. 673; Borchard, Edwin Montefiore, *Declaratory Judgments*, The Classics Us, 2013, p. 15.

¹⁰⁶ See Cane, Peter, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 303; Wade, H. W., *op. cit.*, p. 564.

¹⁰⁷ See Brandt, Jürgen, *Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Hamburg, C.F. Müller, 2009, p. 393.

¹⁰⁸ See Hesse, Joachim Jens and Ellwein, Ingrid, *Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland: Band 2: Materialien*, Munich, Springer-Verlag, 2013, p. 582.

¹⁰⁹ Harlow, Carol and Rawlings, Richard, *op. cit.*, p. 575.

¹¹⁰ Available at: <https://www.casemine.com/judgment/uk/5a8ff8cb60d03e7f57ecd7e9>.

time; 3) principle of equity should not be defined as a fixed and unchangeable command to identically apply in various legal situations; 4) legal commands should be committed regarding to their directions; 5) in some situations, fairly, there might be possibility of participation by citizens who their rights and duties are or will be affected by an authority's action; 6) for this participation, citizens should be fully informed and aware of the action.

Principle of equity functions by some known legitimate maxims in UK precedent.¹¹¹ This principle also leads some sub-principles regarding to trial and judicial procedure that collectively are well-known as “fair trial” principle. For example in the context of EU case law, principles of “access to the courts”,¹¹² “an independent and impartial tribunal”,¹¹³ “public hearings”,¹¹⁴ “presumption of innocence”,¹¹⁵ and “Fair hearing”¹¹⁶ which in turn puts forward principles of “advance information”,¹¹⁷ “reasonable time”,¹¹⁸ “Hearing”,¹¹⁹ “cross-examination”,¹²⁰ “representation”,¹²¹ “reasoning”,¹²² “equity in arms”¹²³ and “non- unfair evidence”,¹²⁴ are of the most noteworthy instances.

¹¹¹ Hudson, Alastair, *Equity and Trusts*, London, Routledge, 2016, p. 21.

¹¹² *Khamidov v. Russia*, 2007, ECHR 928, available at: <https://swarb.co.uk/khamidov-v-russia-echr-15-nov-2007>.

¹¹³ *Eccles, McPhillips and McShane v. Ireland*, 1988, 59 DR 212.

¹¹⁴ *Pretto v. Italy A 71*, 1984, 6 EHRR 182.

¹¹⁵ *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain*, 1989, 11 EHRR 360, available at: <https://www.legal-tools.org/en/browse/record/a84e3a>.

¹¹⁶ Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61962CJ0032>; *17/74 Transocean Marine Paint Association*, 1974, ECR 1063, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61974CJ0017>.

¹¹⁷ *Rowe v. United Kingdom*, 2000, 30 EHRR 1, available at: <https://swarb.co.uk/rowe-and-davis-v-the-united-kingdom-echr-16-feb-2000>.

¹¹⁸ *Galstyan v. Armenia*, 2007, ECHR 936, available at: <https://swarb.co.uk/galstyan-v-armenia-echr-15-nov-2007>.

¹¹⁹ Available at: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62011CJ0679_INF.

¹²⁰ Available at: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-560/14>.

¹²¹ *Steel and Morris v. United Kingdom*, 2005, ECHR 103, available at: <https://www.5rb.com/case/steel-morris-v-united-kingdom>.

¹²² *Hadjianastassiou v. Greece*, 1993, 16 EHRR 219, available at: <https://www.ref-world.org/cases,ECHR,3ae6b6f78.html>.

¹²³ *Kaufman v. Belgium*, 1986, 50 DR 98, available at: <http://echr.ketse.com/doc/10938.84-en-19861209>.

¹²⁴ *Schenk v. Switzerland*, 1988, 13 EHRR 242, available at: <https://swarb.co.uk/schenk-v-switzerland-echr-12-jul-1988>.

3. *Constitutional rights principles*

Each one of Constitutional rights might provide a respective principle in the context of precedent. This is customarily a German law tradition that gives a fundamental right additional legal enforcement by an identified principle in precedent. Even so, these principles could be investigated in every ALS based on constitutional rights;¹²⁵ UK,¹²⁶ EU¹²⁷ and USA¹²⁸ precedents appreciably affirm this underlying assumption. As a primary command, it is averred that individuals are free to do without any restriction except in cases where law is not allowed, democratically and legitimately.¹²⁹

Hence it is very important to control government decisions as for constitutional rights in order to prevention of any unauthorized restriction on them or debarment of supernumerary duties of what is expected by laws. Apart from diversity in instances and conceptual details by a meticulous deliberation on fundamental rights in the context of each legal system, some of the most predominant constitutional rights principles are as follows: “privacy”, “liberty and security”, “property and possession”, “religion and belief”, “expression” and “assembly and association”.¹³⁰

¹²⁵ Ray, Samirendra Nath, *Judicial Review and Fundamental Rights*, New Delhi, Eastern Law House, 1974, p. 32.

¹²⁶ See *R (on the application of Saeedi) v. Secretary of State for the Home Department*, 2010, EWHC 705, available at: https://www.refworld.org/cases,GBR_HC_QB,4bb374b62.html; *Douglas v. Hello*, 2003, 3 All ER 996, available at: <https://www.5rb.com/case/douglas-v-hello-ltd-no-5>; *Venables v. News group*, 2001, 1 All ER 908, available at: <https://www.5rb.com/case/venables-thompson-v-news-group-newspapers-ltd>.

¹²⁷ As some instances, see 29/69 *Stauder v. City of Ulm*, 1969, ECR 419, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61969CJ0029>; 222/84 *Johnston*, 1986, ECR 1651, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0222>.

¹²⁸ For example, see *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 1857; *Murray v. Hoboken Land*, 59 U.S. 272, 1855, available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/59/272>; *Cohens v. Virginia*, 19 U.S.264, 1821, available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/19/264>.

¹²⁹ Shlapentokh, Vladimir and Beasley, Eric, *Restricting Freedoms: Limitations on the Individual in Contemporary America*, London, Transaction Publishers, 2013, p. 3.

¹³⁰ Privacy: Articles 10 and 13 of German Basic Law (Grundgesetz). For EU, see 46/87 & 227/88 *Hoechst v. Commission*, 1989, ECR 2859, available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/19/264>; *Fadeyeva v. Russia*, 2005, ECHR 376, available at: <https://www.informea.org/sites/default/files/court-decisions/CASE%20OF%20FADEYEVA%20v.%20RUSSIA.pdf>. For UK, see *R v. Secretary of State for Health*, ex parte L (M), 2001, 1 FLR 406, available at: <https://www.5rb.com/case/r-v-secretary-of-state-for-health-ex>

IV. MODERN PRINCIPLES

Following to good administration doctrine theorization among ALSs, judges have made a great effort to induct modern principles which strong-

parte-associated-newspapers-others; *R v. Attorney-General*, 2007, UKHL 52, available at: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd071128/countr-1.htm>.

Liberty and Security: Article 2 (2) of German Basic Law. for EU, see *Johansen v. Norway*, 1985, 44 DR 155, available at: <http://co-guide.org/jurisprudence/case-johansen-v-norway-application-no-1060083>; *Weeks v. United Kingdom*, 1988, 10 EHRR 293, available at: <https://swarb.co.uk/weeks-v-the-united-kingdom-echr-2-mar-1987>. For UK, see *R v. Parole Board*, 2008, EWCA Civ 29, available at: [http://www.mentalhealthlaw.co.uk/R_\(Brooke\)_v_Parole_Board_\(2008\)_EWCA_Civ_29](http://www.mentalhealthlaw.co.uk/R_(Brooke)_v_Parole_Board_(2008)_EWCA_Civ_29); *Girling v. Parole Board*, 2005, EWHC 546, available at: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff75860d03e7f57eab85f>.

Property and Possession: Article 3 of German Basic Law. for EU, see *Palumbo v. Italy*, 1996, ECHR No.15919/89, available at: <http://echr.ketse.com/doc/15919.89-en-19960904>; *Spadea v. Italy*, 1995, 21 EHRR 482, available at: <https://swarb.co.uk/spadea-and-scalabrino-v-italy-echr-28-sep-1995>; and for UK, see *Yanner v. Eaton*, 1999, 166 ALR 258, available at: <https://www.lawteacher.net/cases/yanner-v-eaton-1999.php>.

Religion and Belief: Article 4 (1) of German Basic Law: for EU, see *Otto Preminger Institut v. Austria*, 1994, 19 EHRR 34, available at: <https://swarb.co.uk/otto-preminger-institut-v-austria-echr-20-sep-1994>; *Autio v. Finland*, 1991, 72 DR 245, available at: <https://www.wri-irg.org/en/story/1991/case-tomi-autio-v-finland-1708690-inadmissibility-decision>; and for UK, see *R v. Secretary of State for Education and Employment*, 2005, UKHL 15, available at: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050224/will-1.htm>.

Expression: Article 5 (1) of German Basic Law: for EU, see *Ukrainian Media Group v. Ukraine*, 2005, ECHR 198, available at <https://www.legal-tools.org/en/browse/record/34f2bb>; for UK, see *Cf Wheeler v. Leicester City Council*, 1985, AC 1054, available at: <https://swarb.co.uk/wheeler-v-leicester-city-council-in-re-wheeler-and-others-hl-25-jul-1985>; *R v. Barnet Council*, ex p Johnson, 1991, 89 LGR 581, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-barnet-london-borough-council-ex-parte-shah-hl-16-dec-1982>; *Rushbridger v. Attorney-General*, 2003, UKHL 38, available at: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldjudgmt/jd030626/rus-1.htm>.

Assembly and Association: Articles 9 and 10 of German Basic Law: for EU, see *G v. Federal Republic of Germany*, 1989, 60 DR 256, available at: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd051027/gold-3.htm>; *Bukta v. Hungary*, 2007, ECHR 610, available at: <https://www.legislationline.org/documents/id/17932>; *Vogt v. Germany*, 1996, 2 EHRR 205, available at: <https://swarb.co.uk/vogt-v-germany-echr-1-nov-1995>; *Associated Society of Locomotive Engineers and Firemen v. United Kingdom*, 2007, ECHR 184, available at: <https://swarb.co.uk/associated-society-of-locomotive-engineers-and-firemen-v-lee-eat-23-feb-2004>; for UK, see *R v. Attorney-General*, 2007, UKHL 52, available at: <https://swarb.co.uk/countryside-alliance-and-others-regina-on-the-application-of-v-attorney-general-and-another-hl-28-nov-2007>; *R v. Chief Constable*, 2007, AC 105, available at: <https://www.5rb.com/case/r-laporte-v-chief-constable-of-gloucestershire>.

ly hold good administration values in their discourses. The clear example of effect of this doctrine can be found in article 41 of European Charter of Fundamental Rights. Some scholars believe that good administration is essentially a GPAL that fills the legal vacuum relating to administrative law and also empowers a substantive dimension of the rule of law; in opposition, there are scholars who defend of counting good administration as a fundamental right.¹³¹ Howsoever, it could be deduced that good administration specifies the path and is realized by modern principles which are thoroughly applied in ALS. In most of cases following instances can be reckoned with as modern principles that forcefully instate good administration in ALS: legitimate expectations, reasonableness, relevant considerations, proportionality, time limits, transparency, accountability, abuse of power, impartiality, public participation, responsiveness, unfettered discretion and proper purpose.

1. *Legitimate expectations*

Authorities are required to protect a citizen's legitimate expectations that they themselves have caused them. This could be result of announcements, regulations, procedures, measures, and even promises made to citizens; in a way that people, by trusting to the situations and subsequences, rely their personal and commercial life on. Decisions based on such qualifications should be subject to procedural fairness that require a convincing degree of legal protection and should not be outside the scope of equity and justice.¹³² This is the general broad concept of legitimate expectations principle is common in EU, UK and German law.¹³³

¹³¹ Azoulay, Loïc, "The Judge and the Community's Administrative Governance", in Joerges, Christian and Dehousse, Renaud (eds.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 109; Nehl, Hanns Peter, "Good Administration as Procedural Right and/or General Principle?", in Hofmann, Herwig and Alexander Türk, *Legal Challenges in EU Administrative Law: Towards an Integrated Administration*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2009, p. 322; Ponce Solé, J., "Good Administration and European Public Law: the Fight for Quality in the Field of Administrative Decisions", *European Review of Public Law*, vol. 14, No. 4, 2002, p. 1503.

¹³² Robert, Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, p. 41.

¹³³ For UK, see *Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs*, 1969, available at: <https://swarb.co.uk/schmidt-and-another-v-secretary-of-state-for-home-affairs-ca>

Based on UK precedent, generally, in four situations legitimate expectations are protected under the law: 1) revocation of decision:¹³⁴ when a public authority adopts a decision, it may affect citizens' rights and privileges in such a way that creates new status which are eventuated and subordinated of that; that's while, the previous decision is replaced by a new superseded one, which subsequently mutates the status and influences those rights and privileges in a different way; 2) breach of assurance:¹³⁵ in some cases, the public authority may commit to make certain policies and processes to a specific matter, but in contrast to this, she/he act differently and thereby changes the *statu quo*. 3) change of consistent practice:¹³⁶ in such cases, the public authority, without be committed to make certain policies and processes, over a long period of time, uniformly acts in the same way somehow citizens suppose that the status quo will always be established and stable; that's while, this will all change as a result of her/his new decision by adopting a superseded different policies and processes; 4) change of policy:¹³⁷ a public official promise to act on a particular policy or process in relation to upcoming stages by a specific issue and citizens would also expect the action to be taken, but at the appropriate time, the authority will act differently.

19-dec-1968; *Regina v. Secretary of State for the Home Department (Appellant) ex parte Uttley (Respondent)*, 2004, available at: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040722/uttley-4.htm>. And for EU, see Case T-347/03 *Branco v. Commission*, 2005, ECR II-255, available at: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d551273c1bb61d4e46b276ca549987da33.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuObN50?docid=57964&pageIndex=0&doclang=EN&dir=&occ=first&part=1&cid=1006476>; Case 265/85 *van den Bergh en Jurgen v. Commission*, 1987, ECR 1155, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61985CJ0265>. Also, for GL see 9 BVerwGE 251.

¹³⁴ *Rootkin v. Kent CC*, 1981, 2 All ER 227.

¹³⁵ *A-G of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*, 1983, AC 629, 638, available at: *R v. IRC*, ex p MFK Ltd, 1990, 1 All ER 91, 110.

¹³⁶ *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, 1985, AC 375, available at: <https://swarb.co.uk/council-for-civil-service-unions-v-minister-for-the-civil-service-hl-22-nov-1984>; *R v. Home Secretary*, 2005, EWCA Civ 744, available at: <http://uniset.ca/other/cs6/brianhaw.html>.

¹³⁷ *R v. Health Secretary*, ex p US Tobacco International Inc, 1992, QB 353, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-secretary-of-state-for-health-ex-parte-united-states-tobacco-international-inc-ca-1991>; *R v. North and East Devon Health Authority*, ex p Coughlan, 2001, QB 213, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-north-and-east-devon-health-authority-ex-parte-coughlan-and-secretary-of-state-for-health-intervenor-and-royal-college-of-nursing-intervenor-ca-16-jul-1999>.

Legitimate expectations principle (*Vertrauensschutz*) in German law has got the similar concept as we might perceive from articles 20 and 28 of basic law and also in the context of some known cases. For example in *Widow*¹³⁸ case, the judge put forward two situations in which citizens' legitimate expectations are under protection: when government has adopted a regulation in contravention of the law or committed an illegal act, but its effects remain valid for a while and then it is null and voided; moreover, in any situation in which some particular sort of privileges or benefits be permanently conferred upon citizen by an official decision but after a while ordered to be suspended.

2. Reasonableness

Always, there must be a reasonable relationship and logical connection between the decision taken by an authority and the objectives on which it was based in the content of legal commands.¹³⁹ In general words, authorities are supposed to make decision in a rational way. The principle of reasonableness, which is closely linked to modern legal principles, in many cases of UK precedent is taken against government decisions.¹⁴⁰ There are plural cases in UK and EU precedents in which principle of reasonableness is inextricably interconnected with principles of effectiveness and relevant considerations; however, it doesn't mean that they equally imply an exact meaning.¹⁴¹ This

¹³⁸ 9 BVerwGE 251.

¹³⁹ Bongiovanni, Giorgio; Sartor Giovanni and Valentini Chiara, *op. cit.*, pp. 5-7.

¹⁴⁰ For example: *Canadian Association of industrial, Mechanical and Allied Workers, Local 14 v. Paccar of Canada Ltd.*, 1989, available at: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/532/index.do>; *R. v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, 2001, available at: <https://www.emeraldinsight.com/doi/abs/10.1108/eb025081>; *Phalam Gurung v. Ministry of Defence*, 2002, EWHC 2463, available at: <https://swarb.co.uk/gurung-pun-and-thapa-v-ministry-of-defence-qbd-27-nov-2002>. *R v. Swindon NHS Primary Care Trust*, 2006, EWCA Civ 392, available at: <https://swarb.co.uk/rogers-regina-on-the-application-of-v-swindon-nhs-primary-care-trust-ca-12-apr-2006>.

¹⁴¹ Barbier de la Serre, Eric, "Procedural Justice in the European Community Case-law Concerning the Rights of the Defence: Essentialist and Instrumental Trends", *European Public Law review*, vol. 12, No. 2, 2006, p. 225; Galligan, Denis James, *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*, Oxford, Clarendon Press: 1996, p. 128; Mashaw, Jerry L., *Due Process in the Administrative State*, California, Yale University Press, 1985, p. 104; Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, New York, Foundation Press, 1978, p. 666.

principle, as a well-known GPAL in German law,¹⁴² gives rise to a form of social acceptance of government activity, which typically aligns administrative performance with society rationality.¹⁴³ Unreasonableness of an authority's decision or measure is some kind of action that individuals do not rationally and logically deal with it;¹⁴⁴ such actions clearly lack a rational argument or ethical standards which confirm merit of it.¹⁴⁵ Unreasonable action is like a retrogressive decision or measure which not only does not conduct ALS to progress, but actually leads it to reversal quality of the *statu quo*.

Invalidation of some kind of unreasonable actions is only possible that apparently and to a large extent have an irrational nature which is seriously in conflict with legitimacy. Therefore, any action cannot be simply counted as an unreasonable one to void.¹⁴⁶ Effectiveness and efficiency might be one of good evaluation criteria for reasonableness of an action. A decision or measure that does not efficient or does not bring forth a significant positive effect on the public interest is not fundamentally rational and more likely to cause loss of public resources are available. Essentially, good administration requires that processes and institutions work in line with needs of society and make the best possible use of resources.¹⁴⁷

¹⁴² Schoch, Friedrich, "Der Verfahrensgedanke im Allgemeinen Verwaltungsrecht", *Die Verwaltung*, vol. 25, 1992, p. 21.

¹⁴³ Württemberg, Thomas, "Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren", *NJW*, 1991, p. 257; Schmitt Glaeser, Walter, "Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung", in Lerche, P.; Schmitt Glaeser, W. and SchmidtAßmann, E. (eds.), *Verfahren als Staats- und Verwaltungsrechtliche Kategorie*, Heidelberg, 1984, p. 35.

¹⁴⁴ *Education Secretary v Tameside Council*, 1977, AC 1014 at 1064, available at: <https://swarb.co.uk/secretary-of-state-for-education-and-science-v-tameside-metropolitan-borough-council-hl-21-oct-1976>.

¹⁴⁵ *Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service*, 1985, AC 374, 410, available at: <https://webstroke.co.uk/law/cases/council-of-civil-service-unions-v-minister-for-the-civil-service-1985>.

¹⁴⁶ See *R v Home Secretary*, 2001, UKHL 26, [2001] 2 AC 532, available at: <https://publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010523/daly-1.htm>.

¹⁴⁷ Scheb, John, *Law and the Administrative Process*, London, Cengage Learning, 2004, p. 17.

3. *Relevant considerations*

As stated above, one of principles related to reasonableness is relevant considerations; and this is why in many cases judges state that when a decision is made and considerations related to the subject of it are not considered, this decision cannot be a rational one.¹⁴⁸ When discretions are provided by law to public official, in fact, they are required to do so in an appropriate and the most possible worthy manner; hence, failure to take into account the relevant and vital involved components of the decision is negligence in fulfilling the obligation. In UK, lack of attention to determinant considerations of an administrative decision is remarked to be a factor in voidance and legally invalidation.¹⁴⁹ In accordance with EU precedent, the principle requires not only that administrative authorities should collect and pay attention to relevant considerations and related issues of their decision, but also obliges them to address all reasonable aspects of the matter in his actions; in order to adhering probable subordinate subsequences with legal norms.¹⁵⁰ This, in particular, extends the path to realization of accuracy principle, which is typically tied to principle of relevant considerations.

Accuracy means concentration of mind relating to a given subject and paying close attention to it. According to principle of “accuracy”, a public authority should make a decision with specific obsession and scrutiny

¹⁴⁸ *Minister for Aboriginal Affairs v Peko-Wallsend Ltd*, 1986, available at: <https://jade.io/summary/mnc/1986/HCA/40>; *R v. Secretary of State for the Home Department*, ex parte Findlay, 1985, AC 318, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-secretary-of-state-for-the-home-department-ex-parte-hindley-hl-30-mar-2000/>.

¹⁴⁹ *R v. Somerset County Council*, ex parte Fewings and others, 1995, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-somerset-county-council-ex-parte-fewings-and-others-ca-22-mar-1995>; *Regina v. Gloucestershire County Council*, ex parte Barry, 1997, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-gloucestershire-county-council-and-another-ex-parte-barry-hl-21-mar-1997>; *R v. Home Secretary*, ex p Venables, 1998, AC 407, available at: <http://uniset.ca/other/cs5/1998AC407.html>; *R v. Newham London Borough Council*, ex parte Sacupima, 2004, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-newham-london-borough-council-ex-parte-sacupima-and-others-ca-1-dec-2000>.

¹⁵⁰ Case 34/77. *Josef Oslizlok v. Commission*, 1978, ECR 1099, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61977CJ0034>. Case C-269/90, *Technische Universität München v. Hauptzollamt München-Mitte*, 1991, ECR I-5469, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0269>.

about its relevant facts and norms;¹⁵¹ this means that all details and aspects of the matter should be investigated and analyzed. In any case, principle of relevant considerations and principle of accuracy are two sides of a coin, together emphasize inclusion of facts and norms and considering their involved components in decision; hence, in most of cases, they strengthen principle of reasonableness.¹⁵² Principle of relevant considerations and accuracy do not merely emphasize attention and consideration of issues, but by its negative sense, authority is obliged to do not consider irrelevant considerations or slight importance to the decision;¹⁵³ this command prevents spending time and money in improper way and hence, empowers principles of reasonableness and time limits.

4. *Proportionality*

According to this principle, there must be a reasonable appropriateness between a decision made by an authority and objectives on which it is legally based.¹⁵⁴ Three main criteria might be considered for appraisal of this proportionality: sufficiency, necessity and appropriateness.¹⁵⁵ Potency of an action to achieve the most desired goal of discretion, can imply its sufficiency; if there is no other suitable alternative action, or probably is

¹⁵¹ Case T-147/97 *Champion Stationery Mfg Co. Ltd, Sun Kwong Metal Manufacturer Co. Ltd and US Ring Binder Corporation v Council of the European Union*, 1998, ECR II-4137, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997TJ0147>; C-194/99 *Thyssen Stahl AG v Commission of the European Communities*, 2003, ECR I-10821, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:61999CJ0194>.

¹⁵² Tridimas, Takis, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 391 y 392.

¹⁵³ See *R v. Port Talbot Council*, ex p Jones, 1988, 2 All ER 207, available at: <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/judicial-law/action-based-on-judicial-review.php>; *R v. Tower Hamlets Council*, ex p Chetnik Developments Ltd, 1988, AC 858, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-tower-hamlets-london-borough-council-ex-parte-chetnik-developments-limited-hl-1988>; *Mixnam's Properties Ltd v Chertsey UDC*, 1965, AC 735, available at: <https://swarb.co.uk/mixnams-properties-ltd-v-chertsey-urban-district-council-hl-1965>.

¹⁵⁴ Andreescu, M., "Principle of Proportionality, Criterion of Legitimacy in the Public Law", *Lex et Scientia Juridical Series*, vol. 1, 2001, p. 117.

¹⁵⁵ Cohn, Margit "Three Aspects of Proportionality", *Conference Review: 8th World Congress of the International Association of Constitutional Law (IACL)*, 2010, p. 4.

less important than that decision, necessity is evident; in addition, in order to justifying appropriateness of the decision taken, its resulted benefits should overcome injuries and disadvantages one. Proportionality principle strongly empowers the rule of law and constitutional rights as it is obvious in UK,¹⁵⁶ EU¹⁵⁷ and German precedents.¹⁵⁸ One of the most leading descriptive propositions of the principle that is well reflected in article 5 (4) of the EU Treaty is balance maintenance requisite of decision; accordingly, the actions taken in relation to each issue should not exceed of extreme or least rational appropriateness; for instance, appropriateness of authority's decision with goals based on the spirit of law¹⁵⁹ or appropriateness between an administrative actions and a fundamental right's requisites and objective¹⁶⁰ or appropriateness of imposing conditions to citizens' rights and what is rationally perceived by regulations.¹⁶¹

5. Time limits

In the direction of public service, time limits principle implies that there should be reasonable time during decision-making and respective measure by authority.¹⁶² For any discretion assigned to government officials there is reasonable time limit to exercise; so postponement and delay in carrying out appropriate action violates this principle.¹⁶³ Hence, the principle might be

¹⁵⁶ *R v Secretary of State for the Home Department*, ex parte Brind, 1991, 1 AC 696, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-secretary-of-state-for-the-home-department-ex-parte-brind-hl-7-feb-1991>; *Association of British Civilian Internees—Far East Region v. Secretary of State for Defence*, 2003, EWCA Civ 473, available at: <https://swarb.co.uk/the-association-of-british-civilian-internees-far-eastern-region-abcifer-v-secretary-of-state-for-defence-ca-3-apr-2003>.

¹⁵⁷ *Bowman v. United Kingdom*, 1998, ECHR 4, available at: http://www.hrcr.org/saf-rica/expression/bowman_uk.html.

¹⁵⁸ BVerfGE 23,127 (133); BVerfGE 23, 127 (133); BVerfGE 69, 1 (35); BVerfGE 61, 126 (134).

¹⁵⁹ *R v Secretary of State for the Home Department*, ex parte Brind, *cit.*; *Association of British Civilian Internees—Far East Region v. Secretary of State for Defence*, *cit.*

¹⁶⁰ *Bowman v. United Kingdom*, *cit.*

¹⁶¹ BverwG, NJW 1995, 3334.

¹⁶² Hofmann, Herwig C. H.; Rowe, Gerard C. and Türk, Alexander H., *op. cit.*, p. 196.

¹⁶³ *O'Reilly*, Ex parte Australena Investments, 1983, 58 ALJR 36, available at: <https://iknow.cch.com.au/document/atagUio549431s116838105/re-o-reilly-ex-parte-australena-investments-pty-ltd-ors>; *Charles v. Judicial and Legal Service Commis-*

called “reasonable period of time” like what is common in EU precedent.¹⁶⁴ The principle requires that all administrative processes, as well as addressing citizens’ demands or pure intra-organizational operations, should be carried out in the shortest and fastest possible time. Along with time limits, principle of “continuity”, that is mostly prevalent in French administrative law, implies that state services should be constantly provided for citizens; based on French precedent, since all citizens equally take advantage of state-owned public services, activities of public officials and institutions should not be interrupted and they should avoid any action that would delay or causes public services closure.¹⁶⁵

6. Transparency

This principle has been recognized in order to guarantee freedom of information and realization of public monitoring over government’s actions. Principle of transparency, through strengthening a clear administrative system and possibility of public oversight, aids in realization of the rule of law.¹⁶⁶ In accordance with principle of transparency, all decisions, measures, transactions, agreements and all administrative processes documents should be available to access for all citizens as direct beneficiaries.¹⁶⁷ Due

son and another, 2002, UKPC 34, available at: <https://www.casemine.com/judgement/in/5779fbfae561096c93131992>.

¹⁶⁴ Case T-344/00 *CEVA and Pharmacia entreprises v Commission*, 2003, ECR II-229, available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62000TJ0344_SUM&from=EL; Case C-501/00 *Kingdom of Spain v. Commission*, 2004, ECR I-6717, available at: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-501/00&td=ALL>; Case T-204/03 *Haladjian Frères SA v. Commission*, 2006, ECR II-3779, available at: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de4216bd66310e4e2cb1d7f50d15cbd941.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Ob34Pe0?docid=63533&pageIndex=0&doclang=EN&mode=&dir=&occ=first&part=1&cid=37156>.

¹⁶⁵ Conseil d’Etat, 5 November 1982, available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007686895&fastReqId=1537965912&fastPos=1>. Conseil d’Etat, 9 December 1988, available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007749908>.

¹⁶⁶ Hofmann, Herwig C. H.; Rowe, Gerard C. and Türk, Alexander H., *op. cit.*, p. 170.

¹⁶⁷ Curtin, Deirdre and Wessel, Ramses A., *Good Governance and the European Union: Reflections on Concepts, Institutions and Substance*, New York, Intersentia nv, 2005, p. 39.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

to information technology system development, this principle has also grown abundantly; this is mainly resulted by rapidity of information transmission by possible means of quick disseminating and expediting access possibility to them for all. Therefore, the most important components of the principle are freedom of information and IT (information technology), which is very much emphasized in EU precedent.¹⁶⁸ One worthy imperative derivatives could be public procurement and tenders-bidding rectitude by three general mechanisms for realization of the principle: periodic indicative notices, invitation to tenders and contract award notice.¹⁶⁹ Of course, the principle is not absolute and in certain legal situations exceptions have been made. For example, in UK, non-disclosure of confidential secrets and documents is a clear exception of the principle.¹⁷⁰

7. Accountability

Accountability is one of democracy foundations. In fact, peoples have entrusted government agents as their representations with the task of exercising the power for public interest; hence, they should respond about their actions to these real owners of the power;¹⁷¹ otherwise, it will establish a tyranny of power.¹⁷² This principle, by standing in the line with principles of transparency and legality, obliges public authority to make decisions in a transparent system and to be accountable about any action on demand of citizens including legitimately justification and legally

¹⁶⁸ Case T-105/95 *WWF UK v Commission*, 1997, ECR II-313, available at: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=T-105/95&td=ALL>; Case T-188/97 *Rothmans International BV (supported by Sweden) v European Commission*, 1999, ECR II-2463, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997TJ0188>; Case C-345/06 *Heinrich*, 2009, ECR I-1659, available at: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-345/06>.

¹⁶⁹ Bovis, H. Christopher, "The Effects of the Principles of Transparency and Accountability on Public Procurement", in Hofmann, Herwig and Türk, Alexander (eds.), *Legal Challenges in EU Administrative...*, cit., p. 288.

¹⁷⁰ *W v. Egde*, 1990, 1 All ER 835, available at: <http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/03/EWCA-1989-W-v.-Egdell.pdf>.

¹⁷¹ Bamforth, Nicholas and Leyland, Peter, *Accountability in the Contemporary Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 30.

¹⁷² Matei, Lucica; Vašiček, Davor and Kaštelan-Mrak, Marija, *European Administrative Space. Balkan Realities*, 2011, p. 215.

documentation; this is the main face of EU accountability we are confronting with.¹⁷³

Although the principle is one of the main elements of good administration, but UK has not fully recognized it in judicial practice. In other words, in the legal system of this country, there are no legal requirements for providing or presentation of reasons and documentation about any government actions, if there would be a citizen's demand; except in special cases that accountability is obviously required by law.¹⁷⁴ For example, accountability of UK's administrative tribunals to respond about their decision to parties of any complaint.¹⁷⁵ But in German law the principle requires government, in many cases, to provide an appropriate response for each of its actions; including clause of "reason giving" (*Begründung*) in article 39 of the German Administrative Procedure Act (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) that requires regulations to be accompanied with legal and practical reasons and considerations. In addition, all decisions made by government authorities in cases of discretionary power should be based on clear and substantiated legal and technical grounds, as appropriate, to explain. In German law, giving reasons is indispensable for public monitoring in addition to resolve potential complaint by clarifying actions and convincing citizens.¹⁷⁶

8. Abuse of power

It has been argued earlier that, with emphasis on modern administrative law along with substantive legality in ALS, prohibition of abuse of power has been found as an essential aspect of the rule of law; that's why EU judges have emphasized inhibition of personal interest in exercising discretions.¹⁷⁷ According to considerable latitude of authority by exercising

¹⁷³ Hofmann, Herwig C. H.; Schneider, Jens-Peter and Ziller, Jacques (eds.), *op. cit.*

¹⁷⁴ See *Public Service Board of New South Wales v Ormond*, 1986, 63 ALR 559, available at: <https://jade.io/summary/mnc/1986/HCA/7>; *R v. Trade Secretary*, ex p Lonrho plc, 1989, 2 All ER 609, available at: <https://shu.rl.talis.com/items/DA94AAB5-56D8-3B5C-9A4C-05E1E20D6946.html>; *R v. Higher Education Funding Council*, ex p Institute of Dental Surgery, 1994, 1 All ER 651, available at: <https://webstroke.co.uk/law/cases/r-v-higher-education-funding-council-ex-p-institute-of-dental-surgery-1994>.

¹⁷⁵ Article 10, Tribunals & Inquiries Act 1992.

¹⁷⁶ Badura, Peter and Erichsen, Hans-Uwe, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, V. W. de Gruyter, 1988, p. 418.

¹⁷⁷ Case 4/64 *Chambre Syndicale de la Siderurgie Francaise*, 1965, ECR 441, available

given discretion, it is always intimidated that they would engage their personal interests in their decisions or give priority to specific group interests while collective interest is neglected;¹⁷⁸ for this reason, principle of abuse of power has been identified among judges to put authorities' decisions under substantive review. This illustrates the reason that why UK precedent has prohibited applying power for personal gain, in conflict with the spirit of law¹⁷⁹ or do not adhering to goal of law and serving commitment to citizens.¹⁸⁰

9. *Impartiality*

According to *conseil d'Etat*, neutrality is incumbent and decisive for correctness of government's decisions and measures in light of legality; otherwise, it could lead to discrimination and violating principle of equality.¹⁸¹ This has been raised in UK by prohibiting all forms of discrimination and discriminatory provision of public services,¹⁸² particularly in public procurement such as in

at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0003>. Case C-222/84, *Johnston v Chief Constable*, RUC, 1987, QB 129, available at: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=3D664827B949AC45123B703E80D6D58B?text=&docid=93569&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&id=10161507>.

¹⁷⁸ Schwartz, Bernard, *French Administrative Law and the Common-Law World*, The Lawbook Exchange, Ltd., 1954, p. 216.

¹⁷⁹ *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation*, 1948, 1 KB 223, available at: <https://lawcasesummaries.com/knowledge-base/associated-provincial-picture-houses-ltd-v-wednesbury-corporation-1948-1-kb-223>; *R v. Inland Revenue Commissioners*, ex p National Federation of Self-employed and Small Businesses Ltd, 1982, AC 617, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-inland-revenue-commissioners-ex-parte-the-national-federation-of-self-employed-and-small-businesses-ltd-hl-9-apr-1981>; *R v. Environment Secretary*, ex p Nottinghamshire County Council, 1986, AC 240, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-secretary-of-state-for-the-environment-ex-parte-nottinghamshire-county-council-hl-12-dec-1985>.

¹⁸⁰ *R v. Secretary of State for Employment*, ex parte begble, 2000, 1 WLR 1115, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-department-of-education-and-employment-ex-parte-begbie-ca-20-aug-1999>.

¹⁸¹ Conseil d'Etat, 28 January 1948. Conseil d'Etat, 4 March 1949.

¹⁸² *R v. Hendon Rural District Council*, ex parte Chorley, 1933, 2 KB 696, available at: <https://www.coursehero.com/file/p5o9nf5/R-V-Hendon-Rural-District-Council-ex-parte-Chorley-1933-2KB-696-1-In-this-case>.

tendering procedures.¹⁸³ In fact, principle of equality and government accountability to provide public interest constitute impartiality principle existential philosophy. For this reason, the principle is one of necessary and indispensable fundamental norms of good administration in EU ALS.¹⁸⁴

10. *Public participation*

Governmentality and democracy in the context of post-modern ALSs,¹⁸⁵ especially in post-regulatory states¹⁸⁶, are prime corollaries of public participation. Citizens could participate directly, personally or through legitimate institutions, or indirectly by their elected representatives. However, it should be noted that establishment of democracy does not necessarily mean that expectations of vulnerable sectors should be involved in adoption of policies, but that participation must be organized and implemented through clear effective means which was probably defined.¹⁸⁷ Participation principle mainly requires protection of freedoms of association and expression, on the one hand, and organizing civil society, on the other hand. Extension of this principle comes to privatization which is widely observed in regulatory states as a main political element.¹⁸⁸ Since regulatory states are increasingly emphasizing privatization and contribution of people in administrating community affairs, role of participation principle is very efficacious and

¹⁸³ *R v. Bow Street Stipendiary Magistrate*, ex parte Pinochet Ugarte, 1999, 1 All ER 577, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-bow-street-metropolitan-stipendiary-magistrate-ex-parte-pinochet-ugarte-no-2-hl-15-jan-1999>.

¹⁸⁴ Case C-170/02 *P-Schlüsselverlag J.S. Moser and Others v. Commission*, 2003, ECR I-9889, available at: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd7dbdd75446dd425e8ddb9dcfeb4b2839.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxqTbN10?text=&docid=71284&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=48310>; Case T-395/04 *Air One v. Commission*, 2006, ECR II-1343, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62004TJ0395>.

¹⁸⁵ Petoft, Arian and Vjeh, Mohammadreza, "A Foucauldian Analysis of Post-Modern Concept of Sovereignty in the Light of Public Law", *Journal of Public Law Research*, vol. 18, No. 52, 2016, p. 9.

¹⁸⁶ Petoft, Arian and Vjeh, Mohammadreza, "The Evolution of Government Intervention in the Economy from the Perspective of Public Law, Welfare to Post Regulatory Governments", *The Quarterly Journal of Public Law Research*, vol. 17, No. 47, 2015, p. 185.

¹⁸⁷ Rose-Ackerman, Susan and Lindseth, Peter L., *op. cit.*, p. 357.

¹⁸⁸ Veggeland, Noralv, *Taming the Regulatory State: Politics and Ethics*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2009, p. 13.

pivotal in such legal systems. For example, in the US legal system, which is widely applying post-regulatory states based on governmentality doctrine, judges have strongly emphasized the principle.¹⁸⁹

Participation principle does not merely imply permission of citizens' activity in market or recognition of competency for administering affairs to them as a hand of government, but in a sense, it defines as a main method for integrating and sharing the wisdom of people and state into a whole. That is why, along with this principle, consensus-orientation of administration is proposed. Obviously, at the society level, there are different people with different points of view, but it is mostly possible to gather minds and reach to an appropriate intellectual model which can be very fruitful for augmenting the wisdom of state.¹⁹⁰ Good administration requires summing-up of views and resources at the community level in order to reach a broad consensus in society due to political values, goodness and proper requirements for whole of it.¹⁹¹ Modern administrative law is essentially diverted from the idea of "to be administrated" or "passive role of citizens", and, relying on participation principle, is directed to "administering" ideology and "active citizens".¹⁹² Such an active role of citizens could legitimize government's wisdom in decision making and administrative actions.¹⁹³

11. Responsiveness

The qualitative criterion of principle of exercising discretion is held forth by principle of responsiveness. In such cases, an authority has not

¹⁸⁹ As a note-worthy one, see *Hanover Potato Products Inc v. E Shalala*, 989 F.2d 123, 1993.

¹⁹⁰ Hartnett, Tim, *Consensus-Oriented Decision-Making: the CODM Model for Facilitating Groups to Widespread Agreement*, Canada, New Society Publishers, 2013, p. 1.

¹⁹¹ Cox, Peter, "Gradhian Values and Post-Development: Models for Social Transformation" in Ghosh, Robin (ed.), *Development Studies*, New Delhi, Atlantic Publishers, p. 150.

¹⁹² See Tribe, Laurence H., *op. cit.*, p. 666; Hilf, G. Ciesla and Pache, E., "Rights vis-à-vis the Administration at the Community Level", in Cassese, A.; Clapham, A. and Weiler, J. H. H. (eds.), *European Community: Methods of Protection*, Baden-Baden, Nomos, 1991, p. 455; Mendes, Joana, "Participation and Participation Rights in EU Law and Governance", in Hofmann, Herwig and Alexander Türk (eds.), *op. cit.*

¹⁹³ Röhl, K. F. "Verfahrensgerechtigkeit (Procedural Justice) Einführung in den Themenbereich und Überblick", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, vol. 14, No. 1, 1993, p. 19.

avoided doing his legal tasks and in general has not exceeded of competency boundaries; nor was it an error of fact or law and an abuse of power; but, actually, breach of responsiveness principle is about malfunctions and negligence of duties, which has somehow reduced the quality of public service. Hence, this legal principle can be closely associated with several substantive principles such as reasonableness, relevant considerations and so on. This clearly shows why responsiveness is mostly intertwined with other adjacent principles; as we might conceive that about financial fiduciary duty in UK.¹⁹⁴ According to reasonableness principle, public officials and institutions should strive to provide the highest quality legal services to all beneficiaries within a reasonable timeframe.¹⁹⁵ It is only possible when these authorities are responsible for demands, expectations and needs of individuals and groups.¹⁹⁶

12. *Unfettered discretion*

In administrative law, the principle of relevant considerations requires that any public official should consider all aspects of his decision and through analyzing them (principle of accuracy), acts appropriately; principle of unfettered discretion typically supplements these commands by requiring authorities to avoid of any prejudice and to comply with a customary or predetermined conventional process and policy in their decisions. In a more literal sense, administrative decisions should not be taken by a dominant and invariable procedure in relation to all subjects, but should elaborate on any particular issue to provide a suitable decision; as UK judges have emphasized, authority should not decide on all legal situations only in a uniform manner and be bound by a general and definite policy or procedure.¹⁹⁷ However, this does not deny a systematic function based on

¹⁹⁴ *Roberts v. Hopwood*, 1925, AC 578, available at: <https://swarb.co.uk/roberts-v-hopwood-hl-1925>.

¹⁹⁵ See Case C-96/82 *IAZ v Commission*, 1983, ECR 3369, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61982CJ0096>.

¹⁹⁶ Douglas, Roger, “Administrative Law and Good Governance”, in Preston, Noel and Sampford, Charles (eds.), *Public Sector Ethics: Finding and Implementing Values*, New York, Routledge, 2012, p. 122.

¹⁹⁷ *R v Home Secretary*, 2005, EWCA Civ 744, available at: https://www.refworld.org/cases/GBR_CA_CIV/46c996352.html; *Kanhasamy v. Canada* (Citizenship and Immigration), 2015, SCC 61, available at: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/>

general policies,¹⁹⁸ but obliges to analyze each legal status impartially and associate it with proper subordinate norms of those policies.¹⁹⁹ By similar propositions, the principle is well invoked by German judges.²⁰⁰

13. *Proper purpose*

Each public official needs to consider objectives that are consistent with those in content of law in order to make their decision in light of aims of legislator which is reflected in legal rule has assigned the discretion. If authority intends to make a decision by own benefits, this might lead to abuse of power; but improper purpose does not imply that. Actually, in cases where authority intended to act in good faith by considering public interest but decided in contrary to the purpose of law regarding the discretion violates principle of proper purpose; in such cases, due to adoption of a wrong purpose, administrative action is in contrast with provisions of law. Therefore, as it is supposed in UK,²⁰¹ the principle has two meaning sides: obligation of matching intended purpose of competent authority with what is assumed by law (positive proposition);²⁰² prohibition of considering a purpose which is not explicitly or implicitly prescribed by law (negative

en/item/15665/index.do; *Trinity Western University v. The Law Society of British Columbia*, 2015, BCSC 2326, available at: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/17140/index.do>.

¹⁹⁸ *R v. Home Secretary*, ex p P and Q, 2001, 2 FLR 383, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-secretary-of-state-for-the-home-department-ex-parte-simms-hl-11-feb-1999>.

¹⁹⁹ *R v. Home Secretary*, ex p Venables, 1998, AC 407, available at: [https://en.wikipedia.org/wiki/R_\(Venables_and_Thompson\)_v_Home_Secretary](https://en.wikipedia.org/wiki/R_(Venables_and_Thompson)_v_Home_Secretary); *R v. Home Secretary*, ex p Hindley, 2001, 1 AC 410, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-secretary-of-state-for-the-home-department-ex-parte-hindley-hl-30-mar-2000>.

²⁰⁰ For instance, see BVerwGE 45, 309.

²⁰¹ *Webb v. Minister of Housing and Local Government*, 1965, 2 WLR 755, available at: <https://swarb.co.uk/ashbridge-investments-ltd-v-minister-of-housing-and-local-government-ca-1965/>.

²⁰² *Hanks v. Minister of Housing and Local Government*, 1963, 1 QB 999, available at: <https://swarb.co.uk/hanks-and-others-v-minister-of-housing-and-local-government-1963>; *Westminster Corporation v London and North Western Railway Co Ltd*, 1905, AC 426, available at: <https://swarb.co.uk/mayor-and-corporation-of-westminster-v-london-and-north-western-railway-co-hl-24-jul-1905>.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

proposition).²⁰³ An examples of sub-principles derived from proper purpose would be “legitimate aim” in EU case law; according to which restricting rights and freedoms, are guaranteed by the European convention on human rights, only based on public interest or other legitimate aims is possible.²⁰⁴

V. CONCLUSION

General principles of administrative law are of the most general, comprehensive, non-positivized and perpetual legal norms which are legitimately recognized in administrative precedent by judges and relatively function in parallel with good administration values in administrative legal system in order to optimize administrative legal order or realize the rule of law in government actions. Their inherent discourses would be conceptualized by some descriptive propositions while the logical and normative correlative links between them as the integrity are strongly retained. Also, by considering optimization and relativity features, obviously we would find out that there is no an absolute distinct principle. Therefore, general principles of administrative law are the same legal principles which are taken by judges in administrative precedent to acquaint them with administrative legal system. Accordingly, if we contrarily argue that GPAL is not exist as a distinct legal norm and it is nothing but the same legal principle, could be justifiable; but this is a right argument if we do not disregard the special features that change a principle in discourse by which it may redefine in the context of an ALS that could be assumed as a sub-norm with administrative nature; this new sub-norm might be called a GPAL. However, by taking antecedent objectivity in the realm of administrative legal system into account, general principles of administrative law can be categorized into classic and modern principles.

The rule of law, legality, ultra vires, error, unauthorized delegation, equality, harm, remedy, equity and Constitutional rights principles are some of the most known classic principle; and mainly, following instances

²⁰³ *R v. Inner London Education Authority*, ex parte Westminster City Council, 1986, 1 WLR 28, available at: <https://swarb.co.uk/regina-v-inner-london-education-authority-ex-parte-westminster-city-council-1986>.

²⁰⁴ *Piermont v France*, 1995, 20 EHRR 301, available at: <http://associationline.org/guidebook/action/read/chapter/4/section/jurisprudence/decision/105>.

can be considered as modern principles that empower good administration values in administrative legal system: legitimate expectations, reasonableness, relevant considerations, proportionality, time limits, transparency, accountability, abuse of power, impartiality, public participation, responsiveness, unfettered discretion and proper purpose; that each one of this principles has been clarified in a general sense. Consequently, the conceptual explanations illustrate that global administrative law requires: protection of substantive dimension of legality as well as procedural one in light of the rule of law by avoiding of errors, exceeding or abusing discretion, unauthorized delegation and harm; also it is necessary to protect constitutional rights and equality while maintaining equity and giving effect to required remedies; mostly, as a modern perspective it is significantly emphasized that public authorities should reasonably, proportionally, impartially, transparently, accountably and responsively act and consider legitimate expectations, relevant considerations and proper purpose in their decisions while they are not fettered or spending excessive time; also there must be an effective opportunity to public participation in order to realization of governmentality and democracy.

C

Fecha de recepción: 15 de enero de 2019.

Fecha de dictamen: 5 de marzo de 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

Repensar el derecho público a la información en la sociedad democrática mexicana

Rethinking the Public Right to Information in Mexican Democratic Society

Carlos SORIANO CIENFUEGOS*

RESUMEN: Este artículo plantea que la distinción conceptual de las diversas vertientes del derecho a la información es fundamental para la adecuada conformación del derecho positivo que la regule. Lo anterior, es aplicable a todo el *corpus iuris*, desde los textos constitucionales hasta la reglamentación más detallada que al respecto existe. La necesidad de claridad conceptual tiene como consecuencia, adicionalmente, una concepción normativa más precisa sobre las garantías informativas necesarias para el adecuado ejercicio del derecho y una visión garantista sobre la forma de establecer sus taxativas.

Palabras clave: libertad de información, libre expresión, garantías informativas, restricciones constitucionales.

ABSTRACT: *This article proposes that the conceptual distinction of the different aspects of the right to information is fundamental for the adequate conformation of the positive law that regulates it. The foregoing is applicable to the entire corpus iuris, from the constitutional texts to the more detailed regulations that exist in this regard. The need for conceptual clarity has, as a consequence, additionally, a more precise normative conception of the informative guarantees necessary for the proper exercise of the right and a guaranteeing vision on the way to establish its directives.*

Keywords: *Freedom of Information, Free Expression, Informative Guarantees, Constitutional Restrictions.*

* Profesor investigador de la Universidad Panamericana, México. Profesor visitante del Instituto Tecnológico Autónomo de México, México. Miembro del SNI-Conacyt. Contacto: ORCID: 0000-0002-9303-7384; e-mail: csoriano@up.edu.mx.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La superación de los paradigmas formales en la creación institucional*. III. *Concepto y fundamentos constitucional y convencional de la información en México*. IV. *Cuatro derroteros doctrinales para el replanteamiento normativo sobre la libre expresión*. V. *Agenda de investigación para la libre expresión: aspectos teóricos de la normatividad sobre publicidad oficial*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La democracia necesariamente es un sistema de libertades. Lo es de manera indisoluble. Cuando Robert Dahl se dispuso a la tarea de explicar los elementos constitutivos de la poliarquía, forma veraz y práctica de esa construcción teórica, señaló que las libertades de asociación, expresión, información, voto y de apoyo a los líderes políticos, son indispensables para este régimen. Si se lograra la máxima inclusión y agregación de intereses y preferencias, pero como no existen estas libertades, se está ante una *hegemonía representativa*, pero no ante una poliarquía. Las prestaciones estatales no sustituyen, de forma alguna, la libertad de las personas.

En el marco de las transiciones democráticas, Guillermo O'Donnell y Phillippe Schmitter señalan que de las experiencias empíricamente analizadas, los procesos democratizadores son precedidos por un proceso de liberalización. Dicho proceso es aquel en que “se redefinen... amplían y hacen efectivos ciertos derechos” como la libertad de expresión. La importancia que se atribuye al proceso liberalizador radica en que, si el mismo se institucionaliza, contribuye a la construcción del “principio de ciudadanía” que, a decir de estos autores, se encuentra vinculado con la dignidad de las personas y, por consiguiente, con la igualdad en la titularidad y el ejercicio de sus derechos.

Sin negar la valía histórica y práctica en los ámbitos político y social de este derecho, en este trabajo se da preponderancia al análisis y crítica del desarrollo conceptual de la doctrina jurídica, recogida en el derecho positivo, respecto de éste.

Por ello, se plantea que el estudio del derecho a la información desde la perspectiva del derecho público exige, ante el escenario constitucional que paulatinamente se ha configurado a partir de 2014, algunas precisiones

terminológicas y conceptuales, lo que hará evidente la notable complejidad del tema tanto en el plano doctrinal como en el positivo,¹ advirtiendo desde ahora que las categorías jurídicas tradicionales parecen mostrarse insuficientes para explicarlos dogmáticamente, en especial respecto del derecho a la reserva de información, fundamental para nosotros.²

Asimismo, se advierten algunas cuestiones que están pendientes de ser recogidas tanto en los fundamentos como en los desarrollos normativos más recientes, vinculados al ejercicio de esta libertad fundamental.

II. LA SUPERACIÓN DE LOS PARADIGMAS FORMALES EN LA CREACIÓN INSTITUCIONAL

Si bien no pretendemos hacer un recuento del papel de la información y la expresión en la historia de las ideas políticas, es deseable presentar, por lo menos, el trasfondo cognitivo del que se desprende la intencionalidad contenida en las instituciones que reconocen y regulan nuestro tema. Por lo anterior, señalamos dos posturas: la individualista y la funcionalista, a la luz de las cuales la libertad de información no puede, por lo menos material y prácticamente de la libre expresión de las ideas, lo que como se argumenta, tiene repercusiones para las operaciones que con ambas libertades deben de hacerse en un contexto normativo.

1. *Concepción individualista*

Para comprender la configuración de la libertad de información, en sentido activo, que prevaleció entre los doctrinarios, siguiendo en esto, como se ha visto, su *reductio ad unum* con la libertad de manifestación del

¹ Para una sistematización de los aspectos especialmente problemáticos del tema, se remite a Windsheimer, Hans, *Die 'Information' als Interpretationsgrundlage für die subjectiven öffentlichen Rechte des Article. 5 Abs. 1 GG*, Berlín, 1968, pp. 17 y ss.

² Arena, Gaetano, "Democrazia ed efficienza nelle pubblica amministrazione", *L'Amministrazione pubblica tra Riservatezza e Trasparenza*, en *Actas del XXXV Congreso de Estudios Administrativos*, organizado por el Centro di Studi Amministrativi dell'Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Milán, 1991, p. 252. Sobre las principales limitantes a este derecho fundamental, el manual del doctor Miguel Carbonell ofrece un panorama introductorio, pero de una claridad remarcable. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2007.

pensamiento, es necesario hacer referencia al resultado del concurso de tres principales operaciones, a la primera de las cuales se atribuye haber predisposto el terreno ideológico-constitucional en el cual han ido a radicarse las contribuciones de las otras dos.

Como es fácil entender, esta primera teoría tiene como punto de partida la reconstrucción de la libertad de manifestación del pensamiento de acuerdo con el paradigma clásico de ascendencia liberal de las libertades individuales. En efecto, es particularmente en este cuadro que se realizan las condiciones para desplazar hacia lo que puede reputarse como constitucionalmente indiferente, el carácter finalista del contenido de la libertad examinada, en tanto que toda concepción de tipo instrumental implicaría dar algún relieve a aquel contenido, lo que no es deseable en los límites de tal ideología.

En este trasfondo individualista se insertan los resultados de la operación lógico-conceptual, de reconducción y equivalencia, de las noticias a las opiniones, ambas homologadas en cuanto a su valor en el posible contenido de la manifestación del pensamiento según un esquema subjetivista, esto es, que mira exclusivamente a la posición del sujeto emisor, marginando del discurso toda consideración sobre los efectos de incidencia de los diversos contenidos de expresión sobre los otros miembros de la sociedad, con el resultado de incrementar al máximo el área de lo constitucionalmente indiferente respecto de aquellos contenidos.

Finalmente, la tercera clave de lectura de la configuración dominante de la libertad de información es provista por la exclusión de diferencias de “naturalaleza” y “calificación jurídica” de las diversas manifestaciones de expresión en razón de los modos con los que ellas se producen, dado que

...el interés público a que haya difusión del pensamiento y de las noticias, de las obras del ingenio artístico y científico, y por tanto también a que haya publicaciones periódicas y libros, películas cinematográficas y audiciones de radio circulares, entre otros, no es mayor que el interés, constitucionalmente garantizado en los ordenamientos de componente liberal, a la libertad intrínseca del contenido de tales manifestaciones.³

De aquí deriva evidentemente la imposibilidad lógico-jurídica de caracterizar diversamente la libertad de información de toda otra forma de ma-

³ Crisafulli, *Problematica della 'libertà d'informazione*, Turín, 1964, pp. 294 y 295.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

nifestación del pensamiento, la cual, notoriamente y casi por definición, se vale de los llamados *medios* para su ejercicio.

Como puede notarse, el resultado que de ello deriva es una verdadera y propia relectura del aspecto activo de la libertad de información, la cual toca el nivel máximo de las garantías prestadas por el ordenamiento constitucional.⁴

2. *Versiones funcionalistas o instrumentales*

La tesis de la coincidencia entre la libertad de expresión y la libertad de información, por lo demás, ha parecido encontrar crédito aun entre los defensores de la versión “funcionalista” de la primera libertad, para quienes sería justamente tal coincidencia la que no hiciera lícito dudar de que, al menos para su perfil activo, la libertad de información traduce siempre un derecho subjetivo de libertad constitucional, que encuentra fundamento seguro, en el caso de México, en el artículo 60. constitucional. Esta premisa común respecto de la precedente concepción deriva del hecho de que ambas teorías rechazan la posibilidad de establecer distinciones plausibles en el plano jurídico entre opiniones y noticias con vistas a la tutela constitucional, mientras que en orden a los otros dos argumentos reconstructivos ya mencionados, existe una diferencia notable.

En efecto, tanto los fines como las concretas modalidades de transmisión de las informaciones concurren en esta versión funcionalista a connotar de modo peculiar la libertad de información, en el sentido de que a tal libertad es reconocida sobre todo una función esencial “para la definición y la actuación de la forma democrática de gobierno”,⁵ y se le atribuye como objeto principal el “empleo de los medios necesarios para la comunicación y la difusión” de la información.⁶

⁴ En este sentido, los desarrollos doctrinales sucesivos no representarán más que puntuales confirmaciones de un orden de ideas ya sustancialmente definido a mediados de los años sesenta del siglo XX.

⁵ Por ejemplo, según afirma la doctrina italiana, aun prescindiendo también aquí “de toda preclusión de contenidos”: lo que, según Barile, coloca la dimensión funcional de la libertad de manifestación del pensamiento en un plano propiamente “metodológico” y no “de contenidos”. Cfr. Barile, Paolo, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Turín, Giuffrè, 1975, p. 429.

⁶ Barile y Grassi, “Informazione (libertà di)”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turín, UTET, 1990, p. 204.

Sin embargo, es necesario subrayar cómo en el plano de las consecuencias operativas, las dos diversas líneas, en ocasiones, parecen alcanzar resultados sustancialmente coincidentes una vez más: por ejemplo, ello resulta patente por lo que se refiere al régimen jurídico de los medios informativos y, particularmente, en materia de tutela del ejercicio de la profesión periodística; de hecho, es posible captar en manera bastante singular una misma preocupación por el riesgo de crear una normativa de privilegio injustificado para la prensa y sus operadores profesionales. Pero más en general, es posible constatar cómo en todo caso es el paradigma de la libertad de manifestación del pensamiento el que prima sobre las dos variantes de la libertad de información arriba consideradas, imponiendo una perspectiva unitaria de la disciplina de las dos libertades y de sus límites.⁷

De hecho, para este último aspecto se puede registrar una diferencia relevante sólo respecto de quienes proponen lecturas en términos funcionales mucho más “fuertes”, por ejemplo del artículo 60. constitucional mexicano: se asiste, en efecto, en este caso no a la reducción de la información a la opinión (con la consecuente subsunción de la disciplina de la primera en la segunda), sino a veces a una suerte de vuelco en la continencia recíproca de los dos términos, desde el momento que “se pasa... a incluir en el concepto de información incluso la expresión y la divulgación pública del pensamiento”.⁸

La reconstrucción dogmática de la actividad informativa, que de ello deriva, ya no sigue la impronta de aquel subjetivismo al que se aludía, sino que se apoya exclusivamente en el primario interés colectivo a la información. De aquí nacen las razones no tan sólo del repudio de una concepción de la actividad informativa en clave subjetiva e individualista, sino también de una versión subjetiva con connotaciones funcionalistas,

⁷ Para Modugno, el derecho de información, entendido en sentido amplio, estaría comprendido por el derecho de manifestación de pensamiento, interpretado en referencia “al principio supremo de la libertad-dignidad, en contraposición al tradicional principio individualista y liberal de la libertad-propiedad”. Cfr., Modugno, Fabio, “Nuovi diritti e principi supremi della Costituzione”, *Relazione en V Congreso nacional de la Asociación Italiana de Constitucionalistas*, Taormina, 30 de noviembre–1o. de diciembre de 1990.

⁸ Para Cuomo entrarían en la función de información “tanto las manifestaciones del pensamiento, cuanto la divulgación de noticias relativas a hechos y comportamientos las cuales son igualmente esenciales para la dinámica del régimen democrático”, Cuomo, Giuseppe, *Libertà di stampa ed impresa giornalistica*, Napolli, 1955, p. 191.

en vista de muy diversos resultados consistentes en la dimensión funcional de los “poderes de ejercicio de la llamada libertad de informar” respecto de los contenidos del interés a ser informados,⁹ o francamente, en la total configuración del “derecho” en una “función”, aunque confiada a un sujeto privado, el cual se hace cargo justamente del ejercicio de una función pública.¹⁰

III. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LA INFORMACIÓN EN MÉXICO

Con el término información, se entiende desde la óptica constitucional, un vasto ámbito material que refleja como elemento central de su disciplina diversos aspectos de la libertad de pensamiento, así como de los instrumentos de circulación y difusión de sus contenidos en el contexto de las relaciones entre la autoridad y el individuo, al grado que el régimen y disciplina de la información podría ser considerado el criterio por excelencia de clasificación de los ordenamientos positivos, dando lugar precisamente a la dicotomía entre sistemas normativos fundados en la subordinación de la información al poder político, y sistemas que, por el contrario, rechazan y excluyen tal subordinación, a partir de lo cual, una posible conceptualización del “Estado totalitario” podría construirse desde la perspectiva de la no existencia de un estatuto de la información del Estado.¹¹

Para complementar esta primera aproximación al concepto, debe tomarse en cuenta que, desde un punto de vista más preciso, se pueden destacar otros significados concernientes a la mayor articulación conceptual que deriva de otras visiones de la información, bien sea como referente de situaciones jurídicas “subjetivas”, o como resultante “objetiva” de los medios masivos. Es a partir de esta conjunción de aspectos que se hace evidente el tema tratado en este trabajo, aun cuando el desarrollo tenderá particularmente a enfatizar el primer aspecto, en tanto que se vincula en modo directo con

⁹ Loiodice, Aldo, “Intervento”, *Problemi giuridici dell’informazione*, Milán, p. 153.

¹⁰ Jaeger, Nicola, *Il diritto della collettività all’informazione attraverso la stampa*, t. I, Nápoles, Jovene, 1959, p. 377.

¹¹ Dahl, Robert, *Dilemmas of Pluralist Democracy*, New Haven & Londres, 1982, pp. 10 y ss. Ciertamente, la clasificación aludida se ubica en el plano abstracto, con lo que quiere decirse que muchos regímenes en los que el fenómeno informativo está construido dogmáticamente, según los parámetros democráticos, en la práctica no lo son.

la problemática de la “libertad de información”, lo cual, a su vez, es una formulación también susceptible de ser precisada,¹² con respecto a una pluralidad de posiciones de individuos o de órganos, esto es, según que se entienda por parte de uno de estos sujetos¹³ pretender legítimamente alguno de los siguientes objetos:

- a) Una situación jurídica *activa*, manifestada en el derecho o la libertad¹⁴ de comunicar y difundir información¹⁵ o, incluso, en una potestad de contenido análogo.
- b) Una situación jurídica *pasiva*, entendida como libertad de recibir información, o bien, como derecho a la ausencia de obstáculos injustificados para recibirla.¹⁶

¹² La tripartición que sigue el texto refleja sustancialmente la recogida por el artículo 19 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”, que como se observará adelante, es tomada como modelo de las convenciones que rigen en América Latina.

¹³ Se utiliza el término “sujeto” en su acepción más amplia, abarcando a las instituciones, es decir, al gobierno mismo y otros órganos de poder público, sobre lo cual se remite líneas abajo.

¹⁴ El empleo conjunto de las dos expresiones implica obviamente la posibilidad de considerar equivalentes las correspondientes situaciones de ventaja sólo a un nivel general, en el cual, con referencia específica al contenido, la libertad o el derecho postulan, simplemente, un no hacer (jurídicamente relevante) por parte del Estado o de los particulares. En cambio, con relación a contenidos coincidentes con obligaciones ajenas de prestación, la distinción entre libertad y derecho adquiere evidentemente un valor más enfático, documentado paradigmáticamente en el debate sobre la información, como será ilustrado líneas abajo.

¹⁵ Crisafulli, Vincenzo, “Problematica della libertà d’informazione”, *Il Politico*, 1964, pp. 286 y ss., quien además alude a la distinción entre libertad de informar “en sentido amplio”.

¹⁶ Terrou, F. y Solal, L., *Le droit de l’information (étude comparée des principaux systèmes de réglementation de la presse, de la radio et du film)*, París, UNESCO, 1951, p. 38, para quienes: “La libertad de información tiene un doble aspecto, un doble rostro. De entrada, comprende la libertad de emitir y de difundir, sin trabas injustificadas, ideas y noticias. También importa el derecho de cada quien de ser plenamente informado”.

- c) Una situación *intermedia* o reflexiva, como se conoce en la doctrina,¹⁷ consistente en el derecho a informarse o a buscar la información.¹⁸

Esta última situación resulta particularmente relevante para la comprensión de este trabajo, ya que a ella es posible adscribir dos diversas variantes, dependiendo de la posibilidad de configurar o no, la obligación de ostentar el objeto de la pretensión cognitiva,¹⁹ a la cual se podría vincular la problemática inherente a un deber específico de informar, enlazado a la posición institucional de determinados órganos públicos, o a la instauración de relaciones privadas entre tales órganos y los particulares,²⁰ lo que conduce directamente a la disciplina del secreto en el derecho constitucional.

En cambio, con referencia a la problemática informativa conexas al régimen de los llamados *mass media*, es decir, medios de comunicación masiva o simplemente medios masivos, se remite a otros trabajos más pertinentes, pues su tratamiento excede los límites de este trabajo: entre ellos, particularmente se recuerdan la libertad de prensa; la normativa relativa a la radio y la televisión; las profesiones de periodistas y publicistas, temas todos a los que se aludirá en la medida que lo exija nuestra materia, en especial desde la óptica de la problemática informativa y del régimen jurídico de los instrumentos de difusión de las informaciones.²¹

¹⁷ Obviamente, se trata también de una situación activa, desde la óptica de la dirección del actuar del sujeto, pero que puede calificarse como “reflexiva” desde que el objetivo de un actuar tal consiste en la creación de una situación de ventaja para el mismo sujeto agente: al respecto, *cf.* las consideraciones generales de Modugno, F., “Nuovi diritti e principi supremi della Costituzione, Relazione en el V Congreso nacional de la Asociación Italiana de Constitucionalistas”, *cit.* También Costanzo, P., “Informazione nel diritto costituzionale”, *Digesto delle discipline pubblicistiche*, UTET, *sub voce*, a quien se sigue de cerca en el tema.

¹⁸ Loiodice, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Nápoles, 1969, p. 22. Por otro lado, en Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Salazar Ugarte, Pedro, *El derecho a la libertad de expresión frente a la no discriminación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 101 y ss., pueden encontrarse enunciadas referencias complementarias de instrumentos internacionales respecto a este derecho.

¹⁹ En este sentido, Chiola, Achille, *Informazione pensiero radiotelevisione*, Nápoles, 1984, pp. 7, 13 y ss.

²⁰ Meloncelli, Achille, *L'informazione amministrativa*, Rimini, 1983, pp. 194 y ss.

²¹ Ello porque en nuestras sociedades es imposible separar el derecho a la información de estos medios masivos, como advierten los autores más diversos, entre los cuales se recuerda a Frosini, Vittorio, “I diritti umani nella società tecnologica”, *Rivista Trimes-*

Finalmente, se designa con el término “información” el resultado de la actividad cognitiva que se alcanza a través de sus muy variadas manifestaciones, como son el estudio, la investigación, el acopio de documentación, etcétera. Este aspecto constituye para las modernas ciencias de la información²² un elemento autónomo respecto de su matriz originaria, susceptible de una consideración especial, gracias a las más avanzadas técnicas de tratamiento automático de datos,²³ las cuales hacen posible hablar de una prolongación del derecho a la información en el ámbito del llamado “derecho informático”.

Como se advierte, la aproximación a la temática de la información encuentra la mejor vía en la formación cultural de nuestras sociedades, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre pone de manifiesto cómo fue que en las ideas predominantes de aquella época, la información ya se encontraba incluida en el catálogo de los derechos que, aun cuando desconocidos por los ordenamientos estatales, debían caracterizar los sistemas constitucionales surgidos tras el segundo conflicto mundial, al tiempo que, en un plano más técnico, demostraba la posibilidad jurídica de concebir la libertad de información en forma autónoma respecto de la más clásica libertad de pensamiento, sin perder de vista la extrema movilidad del confin entre las dos libertades y, de hecho, con la evidente intención de poner a disposición de la primera, el precioso y tradicional patrimonio de la segunda

En este sentido, los valores de la Declaración Universal han sido objeto de una difundida recepción en las principales democracias occidentales,²⁴

trale di Diritto Pubblico, 1981, pp. 1162 y ss., de quien se recuerdan estas elocuentes palabras: “El derecho de información se presenta hoy como un derecho típico de la sociedad tecnológica, cuyo sistema nervioso está constituido por los medios de comunicación de masa, bajo el doble aspecto del derecho de informar y del derecho de ser informados”.

²² La doctrina insiste en este aspecto cuando señala que el “interés de quien entiende conseguir un conocimiento puede referirse no sólo a lo que es manifestado o expresado, sino también a cuanto resulta documentado por haberse agotado la fase de la manifestación, o bien a cuanto resulte o se produzca prescindiendo de toda manifestación de pensamiento o de opinión”, Loiodice, *op. cit.*, pp. 33 y ss.

²³ Como puede analizarse en la literatura que aborda temas de informática jurídica.

²⁴ Para un panorama de otros países, pueden consultarse Austin, R., “Freedom of Information: The Constitutional Impact”, en Jowell, J. y Oliver, D. (coord.), *The Changing Constitution*, Oxford, 1989, pp. 409 y ss.; Rivero, J., *Il regime giuridico dell'informazione in Francia*, *cit.*, pp. 65 y ss.; Kaiser, J. H., *La libertà di stampa e di radiodiffusione nella Repubblica Federale Tedesca*, en Barile y Zaccaria (coords.), *Rapporto annua-*

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

de modo que su historia a partir de la segunda mitad del siglo XX es también el recuento de una continua ampliación de la lista de derechos sociales,²⁵ como ya se ha afirmado. En efecto, es innegable que hay una vinculación muy estrecha entre este crecimiento y la búsqueda en el Estado democrático del bienestar y de la igualdad sustancial.

Con relación a México, el ordenamiento positivo concibe la libertad de expresión como derecho fundamental, establecido en el artículo 6o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado mexicano, como son el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Sociales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), aplicables en términos de lo dispuesto en los artículos 1o. y 133 de la Constitución federal²⁶.

Ya el texto del primero de ellos²⁷ pone en claro la vinculación que existe entre tal libertad “clásica” y el reconocimiento de los nuevos derechos sociales, al disponer que la libertad de expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...”, cuyos términos son coincidentes casi por completo con los del Pacto de San José, en el primer párrafo del artículo 13, al cual se agregan los dos párrafos ulteriores por su importancia para la comprensión del tema:

Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

le sul problema dell'informazione, Padua, 1985, pp. 237 y ss.; Birtles, W., “La libertà d'informazione in Inghilterra”, *La libertà d'informazione*, Turín, Utet, 1979, pp. 141 y ss.

²⁵ Bobbio, Norberto, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1990, p. 76.

²⁶ La Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es el más notable de estos instrumentos, fue adoptada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y entró en vigor el 18 de julio de 1978. México ratificó la Convención el 24 de marzo de 1981.

²⁷ Artículo 19, párrafo 2.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones...

Sobre el particular, resulta pertinente destacar que las sentencias y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las posiciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se han orientado a reconocer que el redimensionamiento de la libertad de expresión sólo se logrará a través de una plena democracia, porque en ésta coexisten un pluralismo de amplio espectro hacia todas las perspectivas de expresión, así como, una acentuada tolerancia en torno de aquellas posiciones que en nombre de la democracia ejercen su derecho a expresarse libremente, y por último una exigible apertura que ha de subyacer bajo el principio de progresividad.

Las autoridades mexicanas se han adecuado al tratamiento regional, de modo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha destacado la importancia fundamental de la libertad de expresión en un régimen democrático, al sostener que el derecho a la libertad de expresión comprende buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, cuyo ejercicio no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas.

Lo anterior se encuentra expresado en las tesis jurisprudenciales P./J. 25/2007 y P./J. 24/2007 bajo los rubros: “Libertad de expresión. Dimensiones de su contenido”, y “Libertad de expresión. Los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen derechos fundamentales del Estado de derecho”.

Asimismo, se debe señalar que el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su primer párrafo, *in fine*, establece que el derecho a la información será garantizado por el Estado, incluyendo tanto la que es generada o se encuentra en posesión de los órganos de gobierno, como la que es propia de los particulares, no sólo respecto de su difusión, sino también de su recepción por el público en general o destinatarios del medio, pues el enunciado normativo no se limita a la información pública gubernamental.

En esa tesitura, respecto de su dimensión social o colectiva, la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas y comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias y es condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada.

Por tanto, en el derecho positivo mexicano la libertad de expresión comprende, al menos, los tres distintos derechos reconocidos por la doctrina internacional, y a los que ya se ha hecho referencia:

1. Difundir informaciones e ideas de toda índole (aspecto activo).
2. Recibir informaciones e ideas de toda índole (aspecto pasivo).
3. Buscar informaciones e ideas de toda índole (aspecto intermedio).

Por otra parte, en otro criterio, la propia Corte mexicana ha destacado la importancia fundamental de la libertad de expresión en un régimen democrático. La libertad de expresión goza de una vertiente pública e institucional que contribuye de manera esencial a la formación y al mantenimiento de una “opinión pública libre y bien informada, elemento imprescindible para el buen funcionamiento de la democracia representativa”.

Los elementos anteriores se desprenden de la tesis 1a. CLXV/2004 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es: “Libertad de expresión e imprenta. Las limitaciones establecidas por el legislador relacionadas con la veracidad y claridad de la publicidad comercial son constitucionales cuando incidan en su dimensión puramente informativa”.

Por ende, a la luz de la actividad del máximo tribunal mexicano, es posible afirmar que las ideas apuntadas de forma precedente, relativas a los fundamentos teóricos del Estado democrático y su reflejo en el sistema

positivo, han cobrado carta de naturalización en nuestro ordenamiento, al grado de poder afirmar en términos de los criterios jurisdiccionales aludidos que una sociedad que no está bien informada no es auténticamente libre.

Dicha libertad tiene una dimensión individual, porque está referida al derecho de expresión de cada sujeto, y una dimensión colectiva o social, puesto que comprende el derecho de socializar dichas informaciones o ideas, incluyendo el que la propia sociedad o colectividad busque dichas ideas. De esta forma, exige que nadie sea arbitrariamente vulnerado o impedido en la manifestación de su propio pensamiento, y en este sentido, representa un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Lo anterior parece tener un correspondiente positivo en la siguiente tesis:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO. El derecho fundamental a la libertad de expresión comprende tanto la libertad de expresar el pensamiento propio (dimensión individual), como el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Así, al garantizarse la seguridad de no ser víctima de un menoscabo arbitrario en la capacidad para manifestar el pensamiento propio, la garantía de la libertad de expresión asegura el derecho a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno, lo cual se asocia a la dimensión colectiva del ejercicio de este derecho. Esto es, la libertad de expresión garantiza un intercambio de ideas e informaciones que protege tanto la comunicación a otras personas de los propios puntos de vista como el derecho de conocer las opiniones, relatos y noticias que los demás difunden.²⁸

Como resulta natural por su vinculación con la dimensión democrática de las sociedades contemporáneas, la protección constitucional de la libertad de expresión incluye el derecho a expresar cualquier clase de convicciones y se ve más fortalecida aún si involucra la libertad de pensamiento o de opiniones en materia política. En esta perspectiva, dicha libertad está protegida constitucionalmente en México por los artículos 1o., 3o. y 7o., en concordancia con los artículos 40 y 41 de la Constitución federal, así

²⁸ Tesis P./J. 25/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1520.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

como con diversos instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado mexicano.

En este caso, la salvaguarda del derecho a la libertad de expresión adquiere una mayor dimensión, avanzando por una directriz que se explica a través de tres valores fundamentales de la democracia con los que convive, sin los cuales difícilmente se puede concebir su pleno ejercicio: pluralismo, apertura y tolerancia, según las ideas presentes en el criterio jurisprudencial de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a. CCXVII/2009, de rubro: “Libertad de expresión y derecho a la información. Su protección es especialmente intensa en materia política y asuntos de interés público”.

En síntesis, podría afirmarse pacíficamente que el derecho a la libertad de expresión no es una libertad más en el cuadro constitucional, sino que, por el contrario, representa uno de los fundamentos del orden político en un Estado democrático de derecho.

Desde este prisma, se advierte que se trata de un derecho vital para el mantenimiento y la consolidación de las instituciones democráticas, tal y como se desprende del preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se reitera en el artículo 29, inciso c, del mismo ordenamiento jurídico, cuando se establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos o garantías que sean inherentes al ser humano, o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno.

Como complemento necesario de este aspecto, se debe mencionar que esta libertad debe interpretarse en todo caso en términos amplios, de acuerdo con lo que ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

...cuando existen diferencias entre las normas legales que rigen derechos idénticos o similares en la Convención Americana y en un instrumento de derecho humanitario, la Comisión está obligada a asignar efecto legal a las disposiciones del tratado con el estándar más elevado que resulte aplicable a los derechos o libertades en cuestión.²⁹

Se obtiene por tanto una regla de amplia repercusión para el desarrollo de este trabajo, consistente en que toda limitación a la circulación de noti-

²⁹ *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 55/1997, caso 11.137, Argentina, OEA/SERV/L/V/II.97, Doc. 38, 30 de octubre de 1997, p. 165.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.

cias e informaciones ha de interpretarse en forma restrictiva, y su aspecto correlativo, traducido en que los derechos fundamentales han de interpretarse en forma amplia o extensiva a fin de potenciar su ejercicio.

Finalmente, es pertinente señalar que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Suprema Corte de Justicia de la Nación han hecho una precisión conceptual entre los derechos a la información y el de la libre expresión. El primero, se centra en la búsqueda, recepción y difusión de información, mientras que el segundo tiene un espectro más amplio en términos normativos.

El órgano interamericano, en el caso *Claude Reyes*, lo señaló de la siguiente manera:

76. En este sentido, la Corte ha establecido que, de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Al igual que la Convención Americana, otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establecen un derecho positivo a buscar y a recibir información.³⁰

Asimismo, nuestro máximo órgano constitucional ha sostenido que el derecho a la información implica para el Estado mexicano el deber de dar a las personas la

... posibilidad de conocer aquella información que, incorporada a un mensaje, tenga un carácter público y sea de interés general, es decir, todos los datos, hechos, noticias, opiniones e ideas que puedan ser difundidos, recibidos, investigados, copiados, almacenados, procesados o sistematizados por cualquier medio, instrumento o sistema.³¹

³⁰ Corte IDH, *caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 19 de septiembre de 2006, serie C, núm. 151. El criterio fue reiterado años después en: *caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C, núm. 219, párr. 196.

³¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, marzo de 2002, p. 422. “Comisión nacional para la protección y defensa de los usuarios de servicios financieros (Conducef). La atribución que le otorga el artículo 11, fracción XV, de la ley relativa,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

IV. CUATRO DERROTOS DOCTRINALES PARA EL REPLANTEAMIENTO NORMATIVO SOBRE LA LIBRE EXPRESIÓN

En congruencia con la línea de análisis hasta aquí seguida, a continuación, se presentan cuatro aspectos relacionados con la libre expresión que, desde un punto de vista conceptual, deben distinguirse en la construcción del sistema de derecho que norma el ejercicio de tal libertad.

1. *La libertad de información como libertad autónoma*

El tema de los límites de la libertad de expresión o manifestación del pensamiento y su relación con la información excede en algunas aristas este trabajo, de modo que se remite a obras especializadas al respecto.³² Sin embargo, esta misma cuestión de los límites resulta interesante al detenerse en la configuración de aquellas teorías que reconstruyen la libertad de información en forma aislada respecto de la libertad de manifestación del pensamiento, lo cual ha permitido a la doctrina completar el panorama de los principales puntos de la normativa constitucional identificados para la libertad en examen.

La común inspiración funcionalista entre tales teorías y las identificadas en el esquema de la libertad de pensamiento³³ motiva la identidad de perspectiva y de clasificación entre límites “internos” y límites “externos”, mientras que lo que distingue la primera categoría de límites es la desviación del contenido noticioso respecto del interés en función del cual el derecho de informar es reconocido y tutelado; en otras palabras, es justamente el interés público a la información lo que constituye, en primer lugar, el criterio que sirve para discriminar entre ilícitos noticiosos en sentido propio y otras hipótesis extrañas, en cambio, a la violación de aquel interés.

para verificar que la información sobre productos y servicios financieros difundida por las instituciones financieras no induzca al error o a la inexactitud, tiende a velar por el derecho que en términos del artículo 6o. de la Constitución federal asiste a los usuarios”. También, *cfr.* con Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2009.

³² Barile y Grassi, “Informazione (libertà di)”, *op. cit.*, p. 205.

³³ *Cfr.* Chiola, *L'informazione nella Costituzione*, Nápoles, Jovene, 1984, p. 3.

A diferencia del que ya fue esbozado para la concepción funcional vinculada al paradigma de la libertad de expresión, en este otro cuadro la violación del límite interno parece representar solamente una hipótesis, en cuanto a los abusos de la función noticiosa identificados en una publicación, de carácter colectivo, no son considerados idóneos y suficientes para negar a la publicación la calificación de prensa periódica, con la consecuente necesidad de mantener para ella el sistema de garantías previsto por primer párrafo del artículo 7o. constitucional mexicano, que concede la libertad de prensa: “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad pueden establecer la previa censura, no exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tienen más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública...”.

En este sentido, la operación de subsunción de la “opinión” en la “noticia”, que en las diversas teorías recién examinadas conducía a una correspondiente extensión de las garantías propias de las opiniones a las informaciones, individualiza en sus consecuencias extremas los efectos de una inversión semejante de los términos del razonamiento, negando todo relieve al contenido de las noticias, pero reconociendo no en las informaciones los valores propios de las manifestaciones de pensamiento, sino más bien un valor informativo en las opiniones.

La premisa que fundamenta esta conclusión es la que sirve como base a la entera construcción doctrinal examinada, es decir, la *despersonalización* de las expresiones individuales contenidas en un medio impreso, la cual, mientras que impediría calificar como meras manifestaciones de pensamiento los juicios sobre hechos determinados, haría aplicable indiscriminadamente a todos los contenidos noticiosos el régimen de garantías previsto por el constituyente mexicano, ante los excesos de poder del legislador. Tal despersonalización, y el correlativo reconocimiento del interés público, podrían recabarse del mismo artículo 6o. constitucional, en la parte respectiva, y valdrían para separar el derecho de informar de toda relación de tipo genético con la libertad de manifestación del pensamiento.

Por lo que se refiere a los límites externos, en esta concepción doctrinal se afronta explícitamente la cuestión de su admisibilidad, atendiendo al fin fundamental de la cualidad democrática del ordenamiento, al cual el

derecho de informar resulta finalmente vinculado,³⁴ aun cuando la vía de salida para justificar la imposición de límites a tal libertad igualmente se cree poder encontrar sobre todo recurriendo a la figura de los “deberes constitucionales”.³⁵

2. *La libertad de recibir informaciones*

La notable disparidad de perspectivas en doctrina y de ambigüedades en los ordenamientos positivos explica el comportamiento de los tribunales constitucionales de las diversas naciones, que se muestra como conjuntamente más fluido y abierto a la consideración de la multifacética fenomenología inicialmente indicada como el lado “pasivo” de la libertad de información. Aquí también resulta esencial el análisis de los principales resultados de la elaboración de la ciencia jurídica en la materia, centrada de igual manera en la búsqueda del correspondiente punto en la normativa constitucional.

Para tal fin, y a diferencia del llamado lado activo ya examinado, el reconocimiento de la estructura y del contenido de la figura subjetiva en cuestión ha jugado un rol mucho más fértil en la investigación doctrinal. En este sentido, se debe hacer un esbozo preliminar de aquellas teorías que traslucen de algún modo una concepción funcionalista de la libertad tratada, dado que una similar caracterización parece concebida con relación al ejercicio de la misma libertad de manifestación del pensamiento o, en términos mucho más amplios, para llevar a concreción otros valores primarios del ordenamiento constitucional, como el ejercicio del derecho-deber de voto, la participación política y el pluralismo democrático, de modo que ni siquiera puede escapar cómo es que en tales casos la dimensión funcional opera simétricamente, resaltando el lado pasivo conexo a la libertad activa de información.

Esta doble y bidireccional valencia parece expresar el núcleo esencial de la libertad en examen, atendiendo el primer aspecto a los fines y el segundo a la posibilidad misma de la recepción informativa, en tanto que, si para alcanzar tales fines corresponde exclusivamente al sujeto interesado desarrollar actividades ulteriores específicas, también aquella posibilidad

³⁴ *Ibidem*, p. 94.

³⁵ *Idem*.

se muestra sometida a iniciativas de carácter informativo externas al mismo sujeto, el cual, por definición, se relaciona en posición pasiva o sólo receptiva.

Por tanto, de ello deriva el problema de la suficiencia y adecuación de estas iniciativas,³⁶ cuya solución, en una óptica funcional, requeriría la preparación en términos positivos de garantías informativas y, sobre todo, la individuación a cargo del Estado y/o de otros sujetos de deberes precisos: lo que según la prevalente visión de la libertad activa de información, sería idóneo para comprometer radicalmente la configuración individualista de tal libertad. En efecto, es por ello que la doctrina ha considerado que, por este camino, se afirmaría más bien el derecho a la información de los particulares, que el derecho del Estado a informar.³⁷

En cambio, menos contradictoria resulta la solución del menor efecto, no incompatible con el paradigma liberal de los derechos y de las libertades públicas, para la cual el contenido esencial de la libertad “pasiva” de información coincide con un comportamiento abstencionista del Estado, al menos, en el sentido de poder pretender que por parte de la autoridad no se interpongan obstáculos a la libre difusión de las ideas y de las noticias, y a la posibilidad de que se cree el necesario contacto informativo entre difusores y receptores de las noticias.

Pero incluso en estos términos, la disputa persiste sobre todo respecto de la posibilidad de configurar tal pretensión como un verdadero y propio derecho subjetivo a la información, prefiriéndose, por parte de las doctrinas antifuncionalistas, hacer referencia a la figura de libertad de hecho³⁸ o si acaso del “interés”, menos comprometedora e insuficiente para condicionar los contenidos informativos libres.³⁹ Por tanto, se trata en este caso de una noción de interés más bien genérica, seguramente menor respecto de la noción expresada por doctrinarios que podrían denominarse funciona-

³⁶ Terrou y Solal, *Le droit de l'information*, op. cit., p. 38.

³⁷ Giuliani, *Osservazioni sul diritto all'informazione*, en VV. AA., *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, Milán, 1973, p. 718.

³⁸ Esposito, Carlo, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Turín, Giuffrè, 1958, p. 4, afirma que la circunstancia por la cual la libertad (pasiva) de información, cuando se encuentra garantizada, lo estaría en vía autónoma, comprobaría que aquélla no está ligada por un nexo lógico e indefectible con la libertad de manifestación del pensamiento.

³⁹ Pegoraro, *L'attività conoscitiva nel funzionamento delle istituzioni assembleari subnazionali: il caso italiano*, en Patrono y Reposo (coords.), *L'informazione parlamentare*, Roma, CLUP, 1983, p. 92.

listas moderados, los cuales, a pesar de darse cuenta de las dificultades de configurar la libertad en examen como un derecho subjetivo de libertad autónomo, identifican un “derecho social” o un “interés difuso”,⁴⁰ que si bien no es capaz de justificar nuevos contenidos o límites a la libertad de expresión, es al menos idóneo para fundar una disciplina publicista de la información dirigida a impedir que los medios de servicio público de su ejercicio se transformen en privilegios de pocos.

En una posición totalmente diversa se colocan quienes se esfuerzan por elevar al rango de verdadero y propio derecho subjetivo la libertad de recepción de las informaciones: en tal cuadro, la problemática que resulta es algo más densa respecto de aquella que caracteriza la configuración en términos de mero interés, especialmente desde la perspectiva de los eventuales sujetos obligados, así como desde el prisma de los posibles límites impuestos al derecho mismo. Sin embargo, es también evidente cómo esta problemática reenvía de entrada a la solución de la cuestión con base en el fundamento positivo de reconocer la libertad de recepción, en orden al cual se debe una vez más registrar una disparidad de perspectivas en el ámbito de la doctrina.

En todo caso, parecen quedar fuera del cuadro aquellas posiciones que aun cuando no se expresan unívocamente a favor de la atribución de la calificación de derecho subjetivo a la libertad de recepción, identifican sin duda una situación merecedora de tutela en función de la protección de la libertad activa de información, de la cual constituiría, por así decirlo, la otra cara de la moneda, encontrando los mismos límites, dado que un reconocimiento tal derivaría justamente de una prejuiciosa negación del valor autónomo de la libertad analizada.⁴¹

Autonomía dogmática y rango constitucional del derecho subjetivo a la recepción de noticias caracterizan, en cambio, tanto aquellas posiciones que reconducen tal derecho al paradigma del artículo 6o. constitucional mexicano, siguiendo en esto a la doctrina italiana,⁴² como aquéllas que,

⁴⁰ Sin embargo, hablar de “interés difuso” en el caso de la información no ha sido pacíficamente aceptado.

⁴¹ *Cfr.* Zaccaria y Capecechi, “La libertà di manifestazione del pensiero”, en Santaniello (coord.), *Trattato di diritto amministrativo*, XII, *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, Padua, 1990, p. 336.

⁴² Por ejemplo, Lipari, “Intervento”, *Problemi giuridici dell’informazione*, cit., p. 149, para quien la libertad pasiva de información sería postulada por la misma libertad activa de información puesto que “la información no tiene sentido, ni siquiera desde

aun sin negar el rol determinante de dicha disposición constitucional, más bien ponen en evidencia la presencia del derecho por efecto de las implicaciones directas e indirectas de sistema constitucional. Pero mientras que, a propósito del primer aspecto se da por sentada la evidente dificultad de la identificación de un fundamento explícito en el dictado constitucional, en ambos casos se expone a las críticas causadas por el carácter asertivo y genérico de las calificaciones enunciadas y por el recurso al argumento instrumental para la afirmación del derecho,⁴³ mientras que la operación hermenéutica no parece por sí misma conclusiva.

En cambio, a estas dificultades se propone escapar la doctrina que, aun consintiendo sobre la oportunidad de comprender la recepción de las noticias entre las expresiones de la personalidad individual, identifica el fundamento positivo en la normativa inferior a la Constitución. En correspondencia, la solución al problema de los límites al derecho que viene de esta doctrina se identifica con el nivel de los otros intereses constitucionalmente protegidos, en tanto que el específico interés a la recepción de las informaciones podría legítimamente sacrificarse por el legislador, derivando de todo ello principalmente una movilidad de límites, precluida en principio a la discrecionalidad del legislador ordinario cuando estén en juego situaciones subjetivas directamente tuteladas por la Constitución,

el punto de vista de quien la propone, sino en función de la garantía de un objetivo interés del destinatario”, así como Checchini, *Libertà dell'informazione della scuola e dell'insegnamento nella Costituzione italiana*, Padua, 1983, p. 55, para quien, por otro lado, la información pasiva representaría el presupuesto esencial de la información activa “dado que puede concebirse una libre manifestación del propio pensamiento por parte de quien tiene interés en la noticia, solamente si él puede obtenerla”.

⁴³ Pace, A., *Il potere d'inchiesta delle assemblee legislative*, Milán, 1973, p. 181, núm. 63; el autor pone de relieve que, bajo el primer aspecto, por un lado no sería necesario afirmar la existencia de una relación jurídica entre quien informa y quien es informado, para poner en debida evidencia la relevancia social de la actividad informativa y, por otro, cómo es que la existencia de dicha relación jurídica estaría en contradicción tanto con la fórmula constitucional italiana (similar a la mexicana), como con la estructura de derecho subjetivo de naturaleza absoluta de la libertad activa de información; bajo el segundo aspecto, que el reconocimiento jurídico de la libertad de informar vendría, una vez que sea ejercitada, “el presupuesto de hecho”, para que pueda realizarse una diversa libertad. Radicales críticas al argumento “instrumental” son también desarrollados ampliamente en Chiola, *L'informazione nella Costituzione*, op. cit., p. 25, para quien, de hecho “no se trataría de atribuir al derecho de recepción, debido a su funcionalidad para el concreto ejercicio del derecho de opinión, igual calificación y disciplina, sino directamente afirmar su existencia”.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

con relación a las cuales más bien se pondría el diverso y más delicado problema del equilibrio de valores constitucionales.

Esta última notación parece tanto más relevante si se reflexiona sobre el diverso rol que corresponde a los tribunales constitucionales, en casos de control de constitucionalidad y convencionalidad de una normativa, que eventualmente impone limitaciones a la recepción de las informaciones, en tanto que es también innegable que al legislador quedaría devuelta la tarea de atemperar y racionalizar las situaciones de conflicto con otros valores constitucionalmente relevantes.

3. *La libertad de informarse*

A resultados más fructíferos en el intento análogo de reconstrucción de una autónoma situación individual de ventaja, parece haber llegado la doctrina con respecto a la tercera de las situaciones descritas precedentemente y conexas a la libertad de información, es decir, la llamada libertad de informarse. Es verdad que los puntos de contacto con los otros aspectos de la libertad de información no han escapado a la reflexión doctrinal, la que, por el contrario, a veces ha considerado absorbido en este aspecto “reflexivo” el “pasivo” y con más frecuencia ha puesto en evidencia el nexo de estrecha instrumentación que vincula al aspecto “reflexivo” con el “activo”, del cual el primero constituiría un corolario o una premisa.⁴⁴

Sin embargo, una similar serie de implicaciones recíprocas no ha parecido suficiente para ocultar las características peculiares que connotan la situación examinada y que iluminan sus contornos como una situación autónoma de libertad. La relación de instrumentación necesaria que vincula la libertad de informarse con el ejercicio de otras libertades constitucionalmente garantizadas es, más bien, válido para esclarecer el fundamento constitucional de la pretensión correspondiente, aun en ausencia también en este caso de toda previsión explícita a este propósito.

En este sentido, es necesario advertir de inmediato que la investigación doctrinal sobre el exacto punto de apoyo de la libertad examinada no parece haber llegado, en todo caso, a resultados satisfactoriamente unívocos y que su misma configuración subjetiva continúa dando lugar a incertidumbres. En cualquier caso, una cierta distinción se podría per-

⁴⁴ Crisafulli, *op. cit.*, p. 300.

filas entre quienes identifican el fundamento constitucional de la libertad de informarse en la disciplina misma de la libertad de manifestación del pensamiento o de la libertad activa de informar (a causa de la relación que vincula estas dos libertades),⁴⁵ y quienes en cambio amplían el espectro de la instrumentación a otras libertades, incluso a veces formulando la duda de que la indirecta instrumentación de la libertad de información frente a la sola libertad de manifestación del pensamiento no podría considerarse suficiente por sí misma.⁴⁶

La más inmediata consecuencia de esta diversidad de acercamientos es naturalmente la diversa solución dada al problema de los límites, que pueden incorporarse a la libertad de informarse, que de hecho vienen a reflejar los propios de la libertad de manifestación del pensamiento en el primer caso, mientras que comprometen al intérprete para encontrar y justificar límites peculiares en el segundo.

De esta forma, se aborda el segundo de los dos perfiles señalados, con relación al cual las configuraciones oscilan entre la del derecho de libertad civil⁴⁷ y la del derecho inviolable, mientras que el problema de fondo parece que es la identificación de los sujetos obligados a proveer de las noticias, de modo que se prefiere poner el acento no tanto en el derecho a la noticia, sino más bien en el derecho a la actividad de investigación, proponiendo principalmente en términos de un puro deber de abstención de impedimentos la correspondiente obligación que grava a los terceros, respecto de la actividad de investigación de noticias, en tanto que se afirma que la libertad de informarse llegará a constituir un verdadero y propio derecho subjetivo sólo cuando le corresponda el deber de algún sujeto a proveer de noticias.⁴⁸

La disputa sobre la configuración de la exacta situación subjetiva correspondiente a la libertad de informarse se debe tener presente en tanto que es susceptible de conducir a resultados diferentes acerca de los límites formulados por el legislador ordinario, por cuanto, en correspondencia de un derecho subjetivo constitucionalmente relevante, se haría necesario proceder al ya visto temperamento y equilibrio con los otros valores cons-

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ Loiodice, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁷ Pugliatti, "Conoscenza", en *Enciclopedia del diritto*, IX, Milán, 1961, p. 118; Mes-sinetti, "Personalità (diritti della)", *ibidem*, XXXIII, Milán, 1983, p. 388.

⁴⁸ Barile y Grassi, *op. cit.*, p. 209.

tucionalmente tutelados, mientras que si se negara tal apoyo directo en la normativa constitucional, el poder discrecional del legislador de configurar en algunas hipótesis un derecho de información quedaría, sin duda, condicionado y verosímilmente comprendido, por aquellas normas constitucionales que tutelan el derecho de los particulares y de las autoridades públicas a la reserva y al secreto.⁴⁹

Un acercamiento más articulado al problema caracteriza a la posición de Chiola, para quien mientras que la *inspectio* encontraría apoyo constitucional más bien amplio y convincente, por lo que respecta al conocimiento de la información cuando su objeto coincida con la actuación del Estado, encontraría ante los particulares el obstáculo representado por la presencia de un principio de reserva opuesto, en tanto que incluso bajo el primer aspecto la posibilidad de imponer límites al conocimiento sobre la base de la simple vinculación a un particular interés constitucionalmente protegido, daría razón de la subsistencia de varios impedimentos interpuestos a la libertad de informarse.⁵⁰

Por lo que se refiere a la actividad jurisdiccional, si bien no faltan tomas de postura de carácter general, como aquellas según las cuales el derecho de informarse constituye un aspecto de la más amplia libertad garantizada por la Constitución, por lo que el mismo ha encontrado el modo de asumir concreción sobre todo con referencia a la materia de secretos. A este propósito, ha sido generalmente por vía de interpretación que se ha impulsado la iniciativa de afrontar el problema al menos en sus líneas generales, enunciando los siguientes tres principios:

- a) La relación entre publicidad y secretos en materia de administración de justicia es una relación de reglas a excepciones.
- b) Tales excepciones se deben referir al recto funcionamiento de la justicia, bien supremo del Estado y garantizado por la Constitución.
- c) Existe paralelismo entre la libertad de informarse y la libertad activa de información en la materia *de qua*, debiéndose, para ambas libertades, poner excepciones de secrecía en relación funcional directa con las particulares exigencias de justicia.

⁴⁹ Sandulli, *La libertà d'informazione*, Nápoles, Iustitia, pp. 12 y ss.

⁵⁰ Chiola, *op. cit.*, pp. 114 y ss.

Sin embargo, en el cuadro de esta bien delineada serie de reglas, es necesario admitir que las exigencias informativas resultan con frecuencia recesivas respecto de las de justicia,⁵¹ como ha sucedido ejemplarmente en el caso del llamado secreto periodístico.

4. *La problemática de los límites a la libertad de información*

La determinación de los límites de la actividad informativa parece seguir criterios diferenciados en razón de las diversas premisas conceptuales que se consideran constituir la *ratio* de la libertad examinada: de este modo, si en el cuadro de perspectivas individualistas, el análisis se desenvuelve abstrayendo los límites de los contenidos de las informaciones, e individuando las prioridades de los intereses involucrados con base en la comparación y el equilibrio de los valores constitucionales, en una perspectiva funcionalista, el análisis más pertinente parece ser aquel que tiende a comparar y a equilibrar los contenidos de la actividad informativa con el interés colectivo a la información.

En este sentido, la exigencia de una información congruente, exacta y fiel es por tanto coherentemente llevada a primer nivel, constituyendo la base justificativa de la preparación de remedios idóneos de las eventuales desviaciones individualistas del ejercicio de dicha libertad: del control preventivo sobre las actitudes subjetivas de los operadores informativos a la previsión de sanciones *post factum*, de la utilización de la técnica de confrontación entre los diversos medios informativos al derecho de contestación o de rectificación atribuido a aquellos que fueron objeto del contenido de las informaciones, cuyo último aspecto también se encuentra recogido en el ordenamiento mexicano: "... el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley..."⁵²

Como se puede advertir, se trata de propios y verdaderos límites "inter-nos", esto es, concernientes al plano de las relaciones inmediatas entre los

⁵¹ Añádase que la operatividad de dichas reglas parece concernir exclusivamente al conflicto entre libertad de informarse y exigencias de la administración de justicia, dado que cuando estas últimas, ya con relación al ejercicio de la acción penal, ya al despliegue del derecho de defensa, han sido invocadas para superar el secreto político-militar no han importado la afirmación de un régimen de pleno conocimiento de la actividad estatal.

⁵² Artículo 60. constitucional, primer párrafo. Desarrollado, finalmente, en la ley reglamentaria, publicada el 4 de noviembre de 2015 en el *Diario Oficial de la Federación*.

operadores informativos y los destinatarios de la información;⁵³ en cambio, por cuanto se refiere a los límites “externos”, que es tanto como decir a las preclusiones y a las limitaciones que podrían derivar en el plano de las relaciones entre aquellos operadores y terceros, el discurso tiende en general a aislarse verosímelmente por la circunstancia de que el interés noticioso resulta vinculado con la misma caracterización democrática del ordenamiento,⁵⁴ de modo que la misma referencia a los límites explícitamente previstos por la manifestación del pensamiento tiende a reconducirse a la noción de límite “interno”.

La sensibilidad frente a los abusos noticiosos reconducibles al contenido de las informaciones no parece ni siquiera hacer mella en la perspectiva individualista, donde sin embargo, el límite no está identificado en la función informativa, sino más bien en la configuración subjetiva del derecho ofrecida por la Constitución, aludiéndose en particular al atributo de que la información debería derivar de la referencia del artículo 60., párrafo primero, a la “manifestación de las ideas” y que valdría para excluir la licitud de la consabida difusión de noticias no veraces, sobre lo cual existe interpretación del máximo tribunal mexicano, como ya se ha señalado: “Libertad de expresión e imprenta. Las limitaciones establecidas por el legislador relacionadas con la veracidad y claridad de la publicidad comercial son constitucionales cuando incidan en su dimensión puramente informativa”.⁵⁵

Desde esta perspectiva, la problemática de los límites a la libertad de información refleja preliminarmente la distinción entre límites expresos y límites implícitos en la normativa constitucional,⁵⁶ en tanto que, como figuras del primer tipo, están las concernientes a la moral, los derechos de tercero, el delito y la perturbación del orden público, que son objeto de cláusulas especiales consignadas por el artículo 60. constitucional mexicano. Ahora bien, como es ampliamente conocido, mientras que en referencia a tal previsión la discusión apunta totalmente al reconocimiento de los contenidos correspondientes, en orden a los llamados límites no expresos,

⁵³ Por ejemplo, Giuliani, *Stampa e opinione pubblica, RTPC*, 1965, p. 287, para quien “el derecho de crónica encuentra un límite en el derecho a la información”.

⁵⁴ Jaeger, *op. cit.*, p. 378.

⁵⁵ 1a. CLXV/2004, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁵⁶ La distinción entre límites internos y externos será retomada con diverso significado a continuación.

el contraste surge a partir de la identificación concreta de tales valores, así como de los intereses considerados idóneos a regir la correspondiente operación hermenéutica.

V. AGENDA DE INVESTIGACIÓN PARA LA LIBRE EXPRESIÓN: ASPECTOS TEÓRICOS DE LA NORMATIVIDAD SOBRE PUBLICIDAD OFICIAL

Para finalizar, se presentan algunas consideraciones sobre un tema que probablemente marcará la agenda de investigación en cuanto al derecho a la libre expresión en México: la regulación de la publicidad oficial. Ello, porque conceptualmente modifica los aspectos sustantivos de las relaciones jurídicas en la materia, por mencionar un ejemplo en cuanto a las prestaciones estatales.

Prescindiendo de la cuestión que, en México, fue tan debatida, de si la existencia de una regla general o de un principio de publicidad general valen para fundamentar un derecho de los miembros de una comunidad al conocimiento de la acción de los poderes públicos;⁵⁷ en todo caso, resulta evidente que se está por lo menos en presencia de una obligación autónoma respecto de aquella misma acción, cuyas valencias informativas parecen innegables.

Sin embargo, la exigencia de derivar de tal obligación, de indudable valor político, efectos operativos concretos en el plano jurídico, coloca en primer lugar el rol de actuación encomendado al legislador a este respecto: rol que se podrá desenvolver de acuerdo con dos directrices principales, o sea, exaltando o atenuando la obligación informativa mencionada, con base en la valoración de los intereses en juego y de su equilibrio respecto del principio de publicidad.

Bajo el primer aspecto, se podrá contar con una reglamentación que detalle la fisonomía de la relación cognitiva individuo-autoridad en el sentido del reconocimiento de verdaderos y propios derechos a la información directamente tutelados por la acción en favor de los diversos titulares; en cambio, bajo el segundo aspecto, la disciplina legislativa indicará las circunstancias y la medida en que la regla de la transparencia deberá sufrir excepciones en razón de la materia o del tiempo, y con relación a las

⁵⁷ Loiodice, Aldo, *op. cit.*, pp. 81 y 213.

cuales el Estado se encontrará provisto en el plano penal de una garantía jurisdiccional, que comprende un régimen especial.

Dicho lo anterior, surge la siguiente cuestión: en la Ley General de Comunicación Social, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 11 de mayo de 2018, no establece directivas específicas sobre las cuestiones atinentes al manejo de tal actividad por parte de los organismos del Estado mexicano cuyas actividades puedan y deban contener información que válidamente se considere como reservado o confidencial.

Asimismo, se tiene otra gran tarea: dotar de contenido a los principios que conformarán a la ley en la materia, mismo que pueden agruparse en dos grandes ejes temáticos: administrativo y sustantivo. Para mayor claridad, se presentan en el siguiente cuadro:

CUADRO 1. PRINCIPIOS LEGALES EN MATERIA DE COMUNICACIÓN SOCIAL EN MÉXICO

| <i>Principios de administración</i> | <i>Principios sustantivos</i> |
|---|---|
| Eficacia, eficiencia, racionalidad presupuestaria, honradez | Transparencia, institucionalidad, máxima publicidad, necesidad, objetividad, congruencia, imparcialidad, veracidad, equidad |

FUENTE: elaboración propia con información de la Ley General de Comunicación social.

Adicionalmente, la cuestión de fondo, ya afrontada por la doctrina, concierne evidentemente a la amplitud del poder discrecional del legislador en ambos casos: mientras que, por cuanto se refiere al llamado poder de “decretar secretos”, resulta opinión consolidada que el aparato de la democracia tiene como regla la transparencia y por excepción el secreto,⁵⁸ por lo que concierne a las razones idóneas para justificar los secretos mismos, la amplia referencia a la garantía de los intereses constitucionalmente tutelados no parece poseer una similar consistencia unívoca, requiriéndose por parte de algunos la simple apreciación del rango constitucional del interés⁵⁹ y, por otros, en cambio, que el interés se presente también “como

⁵⁸ Barile, *Democrazia e segreto*, Roma, Istituto Carlo Cattaneo, pp. 29 y ss.

⁵⁹ Loiodice, *op. cit.*, p. 83.

factor real y no meramente potencial”, por ejemplo, en caso que se esté en presencia de un deber constitucional.⁶⁰

Sin embargo, se pueden formular cuestiones análogas a la hipótesis simétrica de una intervención del legislador tendente a dar concreción y por ende a potenciar los derechos informativos de los ciudadanos, aunque en este caso se va en el sentido de la regla más bien que de la excepción, lo que significa que los límites eventuales podrían derivar sólo de previsiones de secrecía directamente presentes en la Constitución, como podrían ser la expresión del sufragio, por parte de los electores o la tutela del ejercicio de determinadas libertades, por parte de los ciudadanos o también, bajo ciertas circunstancias, para las votaciones de los mismos legisladores. El criterio orientador, por tanto, parece más bien simple, no pudiéndose aceptar más que en muy pocos casos, objetos o materias secretos *ex se*,⁶¹ esto es, por sí mismos y, en todo caso, salvo el límite lógico constituido por la imposibilidad propia de todo órgano constitucional, de existir o funcionar bajo un régimen de absoluta publicidad y ostensión.

No menos relevante con vistas a la reconstrucción de la libertad de informarse, parece también la diversa interrogante acerca de la configuración, más allá de la antedicha obligación publicitaria y de sus indudables implicaciones informativas, de un “deber informativo” del Estado cuyo cumplimiento se resuelve en una actividad positiva y oficial del aparato público frente a los ciudadanos o a determinadas categorías de ciudadanos con independencia de una solicitud de los sujetos interesados.⁶²

A este propósito, parece que al menos la subsistencia de un principio general correspondiente —también defendible por el mismo principio publicitario al que se ha hecho referencia, y por los preceptos constitucionales relativos a la publicación de los actos normativos— se puede fácilmente recabar con connotaciones más específicas a partir de la disposición del artículo 60., primer párrafo, *in fine*, de la Constitución mexicana, cuyos términos parecen susceptibles de ser llevados a concreción particularmente a través de la información. En efecto, como ha sido puesto de relieve:

⁶⁰ Paolozzi, *La tutela processuale del segreto di Stato*, Turín, Giuffrè, p. 153.

⁶¹ En Italia, el artículo 64 constitucional, referido a la identificación del secreto parlamentario sigue un criterio subjetivo y no objetivo, valiendo más bien la regla opuesta de la subsistencia de materias inderogablemente sujetas al régimen de publicidad.

⁶² Al contrario, la hipótesis de la obligatoriedad de comunicar determinadas noticias a cargo de los ciudadanos a favor de los poderes públicos, examinada por Chiola, pone de relieve cómo su eventual previsión debe gozar necesariamente de fundamento constitucional, como la de todo deber constitucional impuesto. *Cfr.* Chiola, *op. cit.*, p. 3.

La “garantía” del Estado, debe interpretarse en tal sentido, especialmente tomando en cuenta que varias libertades constitucionales, son ejercidas sólo en los límites de una “decisión informada”, paradigmáticamente las relativas a los derechos políticos de los ciudadanos, según se ha interpretado el calificativo de “libre” que acompaña a las elecciones por las que se renuevan los poderes de la Unión.⁶³

VI. CONCLUSIONES

En este trabajo se dio cuenta de aspectos conceptuales y doctrinales que informan al derecho a la información. Así, la superación de las concepciones tradicionales, tanto individualista como funcionalista, permean en la conformación del *corpus iuris* en la materia, mismo que en nuestro tiempo cuenta con la impronta de la asimilación del derecho interno de fuente internacional, así como la recepción de los precedentes de la jurisdicción internacional, primordialmente interamericana.

Igualmente, se presentó la centralidad de concebir a las libertades de información, recibir informaciones e informarse como vertientes con notas distintivas, teniendo en el primer caso una diferenciación clara y hasta cierto punto no controvertible respecto de la autonomía de pensamiento, reflejada en el derecho a la libre expresión. Por ello, deviene en crucial el establecer las debidas garantías informativas que atiendan de manera específica las particularidades de las diversas facetas del derecho. Todo ello, desde luego, sin negar los grandes vasos comunicantes existentes.

Asimismo, se llamó la atención sobre dos particularidades que deberían de tomarse en cuenta, tanto por el órgano legislativo como por las autoridades encargadas de la aplicación de la normatividad, a saber: primera, contrario a la doctrina constitucional contemporánea, en materia de libertad de expresión, prevalece una suerte de restricciones implícitas en las categorías existentes, dado que necesitan del desarrollo —fundamentalmente jurisprudencial— para hacer asequibles su significado e implicaciones normativas; segunda, atendiendo a un sentido de plenitud, que evite lagunas normativas y de uniformidad, los cuerpos normativos regulatorios

⁶³ Artículo 41, 2o. párrafo, constitucional mexicano. Véase la tesis “Elecciones. Principios constitucionales y legales que se deben observar para que cualquier tipo de elección sea considerada válida”. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Tercera Época, 14 de noviembre de 2001.

deben formal y explícitamente señalar la información sujeta a restricción por parte de la autoridad mediante reserva o confidencialidad. El anterior, es un punto para atender por la tan esperada Ley General de Comunicación Social.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BARILE, Paolo, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Turín, Giuffrè, 1975.
- ARENA, Gaetano, “Democrazia ed efficienza nelle pubblica amministrazione”, *L’Amministrazione pubblica tra Riservatezza e Trasparenza*, en *Actas del XXXV Congreso de Estudios Administrativos*, organizado por el Centro di Studi Amministrativi dell’Amministrazione Provinciale di Como, Milán, Varenna, 1991.
- BARILE, P. y GRASSI, S., “Informazione (libertà di)”, en VV. AA., *Nuovissimo Digesto Discipline Pubblicistiche*, vol. IV, Turín, UTET, 1990.
- BARILE, *Democrazia e segreto*, Roma, Istituto Carlo Cattaneo, 1997.
- BOBBIO, Norberto, *L’età dei diritti*, Turín, Einauid, 1990.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2007.
- CHIOLA, *Informazione pensiero radiotelevisione*, Nápoles, 1984.
- CRISAFULLI, Vezio, *Problematica della ‘libertà d’informazione*, Turín, 1964.
- CUOMO, GIUSEPPE, *Libertà di stampa ed impresa giornalistica*, Nápoles, 1955.
- DAHL, Robert, *Dilemmas of Pluralist Democracy*, New Haven & Londres, 1982.
- ESPOSITO, Carlo, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Turín, Giuffrè, 1958.
- GIULIANI, Alessandro, “Osservazioni sul diritto all’informazione”, en VV. AA., *Studi in memoria di Domenico Pettiti*, Milán, 1973.
- GIULIANI, Alessandro, “Stampa e opinione pubblica”, *RTPC*, 1965.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo y SALAZAR UGARTE, Pedro, *El derecho a la libertad de expresión frente a la no discriminación*, México, UNAM, 2008.

- Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, núm. 55/1997, caso 11.137, Argentina, OEA/SERV/L/V/II.97, Doc. 38, 30 de octubre de 1997.
- JAEGER, Nicola, *Il diritto della collettività all'informazione attraverso la stampa*, t. I, Nápoles, Jovene, 1959.
- LOIODICE, Aldo, *Contributo allo studio sulla libertà d'informazione*, Nápoles, 1969.
- MELONCELLI, Achille, *L'informazione amministrativa*, Rimini, 1983.
- MODUGNO, Fabio, *Nuovi diritti e principi supremi della Costituzione, Relazione* en el V Congreso nacional de la Asociación Italiana de Constitucionalistas, Taormina, 30 de noviembre–1o. de diciembre de 1990.
- MODUGNO, Fabio., *Nuovi diritti e principi supremi della Costituzione, Relazione* en V Congreso nacional de la Asociación Italiana de Constitucionalistas, Taormina, 30 de noviembre–1o. de diciembre de 1990.
- PACE, A., *Il potere d'inchiesta delle assemblee legislative*, Milán, 1973.
- PAOLOZZI, Giovanni, *La tutela processuale del segreto di Stato*, Torino, Giuffré, 1991.
- PEGORARO, Lucio, “L'attività conoscitiva nel funzionamento delle istituzioni assembleari subnacionales: el caso italiano”, en PATRONO, M. *et al.* (coords.), *L'informazione parlamentare*, Roma, CLEUP, 1983.
- SILVA MEZA, Juan N. y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos fundamentales*, México, Porrúa, 2009.
- TERROU, F. y SOLAL, L., *Le droit de l'information (étude comparée des principaux systèmes de réglementation de la presse, de la radio et du film)*, París, UNESCO, 1951.
- WINDSHEIMER, Hans, *Die 'Information' als Interpretationsgrundlage für die subjectiven öffentlichen Rechte des Art. 5 Abs, 1 GG*, Berlín, 1968.
- ZACCARIA, Roberto y CAPECCHI, Luca, “La libertà di manifestazione del pensiero”, en SANTANIELLO, Giuseppe (coord.), *Trattato di diritto amministrativo*, XII, *Libertà costituzionali e limiti amministrativi*, Padua, 1990.

C

Fecha de recepción: 8 de junio de 2018.

Fecha de aceptación: 12 de junio de 2019.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

Crítica a la nueva tesis aislada sobre resoluciones finales en materia *antidumping* en el juicio de amparo

Emilio ARTEAGA VÁZQUEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El carácter autoaplicativo de una resolución final de una investigación antidumping*. III. *Consideraciones sobre el derecho del comercio internacional para el efecto de determinar el interés legítimo*. IV. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 15 de marzo de 2019 se publicó una nueva tesis en materia *antidumping* en el *Semanario Judicial de la Federación* que reconoce el interés legítimo de los productores nacionales para promover el amparo indirecto en contra de una resolución final.¹ La tesis deriva de la revisión del amparo indirecto 232/2017,² resuelta por el Décimo Octavo Tribunal en Materia Administrativa del Primer Circuito (el Tribunal). El amparo lo promo-

* Socio junior en la firma Vázquez Tercero y Zepeda, México; maestro en Derecho Económico Internacional por la Universidad de Maastricht, Países Bajos. Contacto: emilio@vtz.mx; OCRID 0000-0003-4255-737. Agradezco los comentarios y sugerencias de Mariana Rivera Gutiérrez, cualquier error es mío.

¹ Tesis I.18o.A.108 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro LXIV, t. 3, marzo de 2019, p. 2682, “INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO. Pueden tenerlo para impugnar la resolución provisional y la definitiva quienes en razón de su especial situación frente al acto resienten una afectación, aun cuando no hayan participado en el procedimiento de investigación en materia de prácticas desleales de comercio internacional”.

² Decimoctavo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Amparo en revisión 232/2017.

vió un colectivo u organización campesina, cuyo objeto social es producir manzanas, pero que se creó posterior a la publicación y entrada de vigor de la resolución final. El amparo indirecto presentado por dicha organización fue en contra de una resolución final de la investigación *antidumping* de manzanas originarias de Estados Unidos en donde la Secretaría de Economía (SE) determinó no imponer cuotas compensatorias definitivas.³

La ejecutoria del amparo en revisión aborda varios temas interesantes, tanto en materia de amparo —por ejemplo, la naturaleza jurídica de una resolución final en materia *antidumping*—, como temas propios del derecho del comercio internacional, mismos que se abordarán en este artículo. Para dar un breve contexto, destacamos los siguientes hechos:

- La Resolución Final de la investigación *antidumping* sobre las manzanas fue publicada el 7 de junio de 2016, y entró en vigor al día siguiente de su publicación.
- Un colectivo de ejidatarios de una población indígena importante celebró una asamblea el 10 de julio de 2016, en donde se aprobó la constitución del “grupo de trabajo” para iniciar un proyecto de producción, distribución y comercialización de manzanas *red delicious* y sus mutaciones, y *golden delicious*.

II. EL CARÁCTER AUTOAPLICATIVO DE UNA RESOLUCIÓN FINAL DE UNA INVESTIGACIÓN *ANTIDUMPING*

En la ejecutoria, el Tribunal abordó el concepto de leyes autoaplicativas y heteroaplicativas para “desentrañar” la naturaleza jurídica de las resoluciones finales en materia *antidumping*; lo anterior, para determinar la oportunidad del amparo presentado.⁴

³ Resolución Final de la investigación *antidumping* sobre las importaciones de manzanas, originarias de Estados Unidos de América, independientemente del país de procedencia. Esta mercancía ingresa por la fracción arancelaria 0808.10.01 de la Tarifa de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y de Exportación, *Diario Oficial de la Federación*, 7 de junio de 2016, Secretaría de Economía.

⁴ Tesis I.18.A.108 A, *cit.*, p. 75.

1. *Análisis del Tribunal*

El Tribunal transcribió algunos fragmentos de la Sentencia del amparo en revisión 152/2013, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la cual hace un recuento sobre la evolución de la doctrina en materia de leyes autoaplicativas y heteroaplicativas. En virtud de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 y la incorporación del concepto de “interés legítimo”, la SCJN consideró necesario adaptar la distinción de este tipo de leyes, lo cual es trascendente para determinar la oportunidad para presentar el amparo indirecto. Las leyes autoaplicativas tienen que ser “incondicionadas”; es decir, causan un perjuicio inmediato por la mera entrada en vigor sin requerir un acto intermedio o sin que se requiera la actualización de una condición. Sin embargo, para la procedencia del amparo indirecto promovido con base en un interés legítimo en contra de leyes autoaplicativas cabe la posibilidad de que sea un “tercero” quien resienta en su esfera jurídica los efectos de dicha ley, a diferencia del amparo promovido con base en el interés jurídico en donde el quejoso es el destinatario de la ley o norma.

El Tribunal, trasladando lo anterior al caso de estudio, sostuvo que las resoluciones finales en materia *antidumping* son de carácter autoaplicativas con base en el artículo 89 de la Ley de Comercio Exterior (LCE). De acuerdo con dicho precepto, a partir del día siguiente de la publicación de una resolución final en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* es cuando las cuotas compensatorias —provisionales o definitivas— son impuestas, y los importadores estarán obligados a calcular en el pedimento de importación correspondiente los montos de las respectivas cuotas.⁵ Por ello, el Tribunal sostuvo que la publicación de una resolución final “en el [DOF] produce efectos para quienes hayan intervenido o no en el procedimiento, solicitantes, partes interesadas, importadores y productores nacionales.”⁶ Para apoyar su decisión, el Tribunal sostuvo que comparte el criterio de la tesis aislada I.1o.A.126 A (10a.) del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.⁷

⁵ *Ibidem*, pp. 82 y 83.

⁶ *Idem*.

⁷ Tesis I.1o.A.126 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro IXX, t. 3, abril de 2016, RESOLUCIONES QUE IMPONEN CUOTAS COMPENSATORIAS PROVISIONALES O DEFINITIVAS EN MATERIA DE COMERCIO EXTERIOR. SON DE NATURALEZA AUTOAPLICATIVA.

2. Crítica al razonamiento del Tribunal

La lógica expuesta por el Tribunal es incompleta y presenta un problema lógico porque comparte y se apoya en el criterio de la tesis I.1o.A.126 A (10a.). Por un lado, el Tribunal omite considerar que la resolución final en cuestión no impone o determina una cuota compensatoria. Por otro lado, la tesis I.1o.A.126 A (10a.) sostiene que una resolución final que determina e impone cuotas compensatorias es autoaplicativa porque trasciende en la esfera jurídica de los importadores. He ahí una importante distinción entre los casos, tanto en el fondo como en los sujetos con interés.

Además, se dice que la tesis aislada I.1o.A.126 A (10a.) es contradictoria e imprecisa, como lo expuso Adrián Vázquez.⁸ En dicha tesis se sostiene que las resoluciones finales en materia *antidumping* que imponen cuotas compensatorias son autoaplicativas porque “vinculan a los importadores de la mercancía sujeta a investigación a calcular en el pedimento de importación correspondiente los montos de las cuotas compensatorias...”⁹ Al mismo tiempo, el fragmento transcrito reconoce *implícitamente* que se requiere de un acto intermedio u otro hecho jurídico para que la norma se individualice o produzca efectos, a saber que el importador introduzca a territorio nacional la mercancía, cuyo origen está sujeto al pago de una cuota compensatoria, para que como consecuencia se determine el monto de la cuota en el pedimento. Desde la perspectiva de un amparo promovido con base en un interés jurídico, no es posible sostener que la imposición de una cuota compensatoria constituye una hipótesis normativa que se actualiza inmediatamente porque se requiere de un acto intermedio, mucho menos se puede sostener que crea una obligación directa e inmediata a los particulares de hacer o no hacer.¹⁰

⁸ Vázquez, Adrián, “Amparo contra cuotas compensatorias: ¿son actos autoaplicativos o heteroaplicativos?”, 14 de abril de 2016, disponible en: <https://www.linkedin.com/pulse/amparo-contra-cuotas-compensatorias-son-actos-o-adri%C3%A1n-v%C3%A1zquez/>, consultado el 3 de julio de 2019.

⁹ Tesis I.1o.A.126 A, *cit.*

¹⁰ “Tratándose de interés jurídico, se entenderá que son normas autoaplicativas aquellas cuyos efectos ocurren en forma incondicionada, esto es, sin necesidad de un acto de aplicación, lo que sucede cuando esos efectos trascienden en la afectación de un derecho subjetivo; es decir, cuando de forma personal y directa se creen, transformen o extingan situaciones concretas de derecho, en dos escenarios distintos: (a) esas normas establezcan obligaciones de hacer o no hacer directamente a los particulares, o (b) generen hipótesis normativas cuya actualización inmediata traigan aparejadas consecuencias jurídicas para ellos”. Amparo en revisión 232/2017, *cit.*, p. 79.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

Así las cosas, resulta impreciso sostener, como lo hizo el Tribunal, que la resolución final que no determinó cuotas compensatorias tiene “efectos vinculatorios” para las partes que intervinieron en la investigación o no, cuando la referida resolución no crea una norma con efectos constitutivos; es decir, no crea una nueva situación legal. En cambio, una resolución final que impone cuotas compensatorias sí crea una hipótesis normativa al afectar y vincular a determinadas personas a su cumplimiento (particularmente los importadores) en el evento de su actualización.¹¹ No obstante lo anterior, podríamos sostener que una resolución final que determina no imponer una cuota compensatoria es una ley autoaplicativa porque produce efectos de manera inmediata para todos los productores nacionales, ya que la determinación les depararía un perjuicio inmediato si es que realmente se enfrentan a una “práctica desleal”.

Por lo tanto, el Tribunal comete un error en la formulación de su conclusión al no distinguir las particularidades del caso y apoyarse en una tesis que, se sostiene, es imprecisa a la luz de los criterios emitidos por la SCJN. No obstante la conclusión del Tribunal, a saber que una resolución final en materia *antidumping* que no impone cuotas compensatorias es una ley autoaplicativa para un productor nacional, es correcta para el caso objeto de estudio.

III. CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL PARA EL EFECTO DE DETERMINAR EL INTERÉS LEGÍTIMO

La SE sostuvo que era improcedente el juicio de amparo por varias razones, entre ellas un argumento bastante cuestionable que, según resume el Tribunal, consiste en que la quejosa no acreditó producir cuando menos el 25% de la mercancía similar para ser considerada como productor nacional, esto de conformidad con el artículo 50 de la LCE. En virtud de este planteamiento, el Tribunal consideró pertinente analizar algunos aspectos del régimen jurídico del comercio internacional para establecer *premisas*, destacando el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994 (GATT 1994) y el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994 (AAD).

¹¹ *Ibidem*, p. 118.

1. *Análisis del Tribunal*

En esta parte, el Tribunal transcribe el artículo VI del GATT 1994 y los párrafos 1, 4 y 6, del artículo 5o. del AAD para analizar si el Tratado reconoce que los productores nacionales cuentan con un derecho subjetivo para participar en investigaciones *antidumping*. Para este efecto, el Tribunal sostuvo que “no asiste un derecho subjetivo a participar en el procedimiento [de una investigación *antidumping*], que se inicia por regla general a petición de parte...”¹² Previo a estudiar el artículo 13 del AAD, precepto del cual deriva la nueva tesis aislada, el Tribunal expuso sobre los fines del régimen de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Al hacerlo, el Tribunal sostuvo que esta organización internacional tiene por objeto crear un sistema de comercio “basado en reglas que ofrezcan seguridad jurídica y predictibilidad”,¹³ lo cual hace eco con el artículo 3o., párrafo 2, del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC. Interesantemente, citan a Pascal Lamy, exdirector general de la OMC, quien reconoció que es fundamental la labor de los gobiernos y sus cortes para la consecución del objetivo de lograr un comercio basado en reglas.

También, el Tribunal expuso sobre lo que entiende como “remedios comerciales”, en donde señaló que doctrinalmente “se refiere a los sistemas anti-dumping como las cuotas compensatorias, las medidas de salvaguarda y los derechos aduaneros extraordinarios”.¹⁴ Asimismo, señaló que los remedios comerciales “sirven a los principios de libre comercio y asignación eficiente de recursos al nivel global, mientras que otros consideran que estos remedios aseguran una cancha pareja al proteger las industrias nacionales contra prácticas injustas en el comercio internacional”.¹⁵

Al respecto, vale la pena precisar que el Tribunal se confunde porque no existen “sistemas antidumping”, sino diferentes *instrumentos* de remedios comerciales. Dentro de los diversos instrumentos de los remedios comerciales existen las medidas o derechos *antidumping*, denominadas cuotas compensatorias en México, las cuales atienden a la práctica *desleal* denominada “discriminación de precios”, conocido como *dumping*, que consiste en exportar una mercancía al territorio de otro miembro a un precio por debajo de su “valor normal” o el precio de venta en su mercado de

¹² *Ibidem*, p. 96.

¹³ *Ibidem*, pp. 96 y 97

¹⁴ *Ibidem*, p. 97.

¹⁵ *Idem*.

origen. Otro remedio comercial que ataca una práctica desleal de comercio son las medidas compensatorias en contra de productos subsidiados o subvencionados,¹⁶ los cuales pueden crear distorsiones en el comercio internacional y afectar a las industrias de otros miembros de la OMC. Las medidas de salvaguarda son un remedio comercial, pero no atienden a una práctica desleal o injusta porque buscan proteger a la industria nacional de un aumento repentino de las importaciones en virtud de un cambio imprevisto de las circunstancias (por ejemplo, una innovación tecnológica) y otorgarle tiempo para que la industria se adapte.¹⁷

Aclarado este punto, el Tribunal destacó que “el remedio judicial efectivo” es una herramienta vital para “...asegurar el respeto a la ley en la conducta de las investigaciones de remedios comerciales, pues ayuda a asegurar que las reglas del juego son observadas...”.¹⁸ Asimismo, el Tribunal tomó nota de que existe un mecanismo de solución de diferencias multilateral, Estado-Estado en la OMC; un mecanismo regional, particular-Estado en el capítulo 19 del TLCAN, y las cortes locales a nivel doméstico. El Tribunal mencionó que la LCE es un espejo de los acuerdos de la OMC y es complementaria.¹⁹ El Tribunal agregó que el “proceso de solución de diferencias de la OMC, es subsidiario respecto de lo resuelto por las Cortes internacionales”,²⁰ aseveración que, por cierto, no tiene sustento porque la Corte Internacional de Justicia no tiene jurisdicción en las controversias derivadas de los acuerdos de la OMC.

Finalmente, el Tribunal procedió a estudiar el artículo 13 del AAD,²¹ que es del tenor siguiente para su pronta consulta:

Parte I: Artículo 13

Revisión judicial

Cada Miembro en cuya legislación nacional existan disposiciones sobre medidas antidumping mantendrá tribunales o procedimientos judiciales,

¹⁶ Medidas compensatorias (previstas en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC y GATT), mientras que en México se les denomina “cuotas compensatorias”.

¹⁷ Medidas de salvaguarda (previstas en el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC y GATT), en México adoptan el mismo nombre y consisten de aranceles específico o *ad valorem*, permisos previos o cupos, o alguna combinación de lo anteriores (artículo 45 LCE).

¹⁸ Amparo en revisión 232/2017, *cit.*, p. 98.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

arbitrales o administrativos destinados, entre otros fines, a la pronta revisión de las medidas administrativas vinculadas a las determinaciones definitivas y a los exámenes de las determinaciones en el sentido del artículo 11. Dichos tribunales o procedimientos serán independientes de las autoridades encargadas de la determinación o examen de que se trate.

El Tribunal interpretó dicho precepto de manera muy económica, sin entrar a examinar, por ejemplo, las definiciones de determinadas expresiones o palabras. Básicamente, el Tribunal reproduce las mismas palabras del artículo 13 en su primer párrafo de análisis. El Tribunal, en el párrafo subsecuente, sostuvo que la obligación está acotada en tener la revisión judicial para “los actos administrativos relacionados con las determinaciones finales y la revisión de dichas determinaciones” (por ejemplo, los exámenes de vigencia y revisiones) y que el artículo 13 del AAD no exige un control judicial para otras determinaciones, como la decisión de no iniciar una investigación *antidumping* y la que impone medidas provisionales, pero los miembros de la OMC sí pueden incluirlos en su legislación doméstica.²² El Tribunal sostuvo —correctamente— que un miembro de la OMC tiene la libertad de incluir otras determinaciones susceptibles de una revisión judicial; sin embargo, la conclusión es dogmática porque no se encuentra justificada con argumentos basados en el texto del Tratado; por ejemplo, pudo haber expresado que el texto no prohíbe incluir “otras determinaciones” al control judicial. La conclusión del Tribunal es apoyada, de manera implícita, por un artículo académico escrito por Müslüm Yılmaz, citado en un par de ocasiones.²³ El Tribunal hizo hincapié que es una exigencia *sine que non* que la revisión de las medidas debe llevarse a cabo por tribunales o procedimientos independientes.²⁴

Después de todo lo anterior, el Tribunal sostuvo lo siguiente:

- Que el acuerdo *antidumping* no resuelve el tema de la legitimación en la revisión.
- Que el acuerdo *antidumping* otorga cierto margen de apreciación o libertad *configurativa* a los miembros de la OMC para establecer los mecanismos de la revisión judicial, el cual debe de cumplirse

²² *Ibidem*, p. 100.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*.

con ciertas garantías mínimas, como que sean autoridades independientes.

- Que “el vacío del acuerdo internacional no debe ser interpretado en el sentido de que las resoluciones que revocan cuotas compensatorias provisionales no son justiciables”.²⁵

El Tribunal en los subsecuentes párrafos expuso sobre la revisión en México,²⁶ con relación a la legitimación y el argumento de improcedencia de la SE. En esencia, el Tribunal sostuvo que no es aplicable el requisito de legitimidad para iniciar una investigación *antidumping*, previsto en la LCE y el AAD, para acudir a la revisión judicial porque la LCE ni la Ley de Amparo exigen dicho requisito;²⁷ es decir, no es necesario que la demanda de amparo esté apoyada por un productor o productores que representen al menos el 25% de la producción nacional del producto en cuestión. El Tribunal precisó, que el reconocer que los productores nacionales tienen el derecho a la revisión judicial no implica que tengan un derecho subjetivo a la imposición de cuotas compensatorias.²⁸

Ahora bien, el Tribunal hace otro señalamiento interesante en cuanto a las partes no comparecientes en una investigación. El Tribunal es tajante en su postura de que no existe una limitación, tanto en la LCE ni la Ley de Amparo, que niegue la legitimación a una parte que no intervino en el procedimiento a una revisión judicial.²⁹ En esta parte de la ejecutoria, el Tribunal sostuvo que los productores nacionales son afectados “en similar manera con la revocación de las cuotas que las exportadoras e importadoras cuando las mismas son impuestas; cuando incluso, podría suceder, sea mayor la trascendencia que pueda tener, más que la imposición de cuotas su revocación o negativa a imponerlas”.³⁰ El Tribunal después sostiene que los productores nacionales se encuentran en una “posición especial” cuando se enfren-

²⁵ *Ibidem*, p. 101.

²⁶ “En el caso mexicano la revisión se da a través del recurso de revocación; ante el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y, también, a través de la jurisdicción extraordinaria del juicio de amparo tanto en las vías directa e indirecta, de acuerdo con lo previsto por los artículos 103 y 107 constitucionales”. *Idem*.

²⁷ Véase artículo 50 de la LCE y artículo 5.2 del AAD.

²⁸ Amparo en revisión 232/2017, *cit.*, pp. 102 y 103.

²⁹ *Ibidem*, p. 101.

³⁰ *Ibidem*, p. 103.

tan a una determinación que no impone cuotas compensatorias y tienen el derecho de exigir el respeto al principio de legalidad, por lo que reconoce “el interés legítimo a sujetos distintos de quienes intervinieron en el procedimiento quienes en todo caso tendrán más bien un interés jurídico...”³¹

Bajo estas consideraciones, el Tribunal emitió la siguiente tesis aislada:

INTERÉS LEGÍTIMO EN EL JUICIO DE AMPARO. PUEDEN TENERLO PARA IMPUGNAR LA RESOLUCIÓN PROVISIONAL Y LA DEFINITIVA QUIENES EN RAZÓN DE SU ESPECIAL SITUACIÓN FRENTE AL ACTO RESIENTEN UNA AFECTACIÓN, AUN CUANDO NO HAYAN PARTICIPADO EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN EN MATERIA DE PRÁCTICAS DESLEALES DE COMERCIO INTERNACIONAL. El artículo 13 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (acuerdo antidumping), prevé un derecho a la revisión judicial en sede nacional y, en cuanto al tema del standing o la legitimación para instar ante las cortes nacionales, se destaca que el artículo 13 del acuerdo antidumping, al no abordar específicamente esta cuestión, establece de manera tácita un margen de apreciación nacional. En este tenor, el vacío del acuerdo internacional no debe ser interpretado en el sentido de que las resoluciones que revocan cuotas compensatorias provisionales no son justiciables, pues en el caso mexicano la revisión de tales resoluciones se da a través del recurso de revocación, el juicio contencioso administrativo ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y, también, a través de la jurisdicción extraordinaria del juicio de amparo en las vías directa e indirecta, de acuerdo con lo previsto por los artículos 103 y 107 constitucionales. En este tenor, el hecho de que la intervención en el procedimiento de investigación en materia de prácticas desleales de comercio internacional sea limitada y se restrinja a los productores que exceden el 25% o que sea de oficio, no significa que, para efectos de la configuración de la revisión judicial a nivel local, deba seguirse la misma regla. De hecho, en la Ley de Comercio Exterior ni en la Ley de Amparo existe una limitación en ese sentido, que niegue legitimación a la parte que no intervino en el procedimiento y, por el contrario, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Amparo, no sólo se pueden impugnar las cuotas compensatorias como resultado final de un procedimiento de este tipo por cualquier persona que sufra un perjuicio con motivo de su imposición —incluso si el mismo inició de oficio—, sino que las mismas son susceptibles de ser suspendidas, a diferencia de otros supuestos del artículo 131 constitucional, en términos de lo regulado por la fracción X del artículo 129 de la Ley de Amparo, en relación con su artículo

³¹ *Idem.*

135. Ahora bien, si quien no intervino en el procedimiento originario puede promover amparo en contra de la determinación de las cuotas compensatorias e, incluso, obtener la suspensión de las mismas garantizando el interés fiscal, no se encuentra la razón para excluir del derecho de acceso a la justicia a los productores que no reúnen el 25%, pues es claro que cuando una cuota compensatoria se revoca, sufren una afectación económica con dicha situación; interpretar en sentido contrario —que sólo se puede someter a revisión judicial una decisión que culmine con el establecimiento de cuotas—, sería constituir una inmunidad constitucional y legal al poder público respecto de este tipo de resoluciones cuando, en términos del artículo 13 del tratado internacional en referencia antes citado, corresponde al derecho interno dar opciones para reclamar las resoluciones, porque además en caso de que fueren revocadas la cuotas —como aquí sucede—, los productores nacionales no tendrían acceso al sistema internacional de resolución de conflictos, pues al ser el país nacional el que revoca las cuotas compensatorias, es claro que el país de origen de los importadores no tendrá interés en asegurar la legalidad de la resolución en contra del interés de sus propios productores o empresarios, esto es, no cabría ventilarse un conflicto doméstico de este tipo en tales instancias internacionales. Asimismo, desconocer la existencia de un derecho objetivo de acceso a la justicia cuya fuente no es el derecho nacional, sino el derecho convencional en materia de comercio internacional, también sería violatorio del principio de igualdad en perjuicio de los productores nacionales, pues siendo afectados en similar manera con la revocación de las cuotas que las exportadoras e importadoras cuando las mismas son impuestas, no habría manera de justificar que sólo en este último caso si se tenga el derecho a la revisión judicial, cuando incluso la afectación podría ser mayor, razón por la cual, debe reconocerse interés legítimo a sujetos distintos de quienes intervinieron en el procedimiento, como los productores nacionales, en razón de su especial posición frente a tal decisión cuando son afectados por la misma, ya que en virtud del agravio que soportan tienen derecho a exigir que ese acto sea respetuoso de los derechos humanos, como son el principio de legalidad, interdicción de la arbitrariedad y el derecho de acceso a la justicia, así como el principio de libre concurrencia. Sin embargo, debe quedar claro que el reconocimiento al derecho a la revisión judicial interna de ningún modo constituye ni significa reconocer un derecho subjetivo de los agentes de mercado nacionales a la imposición de cuotas compensatorias (I.18o.A.108 A [10a.]).

Trasladando lo anterior al caso, el Tribunal procedió a analizar si la quejosa, una persona moral que se ostenta como productor nacional crea-

da de manera posterior a la emisión de la resolución final, tenía un interés legítimo. Dentro del análisis del interés legítimo, se destaca lo siguiente:

- El Tribunal expuso que tiene reconocido su derecho de acceso a la justicia, entre otros derechos, y que los procedimientos *antidumping* tutelan derechos individuales y colectivos (de la industria nacional), lo cual implica la existencia de un interés general y de orden público.³²
- El Tribunal también sostuvo que la determinación de no imponer cuotas afecta la esfera jurídica de la quejosa —en un sentido amplio— porque “afecta sus condiciones de competitividad”, ya que tiene como objeto o fin producir y comercializar manzanas, situación que se constata por el acta constitutiva y la minuta de trabajo (firmado por una autoridad agraria que dio vista a los productores de manzana).³³
- De concederse un amparo, la quejosa tendría un beneficio.

Así pues, el Tribunal concluye que la quejosa tiene un interés legítimo, pero que, solamente puede alegar violaciones “generales” al procedimiento, como “cuestiones relativas a la valoración de la prueba, legalidad de los considerandos”,³⁴ mientras que las partes que comparecieron tienen un interés jurídico y pueden hacer valer argumentos más específicos.

A pesar de reconocer el interés legítimo de la quejosa, el Tribunal terminó por declarar que, el amparo era improcedente porque los efectos de la eventual reparación del amparo eran incompatibles con la pretensión de la quejosa. La quejosa solicitó que se reinstaurarán las cuotas compensatorias provisionales, mismas que, no pueden tener una vigencia mayor a seis meses (artículo 7.4 AAD) y que habían expirado durante el curso de la investigación, por lo que se actualizó la causal de improcedencia prevista en los artículos 61, fracción XXII, con relación al 73, primer párrafo; y 77 de la Ley de Amparo.³⁵

³² *Ibidem*, p. 114.

³³ *Ibidem*, p. 115.

³⁴ *Ibidem*, p. 118.

³⁵ “Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente... XXIII. En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o de esta Ley... Artículo 73. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las perso-

2. Crítica de la ejecutoria y la tesis aislada

El Tribunal comete un grave error al abordar el tema de la legitimación en los procedimientos *antidumping*, pues sostiene que el AAD omite señalar quién tiene legitimación para comparecer en una investigación. La premisa del Tribunal se sustenta en una interpretación *estricta*, que está basada exclusivamente en el texto del artículo 13 del AAD.

La lectura del precepto internacional, que realiza el Tribunal no es compatible con la Regla General de Interpretación de Tratados prevista en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena), el cual exige tomar en cuenta el texto, el contexto y el fin del tratado. Si bien a primera vista el artículo 13 del AAD no dispone quién tiene legitimación para solicitar la revisión judicial, existen otros preceptos que iluminan quienes deberían tener acceso a la revisión judicial. Precisamente, el artículo 60. del AAD lista, de manera no exhaustiva, quienes son partes interesadas de una investigación *antidumping*. El artículo 60., párrafos 1 y 11, del AAD establecen que las partes interesadas, como lo son los productores nacionales, se les “dará... amplia oportunidad para presentar... todas las pruebas...”, lo que es un claro reconocimiento de un derecho subjetivo a los productores nacionales a participar en los procedimientos *antidumping*. En consecuencia, sostener, tanto en la ejecutoria como la tesis, que un productor que no fue solicitante o no represente al menos el 25% de la producción, no puede intervenir en un procedimiento, de conformidad con el artículo 51 de la LCE,³⁶ es un absurdo y refleja un entendimiento incorrecto, tanto de las normas nacionales como interna-

nas morales, privadas u oficiales que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda... Artículo 77. Los efectos de la concesión del amparo serán... II. Cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija. En el último considerando de la sentencia que conceda el amparo, el juzgador deberá determinar con precisión los efectos del mismo, especificando las medidas que las autoridades o particulares deban adoptar para asegurar su estricto cumplimiento y la restitución del quejoso en el goce del derecho”.

³⁶ “...la intervención en dichos procedimientos es sumamente limitada, básicamente está circunscrita a la solicitud y los actos intraprocesales, pues los productores nacionales —distintos al solicitante— no pueden intervenir jurídicamente en dicho procedimiento, por carecer de un derecho público subjetivo en tal sentido en virtud de su tamaño...”. *Ibidem*, p. 111.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

cionales; recordemos, que un tratado ratificado por México se integra al sistema jurídico mexicano.

En suma, negarles a las *partes interesadas*, como lo son los productores nacionales, el acceso a una revisión judicial independiente, en contra de las determinaciones definitivas en materia *antidumping*, haría nugatorio el artículo 13 del AAD. En consecuencia, desde el punto de vista del autor, se debe entender que los importadores, exportadores, productores nacionales, entre otros, tienen la legitimación o *standing* para acudir a una revisión judicial.

El Tribunal abunda, de manera innecesaria, ciertos temas como en los mecanismos de solución de controversias a nivel internacional. El Tribunal, por ejemplo, mencionó que, los productores nacionales no tendrían acceso al sistema internacional de resolución de conflictos cuando su propio gobierno determinó no imponer cuotas compensatorias.³⁷ Si bien es cierto lo que dice, estas observaciones no abonan porque el artículo 13 del AAD no prohíbe a los miembros de la OMC incluir otros tipos de resoluciones susceptibles a la revisión judicial interna y tampoco excluye a los productores nacionales de dicha revisión judicial.

En su determinación del interés legítimo en la ejecutoria, el Tribunal pasa desapercibido un tema. La quejosa es considerada como productor nacional, alega que le causa un perjuicio la resolución final cuando dicha persona moral no tenía vida jurídica el momento de la solicitud y durante la investigación, ni produjo manzanas durante el periodo analizado por la SE. En consecuencia, la quejosa nunca sufrió de un posible daño o perjuicio por las importaciones en condiciones de *dumping* y tampoco se benefició de las cuotas compensatorias provisionales. Entonces, ¿realmente se puede considerar que dicha persona moral tenía un interés legítimo?

IV. CONCLUSIÓN

Este caso es extremadamente particular, ya que generalmente la SE determina cuotas compensatorias en sus resoluciones finales. El hecho que productores nacionales impugnen las resoluciones finales resulta inusual o esporádico. Hubiera resultado aún más interesante la ejecutoria, si la SE hubiera formulado un argumento de improcedencia que estuviera más sus-

³⁷ *Ibidem*, p. 102.

tentada en una lectura correcta de las disposiciones legales; por ejemplo, que la SE planteara que la quejosa no tiene un interés legítimo porque no era un productor de manzanas al momento en que se presentó la solicitud de investigación y que nunca pudo sufrir un posible o alegado daño por las supuestas importaciones objeto de investigación, por lo que, la resolución final que determinó no imponer cuotas compensatorias, nunca le pudo deparar un perjuicio si nunca ha resentido el efecto de unas importaciones en supuestas condiciones de *dumping*. También, la presente ejecutoria deja entrever la posibilidad de que cualquier importador, exportador, productor nacional puede impugnar una resolución, aun y cuando no comparezca a la investigación.

Ahora bien, la presente ejecutoria refleja tres problemas con la justicia mexicana con relación a la justicia en lo general y el comercio exterior en lo particular. *La primera*. Las sentencias de nuestros tribunales colegiados deberían ser más económicas o eficientes. Por ejemplo, si resulta tan evidente que la pretensión del quejoso es incompatible con las leyes o tratados, ¿por qué no desarrollar una doctrina o técnica mediante el cual un tribunal o juez comience por analizar una causal de improcedencia partiendo de la suposición de que el quejoso tiene un interés legítimo? De esta manera, la justicia puede ser más pronta, expedita y sencilla, en lugar de esperar un poco más de un año para el dictado de una ejecutoria de un amparo en revisión.³⁸

La segunda. Esta sentencia es evidencia de que existe desconocimiento por parte de los tribunales, tanto las generalidades del régimen jurídico aplicable a los remedios comerciales, como de la manera en que operan las cuotas compensatorias. Esto no debería caer como sorpresa porque los remedios comerciales es un tema sumamente especializado. Existe poca literatura jurídica en español al respecto,³⁹ y una gran parte de las facultades de derecho (salvo excepciones) omiten estudiar el comercio internacional;

³⁸ El 18 de mayo de 2017 el juez de distrito acordó la recepción del recurso de revisión de la quejosa, y el 15 de junio de 2018 se notificó la sentencia del Tribunal Colegiado, tal y como se desprende de la Dirección General de Estadística Judicial, disponible en: <https://www.dgepj.cjf.gob.mx/paginas/serviciosTramites.htm?pageName=servicios%2Fexpedientes.htm>, consultado el 8 de abril de 2019.

³⁹ Por ejemplo: Vázquez Tercero, Héctor y Vázquez Benítez, Adrián, *Sistema anti-dumping mexicano. Normatividad y práctica*, México, Centro de Investigación Aduanera y de Comercio Internacional, 2002; Ramírez Hernández, Ricardo, *Ley de Comercio Exterior Anotada por Ricardo Ramírez Hernández*, México, Cambio XXI, 2012.

ahora bien, se aplaude que el tribunal utilizó como referencia al menos un artículo académico. Los tribunales colegiados, por ejemplo, presentan argumentos insuficientes e imprecisos del porqué una resolución final se puede considerar como una ley autoapliactiva, lo cual es un reflejo del desconocimiento sobre cómo opera el comercio internacional y los remedios comerciales; o bien, la distinción entre lo que se debe entender como una ley autoaplicativa y heretoaplicativa es confusa.

La tercera. Aunado con el desconocimiento del régimen jurídico de los remedios comerciales, el tribunal realiza una interpretación incompatible con la Convención de Viena. Esta situación tuvo desastrosas consecuencias. El tribunal no logró desentrañar los vacíos legales de un precepto internacional mediante un análisis holístico del texto, contexto y fin del tratado, sino que llegó a extremos absurdos al decir, por ejemplo, que los productores nacionales no tienen reconocido un derecho subjetivo para participar en una investigación y que, con base en el artículo 51 de la LCE, un productor nacional no es parte interesada porque no es solicitante o no representa más del 25% de la producción nacional.

Así las cosas, la nueva tesis en materia *antidumping* parte de premisas legales equivocadas, por lo que, debe ser reformulada y adaptada para ajustarse a las disposiciones legales internacionales.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

La suspensión de las normas generales en las acciones de inconstitucionalidad

José María SOBERANES DÍEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Algunos aspectos procesales del caso concreto*. IV. *La creación de la suspensión en acción de inconstitucionalidad*. V. *Bibliohemerografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En mayo de 1995, al expedirse la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se prohibió conceder la suspensión en las acciones de inconstitucionalidad. Ante la clara prohibición, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han ocupado de la posibilidad de esta medida cautelar en la garantía abstracta.

Este mutis terminó cuando un grupo de senadores ejerció una acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, en diciembre de 2018, y solicitó la suspensión. El silencio se volvió ruido cuando el ministro instructor accedió a su petición y la segunda sala lo confirmó.

El objeto de este trabajo es analizar las resoluciones jurisdiccionales en la que se desarrolló la procedencia de la acción: el auto del ministro instructor, y las tres sentencias de los recursos de reclamación interpuestos que lo confirmaron. Para ello se expondrán los antecedentes del asunto.

* Profesor e investigador de la Universidad Panamericana, México. Investigador en el Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt, nivel II. ORCID: 0000-0001-7400-8302; correo: jmsobranes@up.edu.mx.

to (apartado II); se tratarán algunos aspectos procesales propios de este caso (apartado III); y finalmente, se abordará la creación de la suspensión en las acciones de inconstitucionalidad (apartado IV).

II. ANTECEDENTES

El 5 de noviembre de 2018 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se expide la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos, reglamentaria de los artículos 75 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se adiciona el Código Penal Federal.

Hay que hacer una precisión que posteriormente resultará importante: ese decreto fue publicado sin haber sido promulgado por el presidente de la República. Ello obedeció a que el 17 de agosto de 2011 se publicó una reforma constitucional que permite al presidente de la cámara de origen ordenar su publicación si el titular del Ejecutivo no promulga la ley en los diez días posteriores a que haya prelucido el plazo para realizar observaciones. Eso ocurrió, el decreto en comento fue publicado por mandato del presidente del Senado.

Un grupo de senadores ejerció acción de inconstitucionalidad en contra del decreto por el que se expide la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos mediante una demanda presentada el 5 de diciembre de 2018. Esa demanda contaba con una peculiaridad: los promoventes pidieron al ministro instructor que suspendiera los efectos y consecuencias de la norma impugnada,¹ pese a que en este medio de control constitucional está expresamente prohibida esa medida cautelar.

La demanda fue acumulada con una acción de inconstitucionalidad previamente ejercida por la Comisión Nacional de los Derechos Humana-

¹ En concreto, solicitaron la medida cautelar a efecto de que: “(i) las partidas del Presupuesto de Egresos de la Federación para el año 2019 relativas a remuneraciones de servidores públicos que se emitan con fundamento en la referida disposición y vulneren los principios constitucionales no surtan efectos; y que, como consecuencia de ello; (ii) se aplique la regla prevista en el artículo 75 constitucional, es decir, que para dichas partidas presupuestales, se entiendan por señaladas las cantidades que se hubieren tenido fijadas en el Presupuesto para el año 2018 o el previsto en la ley que previó el empleo respectivo. (iii) Igualmente se solicita la suspensión de los tipos penales adicionados al Código Penal de la Federación (sic), derivado de los evidentes vicios de constitucionalidad de que son objeto”.

nos² y turnada al ministro Alberto Pérez Dayán, quien la admitió, pidió informes al Legislativo y al Ejecutivo federales, y, sorprendentemente, ordenó abrir el incidente relativo a la suspensión el 7 de diciembre de 2018. Ese mismo día concedió la suspensión en el cuaderno incidental, argumentando que era posible hacer eso si se hacía una interpretación de la prohibición legal a la luz del artículo 1o. constitucional, reformado en 2011.

Tanto el presidente de la República como las dos cámaras del Congreso de la Unión interpusieron recursos de reclamación en contra del auto del ministro instructor por medio del cual concede la suspensión.³ Aunque se esperaba que en un tema novedoso y trascendental hubiera sido el Pleno quien conociera de estos asuntos, fue la Segunda Sala de la Corte quien los resolvió en su sesión del 13 de febrero de 2019, confirmando el acuerdo recurrido por mayoría de tres votos,⁴ aduciendo, esencialmente, el mismo argumento que el ministro instructor: una interpretación de la prohibición a la luz del artículo 1o. constitucional permite concederla en ciertos casos. La argumentación a detalle se analizará posteriormente.

III. ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES DEL CASO CONCRETO

Antes de analizar el principal tema de estos asuntos, la suspensión en acciones de inconstitucionalidad, hay que abordar otros aspectos procesales que se desprenden de la creación pretoriana de esta figura.

El primer tópico es la intervención del presidente de la República. De acuerdo a la ley reglamentaria, el ministro instructor debe dar vista al órga-

² La demanda de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos fue registrada con el número 105/2018; mientras que, la demanda de los senadores con el número 108/2018.

³ El recurso del Senado fue presentado el 10 de diciembre y registrado con el número 91/2018-CA; el del Ejecutivo el 11 de diciembre y registrado con el número 92/2018-CA; y el de la Cámara de Diputados el 13 de diciembre, siendo registrado con el número 95/2018.

⁴ En la sesión estuvo ausente la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, quien estaba gozando un periodo vacacional, previo a su retiro. Esta ausencia provocó un primer empate en la votación. A favor de confirmar el acuerdo, votaron los ministros Alberto Pérez Dayán y Eduardo Medina Mora Icaza. Por la revocación del acuerdo votaron los ministros José Fernando Franco González Salas y Javier Laynez Potisek. Ante el empate, en términos del artículo 17, tercer párrafo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación se le pidió al presidente de la Suprema Corte que designara un ministro de la Primera Sala para desempatar. Fue designado el ministro Luis María Aguilar Morales, quien rompió el empate votando a favor de confirmar el acuerdo recurrido.

no Ejecutivo que hubiera promulgado la norma reclamada para que rinda un informe.⁵ No le da el carácter de demandada, pero si entendemos que la acción es un verdadero proceso constitucional,⁶ se le está reconociendo la condición de parte.

Ahora, como se dijo en el apartado anterior, el decreto impugnado no fue promulgado por el presidente. Fue la primera vez que eso ocurrió. Quizá por la costumbre y los borradores con los que trabajan, el ministro Pérez Dayán le pidió informe al Ejecutivo; es decir, lo reconoció como parte.

Podría justificarse esta decisión del ministro instructor en el entendido de que la norma, aunque no fue promulgada, si fue sancionada por el titular del Ejecutivo. En efecto, el artículo 72 constitucional manda al presidente promulgar una ley inmediatamente si no tiene observaciones, y señala que, se reputa como aprobado todo proyecto de ley no devuelto en treinta días naturales.⁷

Es decir, el presidente puede sancionar positivamente un proyecto de dos formas: con un acto positivo, consistente en la promulgación en un plazo menor a treinta días; o con una afirmativa ficta, que se actualiza dejando fenecer el plazo referido. Así, en el caso, se entiende que la norma fue aprobada, sancionada positivamente por el presidente al no observar el proyecto. Esta aprobación es la que justifica que se le llame como parte.

El segundo aspecto para comentar es la procedencia del recurso. Conforme a la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en las acciones de inconstitucionalidad el recurso de reclamación únicamente procede en

⁵ Textualmente indica: “Artículo 64. [el ministro instructor] dará vista a los órganos legislativos que hubieren emitido la norma y el órgano ejecutivo que la hubiere promulgado, para que dentro del plazo de quince días rindan un informe que contenga las razones y fundamentos tendientes a sostener la validez de la norma general impugnada o la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad. Tratándose del Congreso de la Unión, cada una de las Cámaras rendirá por separado el informe previsto en este artículo”.

⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 7 y ss.

⁷ A la letra indica: “Artículo 72... A.- Aprobado un proyecto en la Cámara de su origen, pasará para su discusión a la otra. Si ésta lo aprobare, se remitirá al Ejecutivo, quien, si no tuviere observaciones que hacer, lo publicará inmediatamente.

B.- Se reputará aprobado por el Poder Ejecutivo todo proyecto no devuelto con observaciones a la Cámara de su origen dentro de los treinta días naturales siguientes a su recepción...”.

contra de los autos del ministro instructor, que decreten la improcedencia o el sobreseimiento de la acción.⁸

Esa misma ley, al regular las controversias constitucionales, sí prevé la procedencia del recurso de reclamación en contra de las resoluciones relativas a la suspensión.⁹ No lo permite respecto a las acciones de inconstitucionalidad bajo la lógica de que en estos procesos no existe la suspensión. La ley es coherente consigo misma. La Suprema Corte había entendido en un sentido literal esta norma, negando la procedencia del recurso en contra de decisiones sobre suspensión.¹⁰

Ahora bien, una vez que se concede la suspensión, y pese a la prohibición legal, no se puede dejar a las partes afectadas sin defensa. Sin entrar en el debate, acerca de si los poderes públicos son titulares de derechos fundamentales,¹¹ lo cierto es que invocan el derecho de tutela judicial efectiva, que implica no sufrir indefensión. Para hacer efectivo ese derecho, es necesario otorgarles la posibilidad de recurrir una decisión unipersonal que, puede causarles un perjuicio y que de otra forma no podrían impugnar.¹²

La Segunda Sala llegó a esta conclusión, aunque sin partir de la Constitución, sino de la misma ley reglamentaria. Señaló que esta ley sigue la lógica de que todas las decisiones que el instructor adopte, y que repercutan o modifiquen trascendentalmente la sustanciación del medio de control,

⁸ Textualmente indica: “Artículo 70. El recurso de reclamación previsto en el artículo 51 únicamente procederá en contra de los autos del ministro instructor que decreten la improcedencia o el sobreseimiento de la acción”.

⁹ Dice la ley textualmente: “Artículo 51. El recurso de reclamación procederá en los siguientes casos: ... IV. Contra los autos del ministro instructor en que se otorgue, niegue, modifique o revoque la suspensión”.

¹⁰ Sentencia de la Primera Sala en el recurso de reclamación 34/2007-PL derivado de la acción de inconstitucionalidad 2/2007, resuelta el 14 de marzo de 2007, por unanimidad de cuatro votos.

¹¹ El tema de la titularidad del derecho a la tutela judicial por poderes públicos ha sido abordado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Una sentencia interesante es la 64/1988, que les reconoció la titularidad, y el voto de los magistrados Díez-Picazo, Truyol Serra y Rodríguez-Piñero, que negaba esta posibilidad pues equivaldría a romper el equilibrio entre Estado y particulares. Por ese voto particular, en sentencias posteriores, ese tribunal ha sostenido que, pese a no ser titulares, pueden invocar la tutela judicial, a fin de no sufrir indefensión (sentencias 237/2000, 175/2001 y 176/2002).

¹² Oliva, Andrés de la, “Proceso y derechos fundamentales”, en Oliva Santos, Andrés de la *et al.* (coords.), *Derecho procesal. Introducción*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, p. 421; Soberanes Díez, José María, *Teoría del proceso. Perspectiva constitucional*, México, Tiran lo Blanch, 2018, p. 45.

son revisables por un órgano colegiado (párr. 16); que no admitir el recurso dejaría una decisión trascendental y que excede la simple instrucción de la acción de inconstitucionalidad en manos de una sola persona (párr. 23). Por ello concluyó que “admitir el presente recurso de reclamación se apega al espíritu de la Ley Reglamentaria debido a que se trata de una medida que garantiza que las decisiones del ministro instructor que no sean de mero trámite, sino que tengan incidencia en la sustanciación del procedimiento, sean recurribles”.¹³

La sala sostuvo que no existía contradicción con lo resuelto anteriormente por la Primera Sala en el sentido de que no era procedente el recurso de reclamación en contra de decisiones sobre la suspensión, pues el caso precedente había partido de negar la suspensión, mientras que el caso actual se basaba en una concesión.¹⁴

Si se considera que eventualmente se puede conceder la suspensión en acciones de inconstitucionalidad en los casos en que se pueda producir una trasgresión irreversible a un derecho humano, como concluyó la sala, debería aceptarse la procedencia del recurso de reclamación, tanto en los casos en que se concede como en los casos en que se niegue, siguiendo la misma lógica de la sentencia.

Ciertamente, si la sentencia considera que las decisiones del ministro instructor que tengan incidencia en la sustanciación del procedimiento deben ser recurribles, la eventual resolución que niegue la suspensión respecto a una norma que pueda producir una trasgresión irreversible a un derecho humano, debe ser recurrible para que no sea unipersonal una decisión que pueda implicar la definitiva conculcación a los derechos.

Existe un tercer aspecto procesal que es necesario comentar y vincula a los dos anteriores: la legitimación del Ejecutivo para interponer el recurso de reclamación. Como ya se dijo, la norma reclamada no fue promulgada por el presidente. Pese a ello, el ministro instructor le reconoció el carácter de parte. Aunque puede, es debatible la corrección de esta decisión del instructor, lo cierto es que así sucedió, y la Corte debe de ser coherente con ella en tanto no haya desconocido ese carácter.

Es por ello por lo que, sin entrar en el debate sobre si debe participar en el proceso o no, la Segunda Sala, en tres renglones, le reconoció legitima-

¹³ Sentencia del recurso de reclamación 91/2018-CA, párr. 25. Este párrafo fue exactamente repetido en las sentencias de los otros dos recursos.

¹⁴ Sentencia del recurso de reclamación 91/2018-CA, párr. 24.

ción procesal para interponer el recurso de reclamación, pues el instructor le dio vista en el acuerdo admisorio.¹⁵

IV. LA CREACIÓN DE LA SUSPENSIÓN EN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Una vez estudiados los aspectos procesales propios de las acciones de inconstitucionalidad en comento, se analizarán los argumentos que sostienen la decisión de la Suprema Corte. Para ello, abordaremos el debate teórico y de derecho comparado sobre la cuestión, para posteriormente ocuparnos de las consideraciones de las resoluciones.

1. *El debate sobre la suspensión en las acciones de inconstitucionalidad*

La suspensión es una medida cautelar, por medio de la cual se paraliza el objeto de un proceso mientras el juzgador decide sobre la pretensión y la resistencia de las partes en la sentencia con la finalidad de conservar ese objeto y evitar perjuicios irreparables. A nivel constitucional, ha estado prevista desde el texto original de 1917, en donde se establecieron reglas respecto a su operatividad en los juicios de amparo. Sin embargo, la ley fundamental no se ha ocupado de la posibilidad de concederla en las controversias constitucionales ni en la acción de inconstitucionalidad.

Un principio que se opone a su concesión en las acciones de inconstitucionalidad es la presunción de legitimidad constitucional que poseen todas leyes, derivado de ser expresiones de la voluntad popular.¹⁶ Al ser producto de un proceso de deliberación democrática, se presume que son constitucionales mientras no sea declarada expresamente su incompatibilidad con la ley fundamental. Por tanto, no puede cesar la aplicación de una ley mientras no se dicte sentencia, lo que conlleva a que no puedan ser

¹⁵ Sentencia del recurso de reclamación 92/2018-CA, párr. 23.

¹⁶ Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 148. Sobre la historia de este principio, véase Sánchez Gil, Rubén, “La presunción de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et al.* (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. VIII, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 365-412.

objeto de medidas cautelares, como han dicho Rodolfo Reyes¹⁷ y Domingo García Belaunde.¹⁸

En otras palabras, el argumento democrático restringe el control constitucional pues no puede una sola persona, no electa popularmente, paralice una norma que fue aprobada por seiscientos veintiocho legisladores que sí fueron electos en esa vía y que, por tanto, expresaron la voluntad popular.

Estas ideas han informado los ordenamientos de Austria, Italia y España,¹⁹ que no contemplan la posibilidad de que sus tribunales constitucionales suspendan las normas generales que les son impugnadas. La presunción de constitucionalidad de las leyes está presente en la regulación de las acciones de inconstitucionalidad, que exige una votación calificada para que pueda expulsarse una norma del orden jurídico. Otra manifestación²⁰ la encontramos en la decisión adoptada en 1995 por el Congreso de la Unión, la de prohibir la suspensión en acciones de inconstitucionalidad, como se plasmó en el ahora²¹ tercer párrafo del artículo 64 de la ley reglamentaria en comento: “Artículo 64... La admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada”.

Esta decisión fue cuestionada por Héctor Fix-Fierro, quien consideró que debía permitir su concesión si en la apreciación de la Suprema Corte existían circunstancias que hicieran necesaria esta medida.²² En el mismo sentido, Joaquín Brage estimó necesaria una reforma constitucional para

¹⁷ Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, Madrid, Espasa-Calpe, 1934, p. 192.

¹⁸ García Belaunde, Domingo “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 86, 1994, p. 31.

¹⁹ Brage, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005, p. 334.

²⁰ Don Juventino Castro, sin embargo, consideraba que la prohibición de la suspensión en las acciones de inconstitucionalidad se debía a una razón elemental de orden público, pero partiendo del análisis de las disposiciones de amparo. No consideró el principio de presunción de constitucionalidad, que es el mencionado en el derecho comparado, quizá por su formación como amparista. *Cfr.* Castro y Castro, Juventino, *El artículo 105 constitucional*, México, Porrúa, 2004, p. 206.

²¹ Originalmente era el segundo párrafo, pero tras la adición de uno nuevo, el 22 de noviembre de 1996 pasó a ser tercero.

²² Fix-Fierro, Héctor, “Defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, *Cuadernos Constitucionales México-Centro América*, La reforma constitucional en México y Argentina, México, núm. 19, 1996, p. 55.

admitir la suspensión, y con ello, evitar graves daños irreparables, tomando en cuenta que la acción no puede tener efectos *ex tunc*.²³

De hacerse la reforma propuesta, México estaría en la línea de Alemania, en donde la Ley del Tribunal Constitucional Federal (BverfGG) permite la suspensión para prevenir perjuicios graves, aunque limita la medida a seis meses;²⁴ y de Guatemala, donde se permite la suspensión si la inconstitucionalidad es notoria y susceptible de causar perjuicios irreparables.²⁵

Coincidimos con esta postura, pues permite al juzgador tomar una decisión atendiendo a todas las circunstancias, y admite que se pondere el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes con otros principios y valores constitucionales que pueden tener mayor peso en un caso concreto.

Pensamos, sobre todo, en asuntos que implican la defensa de un derecho humano en los que sería complicado que cada uno de los destinatarios obtuviera la suspensión a través del juicio de amparo, considerando que la protección efectiva de los derechos es un principio de la máxima importancia en un Estado constitucional de derecho, y la eficacia de las garantías iusfundamentales es un mandato constitucional y convencional. Aunque también pueden tener cabida otros supuestos en donde la inconstitucionalidad fuese notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables.

En este debate doctrinal y legislativo es que se inscribe la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se comenta, en que por la vía jurisprudencial se admitió la procedencia de la suspensión en las acciones de inconstitucionalidad, pese a la disposición legal en sentido contrario.

²³ Brage, Joaquín, *op. cit.*, p. 336.

²⁴ Textualmente dispone: “§32(1) El Tribunal Constitucional Federal, en caso de controversia, puede regular una situación mediante una orden de urgencia de carácter provisional... (6) La orden provisional perderá su vigencia dentro de los seis meses siguientes. Ésta podrá repetirse con una mayoría de dos tercios de los votos”.

²⁵ La Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad de Guatemala, dispone: “Artículo 138. Suspensión provisional. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136, la Corte de Constitucionalidad deberá decretar, de oficio y sin formar artículo, dentro de los ocho días siguientes a la interposición, la suspensión provisional de la ley, reglamento o disposición de carácter general si, a su juicio, la inconstitucionalidad fuere notoria y susceptible de causar gravámenes irreparables.

La suspensión tendrá efecto general y se publicará en el Diario Oficial al día siguiente de haberse decretado”.

2. La decisión de la Suprema Corte

Fundamentalmente la Suprema Corte sostuvo la procedencia de la suspensión en acciones de inconstitucionalidad en dos argumentos.

En el primero apunta que el artículo 64 de la ley reglamentaria es anterior a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011,²⁶ por lo que debe interpretarse a la luz del nuevo marco constitucional que mandata proteger y garantizar los derechos.²⁷ Tras ello, la interpretación que debe dársele a la norma legal es que en aquellos casos en que la controversia se hubiera planteado respecto de normas generales que impliquen o puedan implicar la transgresión irreversible de algún derecho humano, sí es factible conceder la suspensión.²⁸

Esta conclusión de la sala nos lleva a preguntarnos si realmente es una interpretación o si, más bien, se trata de una inaplicación de la norma tras realizar un control de constitucionalidad. La Corte afirma que es una interpretación. No podía ser de otra manera, pues se ha autoimpuesto la legalidad como materia de la reclamación.²⁹

De ser una interpretación meramente de legalidad, sería una correctora extensiva, pues incluye supuestos que no encuadrarían en lo normado;³⁰ o más una interpretación conforme, pues parte de una norma constitucional, aunque no deje constancia argumentativa de que alguna de las interpretaciones posibles de la norma impugnada puede ser entendida en sentido inconstitucional.³¹

Sin embargo, parece que no es una interpretación. Eso hubiera sido sostener que el artículo 64 al señalar que la ley, al señalar que la admisión

²⁶ Sentencia del recurso de reclamación 91/2018-CA; párrs. 32, y 28 de las sentencias de los recursos de reclamación 92/2018-CA y 95/2018-CA, respectivamente.

²⁷ Sentencias de los recursos de reclamación 92/2018-CA y 95/2018-CA, párrs. 34 y 30, respectivamente.

²⁸ *Ibidem*, párrs. 35 y 31, respectivamente.

²⁹ Tesis jurisprudencial P. /J. 10/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, “RECLAMACIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. SU MATERIA CONSISTE EN ANALIZAR LA LEGALIDAD DEL ACUERDO RECLAMADO”, p. 1524.

³⁰ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, UNAM-Porrúa, 2016, p. 34.

³¹ Enríquez Soto, Pedro Antonio, “La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 32, enero-junio de 2015, p. 135.

“no dará lugar a la suspensión”, se refiere a que el auto admisorio no tiene efectos suspensivos, sino que se requiere de una diversa resolución del ministro instructor; y para que fuera una interpretación conforme, añadir que ese entendimiento es acorde con la obligación constitucional de garantizar los derechos.

Pero más bien, tanto el ministro instructor como la Segunda Sala realizaron un control constitucional disfrazado, pues el resultado de la interpretación fue en el sentido contrario del indicado por el artículo 64 de la ley reglamentaria. Si la norma legal dice “no se puede X”, en la sentencia se concluye que “se permite A”. Es decir, en los hechos la sentencia se traduce en dejar de aplicar la norma que se pretendía interpretar.

Inaplicar una ley procesal por inconstitucional no es incorrecto ni novedoso en México.³² Lo que se extraña, es una argumentación más sólida que permita concluir que la norma adjetiva es contraria a la Constitución, pues en el caso se limita a señalar que la interpretación del artículo 64 de la ley reglamentaria a la luz de la reforma de derechos humanos de 2011 permite aceptar la procedencia de la suspensión.

Argumentar, por ejemplo, que la obligación de garantizar los derechos prevista en el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional, y que el derecho a un recurso efectivo contra actos que violen derechos humanos, previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conllevan la existencia de mecanismos que aseguren la materia del juicio y, eventualmente, garanticen la reparación del derecho violado, como quieren los preceptos antes invocados.

Un razonamiento en este sentido hubiera sido muy útil para casos futuros y no solo de acciones de inconstitucionalidad, sino en otros medios de control constitucional. A la luz de éste hubiera sido claro que el artículo 64 de la ley reglamentaria lo incumple y, por tanto, había que inaplicarlo.

Tras señalar su interpretación, la Corte señala que debe acudir a las disposiciones relativas a la suspensión en controversias constitucionales, al no estar prevista esta figura respecto a las acciones de inconstitucionalidad.³³ La aplicación de las normas de la controversia en las acciones es

³² No es novedoso, pues desde el siglo XIX se han inaplicado normas procesales, dando lugar a nuevas figuras, como el nacimiento del amparo judicial, como ocurrió en el famoso *caso Vega*. Al respecto, véase Soberanes y José Luis, Martínez Martínez, Faustino, *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002, capítulo octavo.

³³ Sentencia del recurso de reclamación 91/2018-CA; párrs. 37, y 32 de las sentencias de los recursos de reclamación 92/2018-CA y 95/2018-CA, respectivamente.

posible a falta de disposición expresa, conforme al artículo 59 de la ley reglamentaria.³⁴

Al regular la suspensión en controversias, la ley³⁵ establece una serie de consecuencias que, de advertir que pueden actualizarse, conllevan la negación de la medida cautelar.³⁶ Fue por ello por lo que la sala afirmó que la suspensión no ponía en peligro la seguridad o economía nacionales, las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano, ni se afecta gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudieran obtener los promoventes de la acción.³⁷

Lo que no consideró la Segunda Sala es que el artículo previo de la ley reglamentaria prohíbe conceder la suspensión en contra de normas de carácter general.³⁸ Es decir, quedaba un segundo obstáculo que superar, hecho que fue omitido. El ministro Pérez Dayán sí reparó este problema en su acuerdo, y lo sorteó citando un precedente que autorizaba excepcionalmente conceder la suspensión contra normas generales que pudieran implicar la trasgresión a un derecho humano.³⁹

Desborda los propósitos de este trabajo analizar la suspensión en controversias constitucionales contra normas generales. Por ello basta con in-

³⁴ A la letra indica: “Artículo 59. En las acciones de inconstitucionalidad se aplicarán en todo aquello que no se encuentre previsto en este Título, en lo conducente, las disposiciones contenidas en el Título II”. El título II es el relativo a las controversias.

³⁵ El artículo 15 textualmente dispone: “Artículo 15. La suspensión no podrá concederse en los casos en que se pongan en peligro la seguridad o economía nacionales, las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano o pueda afectarse gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante”.

³⁶ Sobre estas consecuencias, véase Cossío Díaz, José Ramón, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008, pp. 354-369

³⁷ Sentencia del recurso de reclamación 91/2018-CA; párrs. 42, y 38 de las sentencias de los recursos de reclamación 92/2018-CA y 95/2018-CA, respectivamente.

³⁸ Dice el segundo párrafo del artículo 14 de la ley reglamentaria que “La suspensión no podrá otorgarse en aquellos casos en que la controversia se hubiere planteado respecto de normas generales”.

³⁹ Sentencia del recurso de reclamación 32/2016-CA, publicado en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, con el núm. 200231. Con fines informativos se identificó con el tema “I. SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. Su concesión en forma excepcional en aquellos casos en que la controversia se hubiere planteado respecto de normas generales que impliquen o puedan implicar la trasgresión de algún derecho humano (interpretación del artículo 24, último párrafo, de la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)”.

dicar que la sala fue omisa en eludir el problema de la naturaleza del objeto de control como impedimento para conceder la suspensión, lo que pudo limitarse a una referencia a su propio precedente.

Hay un segundo argumento que esgrime la Segunda Sala para sostener la procedencia de la medida cautelar. Afirma que, el fin de la suspensión es preservar la materia del juicio, así como, prevenir el daño que pueda ocasionarse tanto a las partes como a la sociedad.⁴⁰ Asegura que si se cumple con lo dispuesto por el artículo 64 “el juicio podría quedar sin materia”,⁴¹ por lo que “con el fin de preservar la materia del juicio y evitar que se cause un daño irreparable, procede conceder la suspensión”.⁴²

Este razonamiento es sumamente endeble. La finalidad de una figura no es una razón que justifique su aplicación en los casos en que expresamente está prohibido su uso. El legislador conocía el fin de la suspensión, pero aun así quiso proscribirla.

La razón por la que se descartó esta figura en las acciones de inconstitucionalidad, como ya se dijo, fue salvaguardar el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Las sentencias no se refirieron ni ofrecieron argumentos, que permitieran paralizar los efectos de una norma que tiene esta característica, pese a ser aducido por las partes.⁴³ Hacerlo era tan sencillo, como contrastar este principio con la garantía de los derechos, y darle más peso a ésta última.

Al admitir que puede concederse la suspensión, tanto el ministro instructor como la sala, debieron revisar si se actualizaban las condiciones de apariencia de buen derecho el peligro en la demora, que son dos análisis consustanciales a todas las medidas cautelares constitucionales,⁴⁴ y que en el caso de la controversia han sido desprendidos de la obligación de tomar en cuenta las circunstancias y características peculiares del caso.⁴⁵

⁴⁰ Sentencia del recurso de reclamación 91/2018-CA; párrs. 38, y 34 de las sentencias de los recursos de reclamación 92/2018-CA y 95/2018-CA, respectivamente.

⁴¹ Sentencias de los recursos de reclamación 92/2018-CA y 95/2018-CA, párrs. 39 y 35, respectivamente.

⁴² *Ibidem*, párrs. 41 y 37, respectivamente.

⁴³ Eso argumentaron ambas cámaras del Congreso de la Unión en su segundo agravo. Al no darle respuesta, la sentencia incumple con la exhaustividad.

⁴⁴ Vecina Cifuentes, Javier, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, COLEX, 1993, p. 54

⁴⁵ Esta obligación se encuentra en el artículo 18 de la ley reglamentaria que dispone:

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

El estudio del peligro en la demora implícitamente se realizó al señalar que se corría el riesgo de que se volviera irreparable la presunta violación. Pero no existió un pronunciamiento acerca de la verosimilitud de los argumentos de los promoventes de la acción.

En caso de que vuelva a operar la suspensión, habrá que estar atentos a si se exigirá otorgar alguna garantía para reparar el daño e indemnizar los perjuicios causados, en caso de que la sentencia no fuese estimatoria, como la jurisprudencia lo ha pedido en las controversias constitucionales.⁴⁶

Otro aspecto, que cobra relevancia por la aplicación de las reglas de las controversias constitucionales en las acciones de inconstitucionalidad es el relativo a las responsabilidades por el desacato a la suspensión. Respecto a las controversias, se prevé que las autoridades que desacaten una suspensión por violación, exceso o defecto, serán sancionadas en los términos establecidos en el Código Penal para el delito de abuso de autoridad (artículos 55, fracción I; y 58, fracción I). Habría que valorar si es posible sancionar a las autoridades en esos términos, o si se trata de una aplicación analógica de una responsabilidad, lo que prohíbe el artículo 14 constitucional.

Un último comentario sobre los casos en análisis que no puede soslayarse: la concesión de la suspensión y su posterior confirmación surgen en un caso en el que la imparcialidad de los ministros estaba cuestionada. Los efectos de la aplicación de la ley reclamada impactaban directamente sobre ellos, pues implicaban la disminución de su remuneración. Desde el punto de vista político, no era el mejor asunto para hacer esta innovación garantista.

Con independencia de ello, y sin dudar de su imparcialidad en el caso, la sentencia parece deficiente por su argumentación que pudo haber sido más sólida, además de que pudo cumplir con el principio de exhaustividad, dando respuesta a todos los planteamientos de las partes. Pero es una creación pretoriana dictada en el sentido correcto.

“Artículo 18. Para el otorgamiento de la suspensión deberán tomarse en cuenta las circunstancias y características particulares de la controversia constitucional”.

⁴⁶ “SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. En el auto en que se concede debe precisarse, entre otros requisitos, el otorgamiento de una garantía cuando ésta sea necesaria para que surta efectos.”, Tesis P./J. 14/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIX, marzo de 2004, p. 1354.

V. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

- BRAGE, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2005.
- CASTRO Y CASTRO, Juventino, *El artículo 105 constitucional*, México, Porrúa, 2004.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *La controversia constitucional*, México, Porrúa, 2008.
- OLIVA SANTOS, Andrés de la, “Proceso y derechos fundamentales”, en OLIVA, Andrés de la *et al.* (coords.), *Derecho procesal. Introducción*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1999.
- ENRÍQUEZ SOTO, Pedro Antonio, “La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 32, enero-junio de 2015.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y Sánchez Gil, Rubén, *Efectos y contenidos de las sentencias en acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- FIX-FIERRO, Héctor, “Defensa de la constitucionalidad en la reforma judicial de 1994”, *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, La reforma constitucional en México y Argentina, México, núm. 19, 1996.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo “La interpretación constitucional como problema”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 86, 1994.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Porrúa-UNAM, 2016.
- OTTO, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 2001.
- REYES, Rodolfo, *La defensa constitucional*, Madrid, Espasa-Calpe, 1934.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, “La presunción de constitucionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR *et al.* (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional*, t. VIII, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Corte Suprema de Justicia de Paraguay, División de Investigación, Legislación y Publicaciones, 2008.

SOBERANES DÍEZ, José María, *Teoría del Proceso. Perspectiva constitucional*, México, Tirant lo Blanch, 2018.

SOBERANES, José Luis y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino, *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002.

VECINA CIFUENTES, Javier, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Madrid, COLEX, 1993.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

La Costituzione dello stato di Puebla fra elementi di originalità e influenze federali*

Eleonora CECCHERINI**

SOMMARIO: I. *Alcune considerazioni generali sul testo.* II. *I profili di originalità.* III. *I diritti delle popolazioni indigene fra garanzie e inattuazione.* IV. *Alcune note conclusive.*

I. ALCUNE CONSIDERAZIONI GENERALI SUL TESTO

Il contributo vuole dare conto di alcuni profili emergenti nel diritto costituzionale degli stati membri della Repubblica degli Stati Uniti di Messico, partendo dall'analisi della costituzione di Puebla. Il suo testo è stato approvato dal Congresso statale, l'8 settembre 1917 ed è entrato in vigore il 1o. ottobre dello stesso anno. Era stato il decreto federale numero 13 del 1917 a imporre a tutti gli stati della Federazione l'indizione di nuove elezioni per le assemblee locali, che avevano il compito specifico di approvare la costituzione.

In primo luogo, pare utile inquadrare tale atto nel sistema delle fonti: la costituzione federale definisce all'art. 40 gli stati membri come sovrani, tuttavia, non possono vantare questa caratteristica che sarebbe di pertinenza esclusiva della Federazione. Non sembra neppure che si sia imposta l'idea di una sovranità condivisa fra Federazione ed entità federative, tant'è

* Si ringraziano il professore Pedro Salazar Ugarte, direttore dell'Instituto de Investigaciones Jurídicas dell'Universidad Nacional Autónoma de México e i suoi collaboratori per avermi fornito alcuni testi per la stesura di questo contributo.

** Universidad de Genova, Italia, Contatto: eleonora.ceccherini@unige.it; <https://orcid.org/0000-0002-4291-5730>.

che il Plenum della Suprema Corte di Giustizia ha dichiarato che queste ultime sono parti costitutive dell'Unione messicana ma soggette all'imperio della costituzione federale e, quindi, prive di poteri sovrani; a loro sarebbero infatti riconducibili solo sfere di autonomie costituzionalmente garantite.¹ In questa ottica, si iscrive l'art. 41 della costituzione, che esplicita la clausola di supremazia della carta fondamentale federale.

Tale disposto ha finito per configurarsi *de facto*, prima ancora che *de jure*, come un obbligo per le costituzioni statali di recepire testualmente le revisioni della carta fondamentale federale. Questo "gioco di specchi" spiega le ragioni per cui le disposizioni della costituzione di Puebla riproducono in maniera quasi anastatica le prescrizioni della *Grundnorm* federale.² Un esempio particolarmente calzante è l'art. 20, par. V che afferma che i ministri di culto dispongono dei diritti che la costituzione degli stati uniti messicani, le leggi e i regolamenti federali riconoscono loro. Come è evidente, si tratta di una disposizione che opera un semplice richiamo alle fonti di ambito federale, la cui vincolatività nel territorio di Puebla non de-

¹ Amparo en revisión 5261/76 Gas Hatusco, S. de R.L. 7 agosto 1979; Martí Capitanachi, Luz del Carmen, *Las Constituciones locales en el sistema federal mexicano ¿Son verdaderas Constituciones?*, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv> (2002); Enriquez Soto, Pedro Antonio, "Régimen constitucional de las entidades federativas", www.juridicas.unam.mx. La distinzione è nota nel diritto comparato ed è resa nota già da Kelsen, Hans, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Comunità, 1950 (rist. Milano, Estaslibri, 1984), pp. 322 e ss.; e nella dottrina italiana: *cfr.*, De Vergottini, Giuseppe, "Stato federale", *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, 1990, pp. 831 e ss. Sul tema delle trasformazioni del federalismo, Morrone, Andrea, *Federalismo y democracia*, relazione presentata il 6 gennaio 2018 al Seminario di Bologna, gentilmente concesso dall'autore; Rolla, Giancarlo, *L'autonomia delle comunità territoriali*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 8. Più specificamente sul federalismo messicano: Luatti, Lorenzo, "Il federalismo «virtuale» latinoamericano. Vicende storiche, problemi e prospettive", in Groppi, Tania (a cura di), *Principio di autonomia e forma di Stato*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 361 ss.; Valadés, Diego e Carpizo, Jorge, "Problemas del federalismo mexicano", in Trujillo, Gomersindo (coord.), *Federalismo y regionalismo*, Madrid, CEC, 1979, p. 197; Gutiérrez Parada, Oscar, *Sistema federal*, Ciudad de México, Porrúa, 2016, pp. 175 e ss.; Laynez Potisak, Javier, "Facultades concurrentes y federalismo", in Esquivel, Gerardo e Ibarra Palafox, Francisco Alberto e Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Cien ensayos sobre el centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos de México. Estudios jurídicos*, vol. II, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídica, 2017, p. 271.

² Sul punto Cossío, José Ramón, "La influencia de la Constitución española de 1978 en las Constituciones locales mexicanas", in Fernández Segado, Francisco (coord.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, CEC, 2003, pp. 520 e ss.

riva certamente dal loro inserimento nella Costituzione statale, non introducendo alcun elemento aggiuntivo alla condizione dei ministri di culto.

Peraltro, questa tecnica adeguatrice innesca una spirale che ha delle conseguenze non del tutto positive sulla sistematica del testo costituzionale statale. Infatti, poiché le riforme costituzionali federali sono state cospicue dal 1917 a oggi, queste hanno obbligato il legislatore di revisione statale a intervenire in maniera costante, incidendo più volte sul testo, compromettendone la sua organicità.

È percepibile una sorta di stratificazione costituzionale che rende meno intellegibile la ricostruzione dell'ordinamento costituzionale poblano. Questa carenza si riscontra, soprattutto, nell'ultima parte del testo, dove ad esempio, sono stati inseriti alcuni capitoli, dopo quelli relativi all'organizzazione dei pubblici poteri, che riguardano argomenti come l'istruzione pubblica (artt. 118, 119) e il diritto a un ambiente salubre (art. 121), anche se questi temi erano già stati anticipati nella parte relativa alla garanzia dei diritti.

Anche in base a questi rilievi, possiamo qualificare la Costituzione di Puebla come lunga. Si tratta, inoltre, di un testo in alcune parti estremamente specifico e non sempre —come abbiamo già evidenziato— sistematicamente ordinato.

Volendo argomentare le affermazioni precedenti e partendo dalla prima, merita precisare che la lunghezza non è causata tanto dal numero degli articoli —che sono 143— quanto dalla loro suddivisione in paragrafi e frazioni, che rende ciascun articolo estremamente dilatato. D'altra parte, però, questo elemento colpisce forse chi è meno avvezzo alle tecniche di redazione costituzionale messicane, in quanto la stessa caratteristica si ripropone nella Costituzione federale, forse addirittura in maniera amplificata.

Questa particolare conformazione rende la lettura un po' più faticosa a un lettore meno attento e ciò sembra in contrapposizione a quanto viene solitamente affermato per spiegare la ragione di testi costituzionali estremamente prolissi, specifici e dettagliati. Proprio nella dottrina latinoamericana, si è fatta strada la posizione che carte fondamentali estremamente diffuse da un punto di vista stilistico assolverebbero a una funzione didascalica e informativa, soprattutto per una cittadinanza non sempre pienamente consapevole dei propri diritti e dell'organizzazione dei pubblici poteri.

Tuttavia, l'“ipertestualità” con funzioni di tipo civico, in genere è associata al catalogo dei diritti, al contrario, analizzando il testo emerge un profilo di segno opposto e cioè che la Costituzione statale non si è arricchita di un corposo *bill of rights*, neppure nella forma più debole di norme manifesto.³

Tale aspetto richiama l'attenzione in quanto nel diritto comparato i testi fondamentali delle entità substatuali integrano generalmente cataloghi dei diritti, anzi, questo sembra essere l'aspirazione più diffusa. La spiegazione risiede nella volontà dei legislatori locali di garantire un certo numero di diritti che incarnino l'idea di una sorta di cittadinanza decentrata.⁴ Nel testo si vogliono proiettare interessi, diritti e aspirazioni della comunità. Tuttavia, la carta fondamentale di Puebla non sembra assecondare questa tendenza e annovera al suo interno solo alcune indicazioni, seppur non prive di specifico interesse, che sono riconducibili ai diritti sociali e a nuovi diritti, ma che, comunque, sono mutate dalla costituzione federale.⁵ A titolo esemplificativo, vediamo che nel capitolo III, rubricato come “diritti umani e sue garanzie”, si rinviene un obbligo per il legislatore ad assicurare il benessere dei minori, provvedendo alle loro necessità in materia di istruzione e alimentazione. Il riferimento al tema dei bisogni alimentari

³ Questo assunto sembra abbastanza consolidato nel diritto comparato, fin dal 1990 nel *Working Document del National Congress* in Sudafrica si affermava a proposito degli obiettivi di un testo costituzionale: “Moreover, it terms should be such tha any person can understand them”, la citazione è tratta da Chanock, Martin, “A Post-Calvinist Catechism or a Communist Manifesto? Intersecting Narratives in the South African Bill of Rights Debate”, in Alston, Philip (ed.), *Promoting Human Rights Through Bills of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 412.

⁴ A titolo esemplificativo, possiamo citare l'esperienza statutaria italiana post riforma del 2001, in cui gli Statuti delle regioni ordinarie hanno proceduto a introdurre molti diritti nei loro testi. Sul tema, la bibliografia è corposa e senza pretesa di esaustività, si rimanda a: Gambino, Silvio, “Ordinamento regionale e diritti fondamentali”, in Gambino, Silvio (a cura di), *Diritto regionale*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 141 e ss.; Longo, Erik, “Il ruolo dei diritti negli statuti e nelle istituzioni regionali”, in Di Cosimo, Giovanni (a cura di), *Statuti Atto II. Le regioni e la nuova stagione statutaria*, Macerata, Eum, 2007, pp. 41 e ss.; Caretti, Paolo, “La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione”, *Le regioni*, 2005, pp. 27 e ss.; Flick, Giovanni Maria, “Nuovi diritti fondamentali e ruolo delle regioni”, *Quaderni regionali*, num. 1, 2009, pp. 9 e ss.; Adamo, Ugo, *La questione dei principi e diritti negli statuti delle regioni e delle comunità autonome*, Milano, Giuffrè, 2015.

⁵ Sánchez Cordero Dávila, Olga María del Carmen, “Los efectos de la reforma en derechos humanos en el constitucionalismo local”, in Esquivel, Gerardo e Ibarra Palafox, Francisco Alberto e Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *op. cit.*, p. 413.

è sicuramente suggestivo e costituisce quasi una “nuova frontiera” per il diritto costituzionale,⁶ ma anche di questa esigenza si ha eco nella Costituzione federale all’art. 4o.

II. I PROFILI DI ORIGINALITÀ

Alcuni riflessi di originalità, invece, emergono nel titolo I, capitolo V, artt. 26 e 27 dedicati alla famiglia ovvero nel titolo VIII capitolo V, art. 121 sul diritto all’ambiente. Volgendo lo sguardo al primo tema, si evince che non è uno fra quelli arati nel testo federale,⁷ mentre, al contrario, quello statale sembra attribuire alla comunità familiare una significativa rilevanza. Infatti, viene definita una istituzione fondamentale (art. 26), atta a promuovere l’insegnamento e la trasmissione dei valori culturali, etici e sociali necessari per lo sviluppo delle persone che la compongono. A questa disposizione, se ne aggiungono altre che hanno come oggetto di regolazione: il patrimonio familiare, le politiche familiari che, in particolare, assicurino protezione ai minori, ai disabili e agli anziani e il riconoscimento del pari valore del lavoro del padre e della madre all’interno della famiglia. Sono, inoltre, ribaditi i principi di eguaglianza, di solidarietà (che si traducono nell’obbligo di ciascun membro della famiglia a contribuire ai bisogni della stessa) e di rispetto reciproco. Infine, ampio spazio è riservato al tema dei figli, che, a prescindere dal sesso, sono eguali davanti alla legge e che i genitori hanno l’obbligo di istruire, educare, mantenere e assistere e, specularmente, la prole ha gli stessi doveri di assistenza nei confronti degli ascendenti, qualora siano impossibilitati a provvedere a se stessi. Sempre su questo tema, pare interessante il richiamo al dovere per i componenti del nucleo familiare di astenersi dal porre in essere condotte che possono generare violenza familiare e, pur essendo una norma manifesto, priva di un contenuto precettivo in senso stretto, non è da sottovalutarne l’impatto altamente simbolico.

⁶ Sul tema si vedano le considerazioni di Morrone, Andrea, “Ipotesi per un diritto costituzionale all’alimentazione”, in Cerrina Feroni, Ginevra e Frosini, Tommaso Edoardo e Mezzetti, Luca e Petrillo, Pier Luigi (a cura di), *Ambiente, energia, alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, cesinfin online, 2016, pp. 31 e ss.

⁷ Anche se non mancano per esempio riferimenti alla protezione della famiglia come limite di legittimità ai decreti adottati in stato di emergenza (art. 29) o alla stabilità familiare in relazione al diritto di *amparo* (art. 107, par. III, frac. a).

Sempre in tema di famiglia si può notare un altro elemento che riguarda le clausole interpretative. Infatti, si richiamano i pubblici poteri a garantire lo sviluppo della famiglia in ossequio —non solo alla Costituzione federale e alle fonti pattizie— ma a tutti gli strumenti internazionali ratificati dallo Stato messicano (art. 26).⁸ Sembra, quindi, che il tema della famiglia rivesta una particolare e specifica rilevanza, infatti, vi si dedica una disposizione speciale, che sembra avere un contenuto più ampio della clausola generale sulla gerarchia delle fonti della Costituzione federale (art. 10)⁹ alla quale si ispira, in quanto viene meno il riferimento alle sole fonti convenzionali relative ai diritti umani, inducendo a ritenere che non vi sia questo limite materiale, qualora il trattato abbia come oggetto la disciplina di regolazione del nucleo familiare.

Un cenno ancora per rilevare l'innovatività della Costituzione locale spetta anche al riferimento alla protezione ambientale, introdotto con una riforma del 2012 e che, oltre a richiamare la necessità di salvaguardare l'ambiente per la salute e il benessere dei cittadini, opera un riferimento alla necessità di agire in modo da non compromettere le necessità delle generazioni future. Si apprezza in questo inciso, l'accortezza di non aver utilizzato il termine “diritti” per i posteri —che è controverso in dottrina—¹⁰ ma più genericamente quello di “necessità”, sancendo un obbligo di preservare e conservare le ricchezze naturali in senso transgenerazionale. Quest'ultimo riferimento è particolarmente rilevante perché costituisce una novità rispetto al testo federale.

Sempre nel tentativo di cogliere i profili più inediti del costituzionalismo locale, si può apprezzare che il legislatore di revisione di Puebla ha

⁸ Oltre a ciò si fa riferimento anche a “ordenamientos secundarios”.

⁹ La disposizione è poi ripresa dall'art. 7 della Costituzione di Puebla. Sul tema in generale, Ortiz Ahlf, Loreta, *Régimen interno e internacional de los tratados*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

¹⁰ Bifulco, Roberto, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, Franco Angeli, 2013; Bifulco, Roberto e D'Aloia, Antonio, “Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale”, in Bifulco, Roberto e D'Aloia, Antonio (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008, p. 177; Sikora, Richard I. e Barry, Brian M. (a cura di), *Obligations to Future Generations*, Philadelphia, Temple University Press, 1978; Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1971; Pisanò, Attilio, *Diritti deumanizzati. Animali, ambiente, generazioni future, specie umana*, Milano, Giuffrè, 2012; Cerutti, Furio, “Democrazia e/o generazioni future”, *Il Mulino*, num. 3, 2012, pp. 389 e ss.

inteso rafforzare i legami dei rappresentanti politici sul territorio introducendo una disposizione che obbliga questi ultimi, durante la sospensione dei lavori del Congresso, a recarsi in visita nei distretti, al fine di essere edotti sulle condizioni dei propri cittadini e, in particolare, nei settori dell'istruzione pubblica, dell'industria, del commercio, dell'agricoltura e delle attività estrattive così da essere in grado di proporre misure idonee per superare condizioni di debolezza (art. 38).

Si tratta di una disposizione introdotta nel 1982 e di cui non vi è un corrispettivo nella Costituzione federale e che testimonia la volontà di avvicinare gli eletti alla comunità di riferimento; non si tratta di un'invocazione a coltivare il collegio ma di essere consapevoli delle condizioni del tessuto sociale in alcuni settori strategici per il paese.

Infine, un altro profilo in cui si manifesta una significativa originalità nella Costituzione di Puebla concerne gli strumenti di democrazia partecipativa, che sono declinati attraverso il referendum e il plebiscito. In questo ambito, il distacco con la Costituzione federale è particolarmente cospicuo, in quanto questa non prevede questi istituti di democrazia diretta o di partecipazione e, quindi, le entità federative, in assenza di divieti espliciti da parte di fonti costituzionali, hanno potuto cimentarsi in questo sforzo di inclusione democratica.

Il referendum abrogativo è disciplinato dagli artt. 68 e 69 e si segnala per alcuni aspetti peculiari. In primo luogo, emerge qualche incertezza sui limiti di ammissibilità, poiché possono essere sottoposte a referendum le leggi che posso essere rilevanti per l'ordine pubblico e per l'interesse sociale. E' di palmare evidenza che l'ampiezza e l'indeterminatezza degli enunciati linguistici possano far ricadere nell'istituto referendario qualsiasi atto legislativo, essendo quasi una prova diabolica argomentare quale legge non presenti un qualche interesse sociale. Peraltro, sono espressamente incluse le leggi elettorali, in quanto per questo specifico tipo di atto, viene vietata la celebrazione del referendum negli otto mesi precedenti le operazioni elettorali e durante le stesse. I limiti di ammissibilità espressi sono, invece, più definiti e si suddividono in primo luogo, fra quelli che riguardano fonti di rango superiore a quello ordinario, come le leggi di revisione costituzionale statale, le leggi organiche dei poteri dello Stato¹¹ e le leggi in attuazione di riforme costituzionali federali e in

¹¹ C'è da chiedersi se altre leggi organiche possono essere escluse dal referendum in via estensiva.

segundo lugar, fra quelli individuati *ratione materiae* e che includono le leggi tributarie.¹² Resta impregiudicato un altro aspetto che la Costituzione non scioglie e cioè quale possa essere l'organo competente a verificare la legittimità e l'ammissibilità dei quesiti referendari. Da un punto di vista amministrativo, è presso l'Istituto elettorale di stato che gli elettori devono depositare le loro firme per richiedere il referendum ed è sempre l'organo amministrativo che gestisce tutte le operazioni elettorali. Dato il crescente rilievo che l'autorità elettorale assume nei singoli stati è da immaginare che anche il compito di verificare il rispetto delle norme procedurali sia affidato sempre all'Istituto, mentre, è meno chiaro quale potrà essere invece l'organo deputato a vagliare l'inammissibilità che, in genere, è uno di matrice giurisdizionale.¹³

Il *quorum* per la validità del referendum è indicato nel 40%, che, comunque, rimane una soglia abbastanza alta in tutte quelle comunità politiche dove la partecipazione diretta stenta a vertebrarsi. Ma c'è un altro dato che rende difficile il perfezionamento di una procedura referendaria: si impone che la richiesta debba essere avanzata da almeno il 15% degli elettori, che allo stato attuale ammonterebbero a circa 626.000 persone,¹⁴ cifra che di per sé costituisce un filtro selettivo, soprattutto, poiché —come già detto— il tasso di mobilitazione politica non è alto.

Analoghe considerazioni possono essere svolte per il plebiscito, attraverso il quale i cittadini sono chiamati a esprimersi in via preventiva su atti o decisioni del governatore dello stato che siano rilevanti per l'ordine pubblico e l'interesse sociale (art. 85). L'iniziativa spetta al titolare del potere esecutivo (art. 79) e ai 2/3 dei deputati del Congresso (art. 57). Su questo profilo, non possiamo esimerci dal sottolineare che qualora il procedimento sia attivato dall'organo rappresentativo, la consultazione può essere uno strumento di controllo dell'assemblea parlamentare nei confronti dell'Esecutivo, anche se non si tratta di un meccanismo che può essere attivato dall'opposizione parlamentare, visto che si richiede una maggioranza qualificata. Al contrario, se è il vertice della compagine governativa a proporre la consultazione, si può inferire che “la chiamata al popolo” si possa

¹² Peraltro, la materia tributaria è esclusa anche dalle iniziative di legge popolare.

¹³ Su questo tema e anche più in generale sul tema degli istituti di democrazia partecipativa a livello comparato, Rodriquez, Simona, *Rappresentanza democratica e strumenti di partecipazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017.

¹⁴ Il dato è ricavato da: <http://www.infoeleccionesmexico.com/informacion-numero-electores-por-estado-94.html>.

trasformare in un mezzo per consolidare il proprio indirizzo politico, piuttosto che uno strumento per implementare la partecipazione dei cittadini al procedimento decisionale.

Sono esclusi dal plebiscito gli atti che siano obbligatori per l'attuazione di leggi, quelli di organizzazione e funzionamento delle amministrazioni, quelli in materia tributaria e di spesa.

Nell'atto di convocazione dei comizi elettorali, devono essere esplicitate le conseguenze dell'adozione o meno dell'atto *de quo* e non si può non apprezzare lo sforzo che la Costituzione profonde nel tentativo di rendere consapevole la cittadinanza nelle sue scelte.

L'esito è vincolante nella misura in cui vi abbia partecipato il 40% degli iscritti alle liste elettorali e se una delle opzioni —o tutte quelle presentate— abbia ricevuto l'assenso del 50% dei voti.

Anche nella Costituzione di Puebla si tenta di separare il piano della democrazia diretta con quella rappresentativa e infatti è vietata l'indizione di plebiscito nell'anno delle elezioni e nei novanta giorni successivi alla chiusura delle urne; inoltre, al fine di evitare una proliferazione di momenti plebiscitari, è consentito indire una sola consultazione popolare all'anno.

III. I DIRITTI DELLE POPOLAZIONI INDIGENE FRA GARANZIE E INATTUAZIONE

La Costituzione federale espressamente rimanda al legislatore locale l'onere di introdurre una disciplina *ad hoc* sul tema del rispetto dei diritti delle comunità autoctone, pertanto, la questione indigena è una materia di competenza statale e non federale.¹⁵

D'altra parte, poiché le comunità native sul territorio messicano sono numerose, la scelta di affidare alle istituzioni delle entità federative il compito di adottare le misure più idonee sembra ampiamente condivisibile, in un'ottica di sussidiarietà verticale che inquadra nelle istituzioni più vicine alle comunità locali il *locus* più adeguato per intervenire efficacemente.

La dottrina individua tre fasi nell'incorporazione dei diritti degli indigeni nelle Costituzioni statali: la prima, che giunge fino al 1992, una che si situa nel lasso temporale dal 1992 al 2001 e infine, la terza che è *post* 2001.

¹⁵ Cienfuegos Salgado, David, "Pueblos y comunidades indígenas en el constitucionalismo local", in Valadés, Diego e Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 135 e ss.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Nel 1992, il legislatore di revisione federale introduce per la prima volta clausole che riconoscono il pluralismo culturale dello Stato messicano. Il riferimento è molto generico e solo in via interpretativa si ricava un obbligo di tutela delle culture indigene.

Il periodo che, invece, si snoda dal 1992 al 2001 è contrassegnato dagli Acuerdos de San Andrés Larráinzar, con i quali i rappresentanti dei popoli indigeni e il governo negoziano un patto che impegna il secondo a: riconoscere i popoli indigeni in Costituzione; ampliare la loro partecipazione politica; garantire il pieno accesso alla giustizia; promuovere le lingue e le culture autoctone; assicurare istruzione e formazione; sviluppare politiche per l'impiego; fornire protezione agli indigeni migranti; assicurare le necessità primarie.¹⁶ Gli Accordi non trovano un'immediata applicazione e per una riformulazione complessiva della costituzione di Puebla in senso indigenista, è necessario attendere il 2001. La legge di riforma costituzionale si pone l'obiettivo di intervenire in maniera organica e sistematica, riprendendo alcuni degli esiti degli Accordi di San Andrés: i contenuti degli artt. 4, 18, par. 6, 27, frac. VII, par. 2 e il 115, frac. III sono riformulati e ampliati nell'art. 2 della costituzione.¹⁷

Il contenuto di questa disposizione è molto articolato e investe molteplici ambiti: istruzione, salute, giustizia, politiche abitative, diritti linguistici, autorità tradizionali, diritti di partecipazione politica, regime proprietario, miglioramento dei servizi essenziali e delle infrastrutture nelle zone indigene e politiche sociali. È rilevante che l'ultimo comma dell'art. 2 richiama espressamente l'obbligo delle entità federative a dare attuazione ai principi espressi nella disposizione in esame nell'ambito delle proprie competenze.

¹⁶ Sámano Rentería, Miguel Ángel, "La lucha por el poder y los Acuerdos de San Andrés Larráinzar", in Ordóñez Cifuentes, José Emilio (comp.), *Balance y perspectivas del derecho social y los pueblos indios de Mesoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 165 e ss.; Sámano Rentería, Miguel Ángel e Durand Alcántara, Carlos e Gómez González, Gerardo, "Los Acuerdos de San Andrés Larráinzar en el contexto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Americanos", disponibile in: www.juridicas.unam.mx, 2001; Rangel, Jesús Angel de la Torre, "Los Acuerdos de San Andrés, veinte años después: derecho insurgente", *Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho*, núm. 40, 2016, pp. 169 e ss.

¹⁷ López Bárcenas, Francisco, "Los pueblos indígenas en las Constituciones de México", *Argumentos. Estudios Críticos de la Sociedad*, núm. 82, settembre-diciembre de 2016, pp. 181 e ss.

Se il quadro temporale è corretto, si rileva che Puebla si posiziona fra quegli stati che, solo quando la disposizione federale sul riconoscimento del pluralismo culturale è divenuta precettiva, ha provveduto ad adottare norme in favore delle comunità indigene, a differenza di molti altri stati.¹⁸ La riforma è stata perfezionata nel dicembre 2004 e in quel frangente, sono stati oggetto di nuova disciplina l'art. 11, che ha aggiunto il divieto di discriminazione per origine etnica o nazionale, l'art. 12, in cui si rinviene in capo allo Stato l'obbligo di proteggere i diritti dei popoli e delle comunità autoctone e che questa attività è da considerarsi di ordine pubblico e interesse sociale; infine, l'art. 13, che dichiara che lo stato di Puebla vanta una composizione "*plural y multilingüística*" ed elenca i nomi dei principali gruppi etnici.¹⁹

L'attuazione della Costituzione federale da parte dello stato di Puebla può essere definito deficitaria. Il disposto legislativo federale di riferimento è assai ampio articolato e va a incidere in molteplici settori; al contrario, le indicazioni del legislatore di revisione statale si sono mostrate poche sul tema. Affermazione che, peraltro, sembra corroborata da una rapida disamina dei contenuti di altre carte fondamentali statali. Infatti, merita sottolineare l'originalità, e al contempo la rilevanza, dell'art. 13 della Costituzione dello stato di Chiapas, approvato il 13 giugno 1999, (ben prima della riforma federale del 2001), dove vengono anticipati alcuni temi incorporati nel testo federale come l'elezione delle proprie autorità tradizionali in conformità con gli usi e costumi, l'applicazione delle regole tradizionali nei procedimenti giurisdizionali in cui una delle parti è indigena, l'obbligo di fornire un traduttore nei giudizi, la previsione nei municipi a maggioranza indigena di meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie basati su usi, costumi, tradizioni e valori culturali delle comunità native. Da segnalare è anche la Costituzione di Oaxaca, che in larga parte riprende i contenuti di quella del Chiapas ma che si distingue per la specifica attenzione riservata ai diritti politico-elettorali ricondotti agli *usos y costumbres indígenas*.

¹⁸ Gli stati che per primi hanno adottato diritti costituzionali espressi sono stati Guerrero (1987), Chiapas (1990), Oaxaca, (1990), Querétaro (1990), Hidalgo (1991). Nella seconda fase si annoverano: San Luis Potosí (1992), Sonora (1992), Veracruz (1993), Nayarit (1993 e poi 1998), Durango (1994), Jalisco (1994), Chihuahua (1994), Estado de México (1995), Campeche (1996), Quintana Roo (1997), Michoacán (1998). Cienfuegos Salgado, David, *op. cit.*, p. 137.

¹⁹ Nahuas, Totonacas o Tutunakuj, Mixtecas o Ñuu Savi, Tepehuas o Hamaispini, Otomies o Hñähñü, Popolocas o N'guiva y Mazatecas o Ha shuta.

Tuttavia, nonostante il ritardo nell'apertura alla tematica autoctona da parte dell'ordinamento costituzionale poblano, si segnalano alcuni profili di sicuro rilievo: le comunità indigene sono riconosciute come soggetti di diritto pubblico (come, peraltro, già indicato all'art. 2 della Costituzione federale) e viene invocata la necessità che siano sviluppate le forme interne di organizzazione sociale, culturale, politica ed economica. Particolare importanza assume il tema del sistema normativo indigeno: infatti, si prevede l'istituzione di autorità tradizionali, le quali possono dirimere le controversie interne applicando regole tradizionali, previa adozione di una legge che specifichi le modalità di riconoscimento delle loro decisioni; specularmente si afferma che, nei giudizi in cui le parti siano membri della comunità a titolo individuale o collettivo, il potere giudiziario debba tenere conto delle pratiche e delle consuetudini delle tribù, secondo quanto stabilito dalla legge.

L'osmosi fra l'ordinamento indigeno e quello ordinario risponde a un'esigenza fortemente rivendicata dai gruppi aborigeni, non solo a livello messicano ma anche internazionale. L'applicazione di regole tradizionali presuppone il fatto che le comunità *indios* costituiscano a tutti gli effetti dei veri e propri ordinamenti e che nel passato avessero esercitato una piena sovranità su quelle terre. Tali aspirazioni sono temperate dalla presenza di clausole limitative che intendono armonizzare le rivendicazioni indigeniste con i principi supremi dell'ordinamento messicano.²⁰ In questa ottica, il riferimento è all'indicazione che le autorità tradizionali, che pure possono implementare una propria organizzazione sociale, economica, culturale e politica, devono agire rispettando il patto federale e la sovranità dello Stato. Queste precisazioni sono tese a escludere che il diritto all'autogoverno possa condurre a ipotesi secessionistiche e che possa essere rivendicato un pieno diritto all'autodeterminazione; il *corpus* di regole autoctone applicabili deve conformarsi ai principi generali della costituzione federale e statale con l'obbligo di non violare le garanzie dei diritti fondamentali e specificamente quelli riguardanti le donne.²¹

La Costituzione statale si diffonde, inoltre, su altri aspetti degni di menzione ed estremamente delicati come il controllo delle risorse naturali che

²⁰ Rodríguez Martínez, Elí, "El artículo segundo constitucional y los conflictos de leyes en materia de derechos indígenas: problemas relativos al resurgimiento de los estatutos personales", in Carbonell, Miguel (coord.), *Derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 1035 e ss.

²¹ Queste indicazioni sono estremamente tributarie della Costituzione federale.

da sempre costituisce uno degli elementi di frizione fra le autorità autoctone e quelli statali, tuttavia, come in altri casi, i riferimenti non si discostano in maniera sensibile dagli enunciati della Costituzione federale e, soprattutto, non esprimono certo un *favor* verso le popolazioni aborigene; infatti, l'uso e lo sfruttamento delle terre è riconosciuto solo in via preferenziale agli aborigeni in conformità con il regime di proprietà individuale tutelato dalla costituzione.

Si richiama, inoltre, un generale dovere dello stato e dei municipi allo sviluppo delle lingue, culture, risorse, usi e costumi indigeni e in questo ambito si prefigura la necessità di costituire istituzioni e realizzare politiche che agiscano in maniera congiunta per dare impulso all'occupazione indigena, adeguare le politiche abitative ai fabbisogni delle tribù, promuovere l'educazione bilingue, interculturale, laica e differenziata, dare avvio a programmi culturali, sportivi e ricreativi, costruire infrastrutture e incorporare la medicina tradizionale nel sistema sanitario pubblico.

Particolarmente interessante — e in linea con le tendenze che emergono nel diritto comparato — è il riferimento alla necessità di realizzare meccanismi di consultazione idonei ed efficaci per consentire alle comunità autoctone di poter contribuire alla definizione dei piani statali e municipali di sviluppo, oltre che a determinare il contenuto delle misure legislative e amministrative che possono incidere sulle loro condizioni.²² Purtroppo, né la massima fonte federale, né quella statale si spingono a prevedere un vero e proprio diritto alla consultazione degli interessati ogni qualvolta sia da definire il contenuto di un atto normativo che possa avere riflessi sulle condizioni di quelle popolazioni.

Siamo ben distanti, da quanto affermato dalla Corte Suprema canadese²³ e cioè che sussista un “*duty to consult*” da parte delle autorità nel caso in cui queste debbano adottare delle misure che incidano sullo *status* delle

²² Tapia Gutiérrez, Asier, “La consulta previa y la debida diligencia: similitudes y diferencias de dos instrumentos para un modelo de desarrollo y la defensa de los derechos humanos”, *Derechos y Libertades*, vol. 34, enero de 2016, pp. 235 e ss.

²³ Cfr. *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* [2004] 3 S. C. R.; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)* [2004] 3 S.C.R. 2004; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)* [2005] 3 S. C. R. 388; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation* [2010] 3 S. C. R. 103 e da ultimo *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resources)* [2017] 2 S.C.R. 386.

comunidad e soprattutto sui territori ove risiedano.²⁴ Va, nondimeno, avvertito che anche la Corte Interamericana dei Diritti Umani ha prefigurato un diritto per i nativi a essere consultati e, ove possibile, anche un obbligo per i governi di trovare un accordo.²⁵

Infine, ancora in ossequio al testo Costituzione federale, ci sono rimandi espliciti alla necessità di garantire i diritti delle popolazioni aborigene che sono stanziati fuori dai confini statali, oltre a che offrire ricovero e tutela a quegli indigeni che si trovino a qualsiasi titolo a transitare o risiedere nel territorio statale.

Volendo trarre delle conclusioni sulle disposizioni che riguardano la garanzia dei popoli nativi, ci troviamo costretti a ripetere che i contenuti dei disposti costituzionali sono mutuati in larghissima parte dal testo costituzionale federale, quasi a riproporne il testo integralmente. Sono, infatti, esigue le clausole innovative od originali come, per esempio, quella di procedere ad assunzioni preferenziali di indigeni per opere, programmi e azioni istituzionali.

²⁴ Merita rilevare che la legislazione sui diritti delle identità culturali autoctone si caratterizza, in genere, per la specificità dell'*iter legis*, nel fatto che l'introduzione nell'ordinamento di norme riguardanti le tribù, è preceduta da apposite intese fra le autorità statali e rappresentanti delle diverse comunità autoctone, secondo un procedimento decisionale che ricalca quello dell'ordinamento internazionale, basato sul principio dell'unanimità piuttosto che su quello di maggioranza, proprio delle assemblee legislative. Gli esiti normativi delle relazioni fra livelli istituzionali e autorità indigene, sono sempre, quindi, anticipati da negoziati e questo sembra essere un dato costante e consolidato della storia fra gli autoctoni e le autorità canadesi, tanto da poter configurare una convenzione costituzionale in tal senso. Infatti, i trattati fra le comunità aborigene e i poteri pubblici rappresentano una fonte utilizzata in maniera diffusa per l'esatta definizione dei diritti spettanti alle comunità native. Vari elementi concorrono a ritenere che sia esistente una convenzione costituzionale in tal senso. Oltre al reiterato comportamento in tal senso e la più volte confermata volontà del governo di procedere in tale direzione, è la stessa Corte Suprema che in alcune sue più rilevanti pronunce sottolinea la necessità di ricomporre le contrapposizioni che possono sorgere nella società canadese con la negoziazione e la partecipazione dei soggetti coinvolti. È da aggiungere che l'obbligo di consultazione costituisce uno strumento di riconciliazione fra i nativi e la maggioranza bianca, Ritchie, Kaitlin, "Issues Associated with the Implementation of the Duty to Consult and Accommodate Aboriginal Peoples: Threatening the Goals of Reconciliation and Meaningful Consultation", *University of British Columbia Law Review*, vol. 46, 2013, pp. 397 e ss.; Newman, Dwight, *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon, Purich, 2014.

²⁵ Cfr., *Saramaka People v. Suriname*, Judgment of 28 November 2007 Inter-American Court.

Al contrario, non tutte le prescrizioni previste dalla carta fondamentale federale hanno trovato spazio nel testo costituzionale statale, che, quindi, non ha colto tutte le potenzialità che ne potevano scaturire. A titolo esemplificativo, possiamo citare il caso dell'art. 115 par. VI della Costituzione federale che consente il coordinamento e l'associazione delle comunità indigene all'interno del municipio, di cui la Costituzione di Puebla non fa alcuna menzione.

Analogamente, il testo costituzionale di Puebla non sembra, invece, aver ripreso in maniera robusta i numerosi richiami alla tutela delle donne indigene. Come è noto, questo è un tema che a più riprese viene affrontato ogni qualvolta viene invocato il riconoscimento di diritti "speciali" per i popoli autoctoni. Il timore è che l'applicazione di regole tradizionali si converta nella costruzione di situazioni discriminatorie e marginalizzanti nei confronti delle donne. Al fine di scongiurare questa ipotesi, la carta federale in più disposizioni sottolinea come il riconoscimento dei diritti tradizionali non può affermarsi in violazione dei diritti delle donne. La suggestione è ripresa in maniera anastatica, laddove si prefigura l'applicazione dei sistemi normativi indigeni²⁶ ma non sono tratti dal livello federale altri precetti, che richiama la necessità di favorire l'inclusione delle donne nei progetti di sviluppo, proteggere la loro salute, favorire i processi educativi e la loro partecipazione ai processi deliberativi della comunità (art. 2, B, frac. V) ovvero di porre particolare riguardo nella definizione delle politiche sociali nei confronti del genere femminile (art. 2o., B, frac. VIII).

La Costituzione di Puebla è silente anche sui diritti politici degli indigeni in generale: eppure il testo federale si esprime sul punto, facendo un riferimento, in primo luogo, al principio di parità di accesso ai pubblici uffici e, in secondo luogo, all'onere per gli stati di introdurre meccanismi atti a eleggere rappresentanti indigeni nei municipi. E' appena il caso di rammentare quanto sia strategica per rafforzare in generale i diritti delle popolazioni indigene la rappresentanza politica, soprattutto in quegli enti che sono più vicini alla comunità sociale.

Tuttavia, nello stato di Puebla tale tematica non sembra essere nell'agenda legislativa, nonostante il richiamo echeggiato in Costituzione e l'esistenza di esempi virtuosi in tal senso, come lo stato di Oaxaca, che si è

²⁶ Sia la Costituzione federale (art. 2o. par. A, frac. II) che la Costituzione di Puebla (art. 13, I, lett. d) richiamano la dignità e l'integrità delle donne.

fatto promotore legislativamente della partecipazione indigena con modalità innovative.²⁷

IV. ALCUNE NOTE CONCLUSIVE

La Costituzione di Puebla si distingue per riprodurre in maniera anastatica le disposizioni della Costituzione federale e, pertanto, è complesso far emergere l'apporto originale dei "costituenti" statali, che nella maggior parte dei casi si sono limitati a incorporare le clausole federali. Tuttavia, in più di un'occasione, si può notare come il processo di riproduzione sia parziale, in quanto questa operazione di mimesi esclude alcuni disposti che, invece, potrebbero qualificare il testo positivamente.

Alcune di queste omissioni sono già state indicate nel contributo ma ne possiamo aggiungere di più significative. Ad esempio nella parte relativa al potere giudiziale, il sistema di nomina del Tribunal Superior de Justicia è ricalcato esattamente sulla procedura prevista a livello federale per i Magistrati alla Suprema Corte de Justicia de la Nación e cioè presentazione da parte del presidente della Repubblica di una terna di nomi al Senato, il quale dovrà poi procedere alla elezione; in Puebla, gli attori sono rispettivamente l'esecutivo e l'assemblea statale. Anche i requisiti per la nomina sono gli stessi,²⁸ tuttavia, mentre la Costituzione federale del 1994 ha aggiunto all'art. 95, l'indicazione che preferibilmente i candidati alla nomina abbiano svolto funzioni giudiziarie o che abbiano avuto una carriera onorata e qualificata nell'ambito del diritto, questi elementi sono stati omessi dal legislatore locale di revisione, che, pure ha modificato l'art. 89 della Costituzione sul punto solo nel 2011.

E' chiaro che l'emendamento federale aggiuntivo ha come fine primario quello di qualificare in senso professionale la carica di magistrato dell'alta Corte, obiettivo che non sembra prioritario per il legislatore statale.²⁹ Si

²⁷ Preme rilevare che l'esperienza di Oaxaca ha attirato anche molte critiche. Per una disamina sull'esperienza, *cf.* González Oropeza, Manuel e Martínez Sánchez, Francisco, *El derecho y la justicia en las elecciones de Oaxaca*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.

²⁸ Cittadinanza per nascita, avere almeno 35 anni, aver conseguito una laurea in giurisprudenza da almeno 10 anni; avere una buona reputazione e non aver subito condanne penali superiori a un anno.

²⁹ Sulla descrizione del sistema giudiziario a livello statale: Gámiz Parral, M. N.,

tratta quindi di un processo imitativo della Costituzione federale ma che è al contempo selettivo.

Un'altra carenza che si staglia nitidamente riguarda l'assenza di un organo di garanzia circa il rispetto delle disposizioni costituzionali statali. Infatti, non viene indicato nel testo se il Tribunal Superior de Justicia sia competente a verificare la conformità delle leggi statali alla Costituzione locale e neppure nella ley orgánica del Poder Judicial si fa cenno alla questione e, infine, non è stato istituito alcun organo che possa vagliare la compatibilità degli atti legislativi né in via preventiva, né successiva. Pertanto, sembra di poter capire che gli eventuali contrasti possono essere sciolti solo in via politica.³⁰

Infine, un breve commento può essere riservato al tema della revisione costituzionale. Il procedimento emendativo impone la votazione del disegno di legge con la maggioranza dei 2/3 dei deputati presenti e il consenso della maggioranza dei municipi dello stato (art. 140). Possiamo ribadire che la procedura non si differenzia nella sua impostazione dall'art. 135 della Costituzione federale che prevede la stessa maggioranza nel Congresso e per le assemblee degli Stati. Lo schema della Costituzione statale riverbera quella federale, istituendo un parallelismo fra i municipi —considerati a livello locale come istituzioni fondative— e le entità federative.³¹ Il procedimento, quindi, non è particolarmente aggravato e attenua le caratteristiche della rigidità, in quanto la maggioranza relativa non sembra molto complessa da raggiungere e con ciò si spiega anche il gran numero di riforme che il testo ha subito. Tuttavia, assoggettare alla stessa *amending formula* qualsiasi tipo di riforma da quella più marginale a quella più incisiva rischia di non garantire cospicuamente la rigidità costituzionale, forse più opportunamente si potrebbe immaginare di introdurre procedu-

Derecho constitucional y administrativo de las entidades federativas, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 315 e ss.

³⁰ Enríquez Soto, Pedro Antonio, “Régimen constitucional de las entidades federativas”, *www.juridicas.unam.mx*; Madero Estrada, José Miguel, “Inviolabilidad y reformas de las constituciones estatales. Nayarit y su Constitución”, *https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv* (2001); Arteaga Nava, Elisur, “La constitución local y su defensa. Elementos para una teoría del control de constitucionalidad”, in Ferrer MacGregor, Eduardo e Vega Hernández, Rodolfo (coords.), *Justicia constitucional local*, México, Fundap, 2003, p. 11.

³¹ Valencia Carmona, Salvador, “La defensa constitucional del municipio mexicano”, *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, vol. 6, 2002, p. 517; Guillén López, Tonatiuh, “La larga marcha del municipio mexicano”, in Esquivel, Gerardo e Ibarra Palafox, Francisco Alberto e Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *op. cit.*, vol. III, pp. 173 e ss.

re di revisione aggravate a geometria variabile. In altre parole, possiamo immaginare che la modifica di interi capitoli possa essere operata solo con *iter* procedurali più aggravati rispetto a quello previsto per micro-riforme. D'altra parte, il diritto comparato, in relazione alle Costituzioni nazionali, mostra alcuni esempi di tal guisa, è il caso della Spagna all'art. 168 che prevede la possibilità di riforma totale della Costituzione ovvero l'art. 74 della Costituzione Sudafricana ovvero gli artt. 38-47 del *Canadian Constitution Act*, 1982.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

Alcuni spunti di riflessione offerti dalla lettura della Costituzione dello stato di Aguascalientes

Paolo PASSAGLIA*

SOMMARIO: I. *Premessa*. II. *Un stato piccolo, ma con una storia importante*. III. *La “continuità nel cambiamento”*. IV. *La “manutenzione costituzionale”*. V. *Il paradosso delle riforme*. VI. *Una Costituzione “ricca”*.

I. PREMESA

L'esame del testo costituzionale dello stato di Aguascalientes si rivela di grande interesse per il giurista straniero, anche per gli spunti che offre nella prospettiva di una analisi di diritto comparato.

Con riferimento a taluni aspetti, questo interesse è particolarmente forte per un giurista italiano, perché la Costituzione di Aguascalientes consente di porsi domande anche su alcuni elementi che sono propri dell'evoluzione costituzionale conosciuta dall'Italia negli ultimi lustri. Su tali caratteri ci si soffermerà principalmente, anche perché la ricchezza della Costituzione impedisce di fare una esposizione che possa dirsi anche solo blandamente compiuta dei suoi contenuti. D'altra parte, la conoscenza molto limitata che chi scrive ha dell'ordinamento non consentirebbe in alcun modo di porsi sul piano dell'analisi concreta degli istituti giuridici.

* Professore ordinario di Diritto comparato, Università di Pisa, Italia. Coordinatore scientifico *pro tempore* dell'Area di Diritto Comparato del Servizio Studi, Corte Costituzionale della Repubblica Italiana. Contacto: paolo.passaglia@unipi.it; <https://orcid.org/0000-0002-5298-2996>.

Ci si limiterà, allora, a comunicare alcune «sensazioni» (poiché di sensazioni si tratta, più che di una analisi vera e propria), maturate nel corso della lettura della Costituzione di Aguascalientes e dello studio volto alla sua contestualizzazione storico-istituzionale.

II. UN STATO PICCOLO, MA CON UNA STORIA IMPORTANTE

Lo stato di Aguascalientes è tra i più piccoli e tra i meno popolosi stati della Federazione messicana. Questa constatazione non può in alcun modo condurre a ritenere marginale l'evoluzione costituzionale che ha caratterizzato questo territorio. Il riferimento —fin troppo scontato— è all'importanza, per la storia costituzionale del Messico, avuta dalla *Convención de Aguascalientes*, che si celebrò tra il 10 ottobre ed il 9 novembre 1914, e che segnò una tappa fondamentale nell'edificazione del nuovo ordine successivo alla rivoluzione. Lo studio della storia istituzionale dello stato di Aguascalientes, peraltro, suggerisce molto di più del semplice richiamo a quel frangente storico, per quanto importante esso sia: il costituzionalismo locale, a far tempo dal 1857, quando lo stato fu istituito,¹ è, infatti, assai ricco di argomenti ed implicazioni. Ad alcuni di questi si farà accenno nelle pagine che seguono.

III. LA “CONTINUITÀ NEL CAMBIAMENTO”

Un primo elemento che merita essere segnalato attiene all'esistenza di una sorta di “continuità nel cambiamento” che sembra caratterizzare la storia costituzionale dello stato di Aguascalientes.

Sin dalla creazione di un ente istituzionalmente autonomo, Aguascalientes ha mostrato un marcato dinamismo costituzionale, che si è tradotto nell'elaborazione di quattro carte costituzionali e di un numero estrema-

¹ Sarebbe forse più corretto, peraltro, indicare come *dies a quo* il 1835, anno in cui il territorio di Aguascalientes venne separato da Zacatecas per diventare un territorio autonomo. Sulla creazione dello stato di Aguascalientes, González Oropeza, Manuel e Cienfuegos Salgado, David, *Digesto Constitucional Mexicano. Aguascalientes*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010, pp. 3 e ss.

mente elevato di riforme, talune estrinsecatesi anche nella forma di revisioni totali.²

La prima Costituzione fu approvata il 23 ottobre 1857 dal *Congreso del Estado*, per poi essere promulgata sei giorni dopo dal *governador constitucional*. Il testo, che si segnalava, tra l'altro, per il riconoscimento della religione cattolica come religione di Stato,³ restò in vigore per un periodo piuttosto limitato. Già nel 1861, infatti, una serie di riforme vennero a stravolgerne i contenuti, al punto che si è soliti indicare il risultato delle revisioni come una nuova Costituzione. Una Costituzione di cui una parte della dottrina storicistica ha tra l'altro contestato la validità, sull'assunto che avrebbe fatto difetto una formale approvazione del testo da parte del Congresso.⁴ Sul punto, l'opinione maggioritaria è, tuttavia, in senso decisamente opposto,⁵ per cui pare che possa confermarsi la validità a tutti gli effetti del testo adottato nel 1861. Un testo che, pur avendo anch'esso avuto una vita piuttosto breve, ha segnato una tappa importante nella storia costituzionale dello Stato (ma probabilmente del Messico nel suo complesso), poiché ha posto il principio dell'elezione diretta del vertice del potere esecutivo,⁶ che sino ad allora veniva designato, tanto a livello federale quanto nei singoli stati, attraverso un'elezione indiretta. Sul piano della garanzia dei diritti, poi, è da rilevare che la Costituzione del 1861 si segnalava per l'incorporazione di un catalogo piuttosto articolato, nel quale spiccava, tra le altre, la tutela della libertà di culto.

Le novità introdotte nel 1861 sono state mantenute, con qualche ritocco (come, ad esempio, l'introduzione del divieto di rielezione del governatore), nella Costituzione del 1868, la prima Costituzione dello stato connotata da una certa longevità. Fu, infatti, solo dopo la fine della rivoluzione, ed in concomitanza con l'adozione di una nuova Costituzione a livello federale, che anche lo stato di Aguascalientes si dotò di un nuovo testo

² Una raccolta completa dei testi costituzionali statali è riportata in *idem*, pp. 77 e ss.

³ L'art. 5o. così recitava: "La Religión del Estado de Aguascalientes es la Católica, Apostólica, Romana".

⁴ La tesi è sostenuta da Jesús Gómez Serrano, in Santos Olivo de los, Isidro, *Aguascalientes. Historia de las instituciones jurídicas*, México, Senado de la República-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 115.

⁵ *Cfr.*, in part., de la Torre Rangel, Jesús Antonio, "El liberalismo jurídico de los rojos de Aguascalientes", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, n. 31, 2007, p. 864.

⁶ L'art. 81 della Costituzione stabiliva che "[l]a elección de gobernador propietario y suplente será popular directa en los términos que fije la ley".

fundamentale, aprobado dal Congresso statale il 3 settembre e pubblicato sei giorni dopo.

Da notare, peraltro, è che, in relazione alla qualificazione dell'esercizio del potere che è alla base della Costituzione del 1917, il piano formale e quello sostanziale divergono in misura significativa. Per un verso, nell'epigrafe si esplicita l'esercizio del potere di revisione della Costituzione del 18 ottobre 1868, con il che parrebbe di potersi parlare di una continuità da un punto di vista ordinamentale. Per altro verso, sul piano sostanziale, è altrettanto evidente che si tratti di una riscrittura compiuta, caratterizzata altresì da profonde modifiche contenutistiche, legate ai cambiamenti conseguenti alla rivoluzione.

Se, dunque, si adotta —come pare più corretto— un criterio di valutazione di tipo sostanziale, ben può dirsi che nel 1917 sia stato esercitato un potere costituente in senso proprio, e non soltanto un potere costituente che, mutuando un'espressione non in uso in Italia, ma diffusa nel mondo ispanofono (oltre che in quello francofono), può definirsi “derivato”.

Questa impostazione incontra, tuttavia, qualche difficoltà allorché si vada oltre l'orizzonte temporale del 1917. La Costituzione, infatti, ha conosciuto profondi cambiamenti, segnatamente nel 1950, quando si è fatto luogo ad una revisione estremamente lata del testo, al punto che quella che era la struttura originaria ne è risultata stravolta. Solo per dare una misura dell'impatto delle modifiche, può porsi mente al fatto che, nella versione originaria, la Costituzione constava di soli 73 articoli, mentre oggi gli articoli arrivano al numero 95, ma sono molti di più, essendo stati introdotti anche articoli contrassegnati, oltre che dal numero, anche da lettere. Se, dunque, si seguisse in maniera rigorosa —come si è sin qui suggerito— un'impostazione sostanziale, allora la Costituzione vigente di Aguascalientes dovrebbe probabilmente essere datata 1950.

L'alternativa tra questa soluzione e quella strettamente formale, che vorrebbe la Costituzione riferita addirittura al 1868, porta ad esiti comunque insoddisfacenti, perché, nonostante le difficoltà tecniche che possono rintracciarsi, e di cui si è dato conto, la storia costituzionale messicana porta a mettere in risalto la rottura ordinamentale prodottasi, a livello generale, nel 1917; di tale rottura è espressione anche la Costituzione statale di Aguascalientes, al pari della Costituzione federale e di quelle di molti altri stati che compongono la Federazione. È, in definitiva, un criterio eminentemente storico a dover guidare nella datazione: il dato giuridico

mostra, infatti, una commistione tra rottura e continuità tale da non poter essere sciolta, se non a prezzo di una qualche forzatura che rischia di dar luogo a scelte che si rivelino arbitrarie.

IV. LA “MANUTENZIONE COSTITUZIONALE”

Una seconda osservazione su cui conviene brevemente soffermarsi attiene alla prassi delle riforme costituzionali. Scorrendo il testo costituzionale si incontra un elevatissimo numero di articoli e di disposizioni che sono stati modificati nel corso degli anni, anche molto recentemente. Ora, questo numero di riforme costituzionali può prestarsi a due differenti letture.

Da un primo punto di vista, si può apprezzare l’attentissima “manutenzione costituzionale”⁷ che le autorità dello stato di Aguascalientes hanno posto in essere in maniera costante nel corso del tempo.

Per riprendere le parole di Isidro de los Santos Olivo, “[I]a técnica de la reforma constitucional implica —contrariamente a lo que se pueda pensar y a lo que se ha vivido en la accidentada vida constitucional del estado y del país— el primer mecanismo de defensa de la Constitución”.⁸ Questo, come è chiaro, se si ha come presupposto che “la modificación a la Constitución resulta políticamente conveniente, cuando es jurídicamente necesaria”.⁹

In effetti, la Costituzione di Aguascalientes si dimostra molto attenta all’evoluzione sociale ed all’emergere di nuove esigenze di protezione. Tra i molteplici riferimenti che potrebbero farsi a titolo esemplificativo, può evocarsi la riforma del 2014 relativa all’art. 7, in materia di diritto degli individui ad un ambiente salubre,¹⁰ con cui si è costituzionalizzato un diritto che in maniera sempre più nitida è andato emergendo nel panorama del costituzionalismo mondiale. Ancor più significativo, da questo punto

⁷ L’espressione richiama quella utilizzata, in riferimento alla legislazione, da Alessandro Pizzorusso: *cf.* Pizzorusso, Alessandro, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Torino, Giappichelli, 1999.

⁸ *Cfr.* Santos Olivo, Isidro de los, *op. cit.*, p. 129.

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ Art. 7: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, así como el deber de protegerlo y conservarlo. Todas las autoridades en la esfera de sus atribuciones velarán por la conservación y fomento de los recursos naturales del estado”.

di vista, è l'inserimento, nel 2016, di un ultimo comma all'art. 6, che ha sancito il diritto ad accedere liberamente ad *Internet*.¹¹

Quest'ultima revisione, agli occhi di un giurista italiano, è particolarmente significativa, perché implica una scelta di campo ben precisa, sulla quale, in Italia, ormai da anni ci si interroga. Che *Internet* abbia assunto una importanza assolutamente centrale nella vita della gran parte dei consociati è un dato che non richiede particolari commenti. Che questa importanza si traduca nella necessità di inserire *Internet* all'interno della Costituzione è, invece, una questione aperta: da un lato, si pongono coloro secondo i quali sostengono che il costituzionalizzare il diritto di accedere ad *Internet* (proprio nella forma per cui si è optato nello stato di Aguascalientes) avrebbe l'effetto di rafforzare le tutele offerte agli individui; dall'altro lato, si pongono, invece, coloro che ritengono non necessario questo inserimento, in quanto la garanzia dell'accesso ad *Internet* sarebbe comunque rintracciabile in via implicita nel testo costituzionale.

Al momento, in Italia è questa seconda opzione che ha prevalso: sarebbe quindi interessante poter fare, tra qualche anno, una comparazione relativa agli effetti prodotti dall'inserimento della garanzia dell'accesso ad *Internet* nella Costituzione dello Stato di Aguascalientes ed all'impatto della mancata esplicitazione di questo diritto nella Costituzione italiana. In particolare, sarebbe da capire quanto la previsione costituzionale di un obbligo per i pubblici poteri di garantire l'esercizio del diritto di accesso possa realmente incidere sull'attività che venga posta in essere e sulla sua efficacia.

La manutenzione costituzionale non copre, peraltro, solo l'evoluzione sociale, ma tende anzi ad assecondare mutamenti significativi del quadro normativo generale. Emblematico è, al riguardo, il testo dell'art. 2 della Costituzione, come modificato nel 2015, che rispecchia in modo pressoché totale la riforma della Costituzione federale in materia di protezione dei diritti fondamentali.¹²

¹¹ L'ultimo comma dell'art. 6 così recita: "El estado y los municipios garantizarán el derecho de acceso libre a Internet, para tal efecto, establecerán los mecanismos y políticas públicas necesarias para asegurar progresiva y de manera gradual la efectividad de este derecho".

¹² L'art. 2 è così formulato: "En el estado de Aguascalientes, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el derecho internacional en materia de derechos humanos, en las leyes generales expedidas por el Congreso de la Unión, la presente Constitución y en

Adottando un diverso punto di vista, e sempre riprendendo quanto affermato da Isidro de los Santos Olivo, se si guarda alla storia della Costituzione di Aguascalientes:

...se puede apreciar que algunos principios establecidos por la teoría de la Constitución no se han afianzado en la cultura político constitucional del estado. Es el caso de los principios de rigidez y el de supremacía constitucional. La Constitución es reformada sin ningún tipo de límites y se convierte, en la materialidad y de manera paradójica, en la norma más alterada del ordenamiento jurídico estatal.¹³

La contrapposizione tra questa lettura e quella che si è in precedenza proposta fa emergere una divaricazione nel concepire la Costituzione che può prestarsi ad un esame in prospettiva comparatistica. Un esame che si rivela di grande interesse, sebbene non possa condurre ad individuare quale sia la nozione più efficace per dare stabilità al sistema, per il semplice fatto che la funzionalità e l'efficacia di un sistema possono essere assicurate nei modi più vari, ed in questi modi possono rientrare tanto una intensa attività di adeguamento del testo costituzionale quanto una sua stabilizzazione così marcata da evocare il concetto di cristallizzazione. Due esempi, tra i molti che potrebbero proporsi, possono risultare, nella loro contrapposizione, adeguatamente esplicativi.

Da un lato si pongono gli Stati Uniti, la cui Costituzione federale, dal 1787, ha subito soltanto ventisette emendamenti, dei quali tra l'altro i

las leyes locales, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución federal establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán siempre de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con los tratados internacionales de la materia y con la presente Constitución, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley¹³.

Dalla lettura dell'articolo, si evince la quasi compiuta sovrapposibilità del testo rispetto a quello dei primi tre commi dell'art. 1 della Costituzione federale, introdotti con la revisione costituzionale del 2011.

¹³ Santos Olivo, Isidro de los, *op. cit.*, p. 130.

primi dieci pressoché contestuali all'approvazione dell'articolato costituzionale. La quasi irrilevanza dell'attività di manutenzione costituzionale non ha, ovviamente, impedito l'evoluzione del sistema, che anzi ha conosciuto, come noto, cambiamenti quanto mai profondi. La ritrosia a porre mano a riforme costituzionali si è legata, tuttavia, all'esigenza di preservare l'autorità della Carta fondamentale.¹⁴ In questa preservazione risiede proprio uno dei fondamenti della stabilità del sistema istituzionale, che si è associata ad una evoluzione che ha percorso i canali dell'interpretazione e dell'attuazione legislativa.

Sul versante opposto si colloca l'esperienza francese della Quinta Repubblica, la cui Costituzione, per il primo decennio di vigenza, è stata ritenuta alla stregua di “un vestito cucito addotto al Generale de Gaulle”, ma che poi è andata progressivamente accreditandosi come un testo in cui tutti potessero riconoscersi.¹⁵ Ebbene, questo processo è stato certamente agevolato da alcune importanti riforme costituzionali, che negli ultimi venticinque anni hanno assunto una funzione di consolidamento del sistema, attraverso una accelerazione significativa della frequenza con cui si ricorre ad interventi di manutenzione costituzionale.

Il confronto tra Stati Uniti e Francia, nella misura in cui dimostra come non esista un modello astratto che sia idoneo ad assicurare la piena esplicazione della supremazia costituzionale, lascia in sospeso la valutazione della prassi instauratasi nello stato di Aguascalientes. Una prassi che, in ogni caso, non pare che possa essere bollata come patologica.

Anzi, pare di poter dire che le modifiche frequenti, se ponderate, risultano, comunque, idonee a garantire una corrispondenza tra le esigenze del sistema e l'evoluzione della Costituzione. Questo, almeno, è quello che suggerisce l'accostamento con l'esperienza italiana, nella quale la mancata manutenzione costituzionale è stata additata, da una parte della

¹⁴ Questa posizione venne espressa con forza già da James Madison nei *Federalist Papers*, n. 49 (5 febbraio 1788), www.foundingfathers.info/federalistpapers/fedindex.htm.

¹⁵ Al punto che François Mitterrand, uno dei più accesi contestatori, negli anni sessanta, del sistema (da lui stesso identificato in un “colpo di Stato permanente”: cfr. Mitterrand, François, *Le coup d'État permanent*, Paris, Plon, 1964), una ventina di anni dopo, nel 1986, da presidente della Repubblica, non ebbe esitazione ad individuare nella Costituzione («*La Constitution, toute la Constitution, rien que la Constitution*») la stella polare capace di guidare il sistema nel periodo, fino ad allora inedito, della coabitazione tra una maggioranza parlamentare (ed un governo) espressione di un indirizzo politico opposto rispetto a quello del capo dello Stato (la c.d. *cohabitation*).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

dottrina, come la causa essenziale dell'“invecchiamento” della Costituzione repubblicana, in vigore dal 1948. Sul punto, peraltro, il discorso si fa complesso, poiché se è vero che taluni aggiornamenti sarebbero stati (e sarebbero) necessari, è anche vero che il processo di invecchiamento si è associato ad uno strisciante affievolimento dell'autorevolezza della carta, che è stato dovuto, probabilmente, non tanto alla sua mancata riforma in sé e per sé, quanto semmai alla frequente invocazione di riforme che, giunte ad uno stadio più o meno avanzato di elaborazione, non sono state alla fine adottate, con il risultato di mantenere in vita quelle disposizioni che, proprio perché oggetto di potenziale cambiamento, erano state criticate anche molto diffusamente. Ed il succedersi di questi tentativi abortiti (sovente anche perché molto —troppo— ambiziosi nel ridisegnare un testo che, complessivamente, continua a dar prova di efficacia)¹⁶ ha portato, nel tempo, ad una radicalizzazione del dibattito sulla necessità e sulla opportunità di operare riforme costituzionali, che sta producendo una sorta di stallo le cui conseguenze sono, in massima parte, misurabili in termini di impatto negativo sull'autorevolezza della Costituzione vigente.

V. IL PARADOSSO DELLE RIFORME¹⁷

Il terzo elemento su cui è il caso di porre, per quanto in maniera sommaria, l'accento riguarda il collegamento tra la manutenzione costituzionale ed il procedimento di riforma costituzionale.

Per riformare la Costituzione statale di Aguascalientes si richiede una maggioranza molto elevata (i due terzi dell'assemblea legislativa), oltre

¹⁶ L'ultimo tentativo in ordine di tempo è stato quello della riforma sottoposta a *referendum* costituzionale il 4 dicembre 2016, *referendum* che ha visto una maggioranza dei voti contrari alla revisione. Su tale riforma e sugli esiti della sua mancata approvazione, sia consentito rinviare a Passaglia, Paolo (ed.), *The 2016 Italian Constitutional Referendum: Origins, Stakes, Outcome*, *The Italian Law Journal*, Special Issue, 2017, disponibile alla pagina www.theitalianlawjournal.it/specialissues/ (data di ultimo accesso: 12 agosto 2018).

¹⁷ Il titolo del paragrafo evoca quello del contributo di Zagrebelsky, Gustavo, “I paradossi della riforma costituzionale”, *Politica del diritto*, 1986, pp. 165 e ss., in cui però il concetto di paradosso viene associato alle riforme in un'accezione completamente diversa, ad evocare cioè l'estrema difficoltà di modificare il sistema istituzionale in conseguenza dell'incapacità decisionale del sistema stesso, a testimonianza quindi della necessità che le riforme vengano fatte.

alla metà delle assemblee municipali.¹⁸ A ben vedere, però, queste soglie elevate non si dimostrano particolarmente difficili da raggiungere, in ragione del numero ridotto di deputati: per coagulare i voti dei due terzi dei deputati, un testo deve essere approvato da diciotto deputati su ventisette. Con numeri così bassi, tenendo anche conto del sistema elettorale che, come noto, tende a premiare la formazione politica maggioritaria, non appare così difficile trovare un accordo che sia sufficiente. Ad esempio, attualmente il partito di maggioranza ha tredici deputati: perché i due terzi siano raggiunti, basta che riesca ad avere altri cinque voti.

Si spiega, forse, proprio con il ridotto numero di deputati l'apparente paradosso per cui un procedimento di riforma costituzionale che richiede una soglia molto elevata convive con una frequenza notevole di leggi di riforma costituzionale.

Ci si può interrogare se non fosse il caso di introdurre ulteriori aggravamenti al procedimento di revisione, onde garantire il sistema contro eventuali riforme costituzionali troppo legate all'indirizzo politico contingente. Elevare oltre i due terzi il *quorum* approvativo della revisione parrebbe, tuttavia, eccessivo, poiché si rischierebbe di scivolare verso la richiesta di una unanimità di fatto. Una forma alternativa sarebbe quella di prevedere la possibilità di ricorrere ad un *referendum*, come strumento oppositivo rispetto alla decisione della maggioranza: la minoranza assembleare o un certo numero di cittadini o di municipalità potrebbero essere legittimati a richiedere lo svolgimento del *referendum*, in maniera analoga a quanto viene previsto nell'art. 138 della Costituzione italiana, salvo che, nel caso di Aguascalientes, al *referendum* dovrebbe potersi far luogo a prescindere dalla maggioranza raggiunta in sede assembleare, proprio per la facilità di raggiungere la soglia dei due terzi.¹⁹

¹⁸ L'art. 94 della Costituzione così dispone: "La presente Constitución puede ser adicionada o reformada con los requisitos siguientes:

I.- Iniciada la reforma y aprobada por los votos de las dos terceras partes del número total de diputados, se pasará a los ayuntamientos con los debates que hubiere provocado, para su discusión; si la mayoría de los ayuntamientos aprobaran la reforma o adición, ésta será declarada parte de la Constitución;

II.- Si transcurrieren quince días desde la fecha en que los ayuntamientos hayan recibido el proyecto de reforma, sin que se hubiere recibido en el Congreso el resultado de la votación, se entenderá que aceptan la reforma o adición".

¹⁹ Nella Costituzione italiana, il *referendum* può essere richiesto, invece, soltanto se il Parlamento non abbia approvato il testo con una maggioranza dei due terzi: l'idea è infatti quella che, con un *quorum* così elevato, sussista un consenso generalizzato nei con-

VI. UNA COSTITUZIONE “RICCA”

A mo’ di conclusione, pare opportuno spendere qualche parola sui contenuti concretamente presenti nella Costituzione dello Stato di Aguascalientes.

Pur senza coltivare l’ambizione di analizzare specifici istituti, è comunque possibile, anche di primo acchito, mettere in risalto la ricchezza di contenuti che connota la Costituzione. Una ricchezza che si apprezza sia sotto il profilo della quantità di materie trattate sia sotto il profilo del grado di precisione di molte disposizioni.

Per quel che riguarda le materie inserite all’interno della Costituzione, si può constatare come essa estenda la sua normazione su un vasto novero di materie, onde coprire, sostanzialmente, l’integralità della c.d. “materia costituzionale”.

Va peraltro detto che, rispetto a gran parte delle Costituzioni statali messicane, quella di Aguascalientes è relativamente breve, nel senso che il numero di articoli è piuttosto contenuto ed anche la lunghezza del testo è, nel complesso, assai minore dell’*id quod plerumque accidit*. Ciò posto, è comunque indubbio che si tratti di una Costituzione che può definirsi “lunga” (in senso tecnico), perché tratta, oltre che dell’organizzazione dei poteri, anche dei diritti individuali.

A ben vedere, anzi, c’è molto di più di quanto ci si possa aspettare. Due esempi possono, al riguardo, prospettarsi.

Il primo riguarda il catalogo dei diritti fondamentali, che è molto articolato e che copre sia i diritti di libertà sia —soprattutto— i diritti sociali. L’elenco dei diritti parte, all’art. 4, con il riconoscimento della centralità della famiglia come cellula sociale fondamentale, per poi enfatizzare la necessità di approntare una tutela compiuta nei confronti nei minori, sotto il profilo dell’intervento pubblico, ma anche nel quadro della tutela dell’identità personale sin dalla nascita. Sempre nel quadro familiare, si afferma il principio di eguaglianza tra i sessi, con una formulazione che, peraltro,

fronti della riforma. Il punto fondamentale, al riguardo, risiede, ovviamente, nei numeri: a fronte dei 27 deputati di Aguascalientes, la Camera dei deputati italiana è composta da 630 membri, mentre il Senato della Repubblica da 315 membri elettivi oltre ai senatori di diritto (fino a 5) ed a vita (gli ex-presidenti della Repubblica); numeri così ampi permettono di ritenere che, quando nelle assemblee si abbia un amplissimo consenso, ciò sia indice di un ampio consenso anche a livello sociale.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

trascende i semplici legami familiari. All'art. 4 si afferma in maniera molto articolata anche il diritto alla cultura ed il diritto alla salute. All'art. 5, ad essere protetta è la proprietà privata, di cui si mette in evidenza, tra l'altro, la necessaria funzione sociale. L'art. 60. è invece dedicato al diritto all'istruzione: significativamente, il diritto di accesso ad *Internet* è stato inserito al termine di una serie molto analitica di disposizioni che mirano a rendere effettivo ed efficace il diritto alla formazione. L'elenco si chiude, "provvisoriamente", con le previsioni in materia di ambiente (art. 7) e di sviluppo sostenibile (art. 7A), quest'ultimo disegnato attraverso azioni dei pubblici poteri nelle quali gli obiettivi di stampo prettamente economico si compenetrino con l'attenzione rivolta al benessere della collettività.

A completamento di questo elenco, si pone poi il capitolo "Del sistema de justicia penal acusatorio, el Ministerio Público, el sistema de seguridad pública y los derechos humanos". Gli articoli 58A e 58B fissano le linee essenziali del processo penale di stampo accusatorio, l'art. 58C si concentra essenzialmente sui rapporti tra pubblici ministeri e giudici, mentre l'art. 58D attiene alla fase decisoria del processo; alla responsabilità penale dei minori è dedicato l'art. 58E. Gli articoli 59 e 60 riguardano la figura del pubblico ministero, l'art. 61 si concentra invece sulle forze di polizia.

A garanzia del rispetto dei diritti fondamentali, precipuamente nell'ambito del procedimento penale, è istituita la Comisión Estatal de Derechos Humanos (art. 62). Infine, con una previsione che esorbita rispetto al processo penale, si stabilisce, in chiusura del capitolo, all'art. 62A, il diritto di accesso alle informazioni che riguardino l'individuo.

La marcata attenzione al procedimento penale ed alla tutela dei diritti in esso coinvolti è significativo che abbia uno spazio così ampio nella Costituzione statale, giacché dimostra l'estrema delicatezza di questa materia e la preoccupazione che il Costituente ha avuto nel proteggere il più possibile l'individuo quando si trovi di fronte alla potestà punitiva dello Stato. Forse l'attenzione al collegamento tra diritti e procedimento penale può essere stata ispirata dall'osservazione dell'ordinamento degli Stati Uniti, e della giurisprudenza della Corte Suprema federale, che si è grandemente sviluppata proprio su queste materie.

Il secondo ambito al quale conviene accennare, per il suo valore esemplificativo, è quello della disciplina del sistema elettorale per il *Congreso del Estado*. A differenza di quanto generalmente si constata nelle costituzioni europee, la Costituzione dello Stato di Aguascalientes detta regole

precise, a testimonianza di quanto sia fondamentale la legge elettorale per il funzionamento delle istituzioni statali. La materia elettorale è un buon esempio anche del livello di precisione delle disposizioni. Leggendo la Costituzione, infatti, si ha un quadro molto dettagliato di come il *Congreso del Estado* viene composto.

Ora, guardando il testo con gli occhi di un giurista europeo, può apparire eccessivo dedicare tanto spazio e diffondersi in discipline tanto dettagliate: le Costituzioni europee, infatti, generalmente non trattano del sistema elettorale se non in modo molto limitato, lasciando alla legge il compito di concretizzare anche le scelte più rilevanti. A ben vedere, peraltro, la scelta di integrare la regolamentazione del sistema elettorale all'interno della Costituzione non può essere semplicemente bollata come un eccessivo irrigidimento. Lasciare alla legge ordinaria il compito di disegnare il sistema elettorale può ingenerare, infatti, difficoltà assai rilevanti, segnatamente per l'impatto che le modifiche delle modalità di selezione della rappresentanza possono avere sul funzionamento del sistema nel suo complesso. L'esperienza italiana, da questo punto di vista, è emblematica: la Costituzione repubblicana, sebbene non abbia esplicitato l'opzione in favore del proporzionale, lo ha chiaramente presupposto, con il risultato che, allorché si passò, all'inizio degli anni novanta, ad un sistema prevalentemente maggioritario, ci si accorse che le garanzie approntate dalla Costituzione non erano sufficientemente efficaci una volta traslate in un sistema in cui una parte politica avesse la possibilità di soverchiare l'altra.

Probabilmente, se si fosse scelta la via di costituzionalizzare il sistema elettorale, come avvenuto —tra l'altro— nell'esperienza dello stato di Aguascalientes, ciò avrebbe reso più difficili i cambiamenti di sistema elettorale che hanno caratterizzato gli ultimi lustri e, al contempo, avrebbe assicurato uno sviluppo più armonico al sistema istituzionale. Benefici di questo genere, in effetti, sembrano lungi dal potersi trascurare, al punto che l'osservazione di esempi stranieri, come quello qui in esame, potrebbero suggerire qualche proficuo ripensamento.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

La Costituzione di Querétaro tra diritti fondamentali e principi di costituzione economica

Marcello SALERNO*

SOMMARIO: I. *La tutela multilivello dei diritti*. II. *L'impronta presidenzialista nell'organizzazione federale*. III. *Principi di finanza pubblica e costituzione economica*.

I. LA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI

El estado de Querétaro es parte integrante de la Federación mexicana, es libre y autónomo en lo que se refiere a su régimen interno y sólo delega sus facultades en los poderes federales, en todo aquello que fije expresamente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con queste parole si apre la Costituzione di Querétaro, che si colloca nell'ordinamento federale in armonia con i principi costituzionali degli Stati Uniti del Messico. In questo paese, il federalismo è stato molto più che un sistema di distribuzione geografica delle competenze: “la sua unione iniziale con il liberalismo, il fatto di essere questo fonte, predecessore o parente, reale o artificiale, del progressismo e del rivoluzionarismo messicani, uniscono il federalismo al progresso e alla rivoluzione e lo op-

* Investigador en instituciones de derecho público en la Universidad “A. Moro” de Bari, Italia, y habilitado como profesor asociado. Correo electrónico: marcello.salerno@uniba.it; ORCID: 0000-0003-0133-4806.

pongono al centralismo, al conservatorismo e alla controrivoluzione”¹. Il federalismo messicano, in altri termini, è strettamente correlato ai passaggi più importanti della storia costituzionale di questo paese. Nel contesto latino-americano, il Messico è stata la nazione nella quale l’organizzazione federale dello Stato è risultata più radicata.² La vastità e la diversità del paese sono un dato strutturale che ha rappresentato fisiologicamente l’elemento idoneo a giustificare e radicare una soluzione di tipo federale.

La disciplina dei diritti fondamentali si inserisce organicamente all’interno del sistema federale con un modello di tutela multilivello. L’art. 2 della Costituzione di Querétaro afferma il riconoscimento dei diritti umani nel quadro dei diritti costituzionali degli Stati Uniti messicani, dei trattati internazionali di cui lo Stato messicano è parte e delle leggi federali.³ Il rinvio al sistema di garanzie sovrastatali, tuttavia, non esaurisce la disci-

¹ García Ramírez, Sergio, “Prólogo. Sobre el federalismo mexicano”, in Gamás Torruco, José (cur.), *El federalismo mexicano*, Messico, SepSetentas, 1975, pp. 10 e ss. ma cfr. anche Carpizo, Jorge, “Sistema federal mexicano”, in id., *Estudios constitucionales*, Messico, 1983, p. 87. Il federalismo messicano è stato anche definito come “forza che attraversa la storia del Messico” o “dogma político constitucional”, cfr. Fix-Zamudio, Héctor e Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Messico, Porrúa, 2001, pp. 939 e 946. Il Messico, in effetti, costituisce uno dei più articolati e importanti esempi di Stato federale sin dal 1824, anno in cui fu adottata la prima Costituzione all’esito del difficile processo di conquista dell’indipendenza dalla Spagna. Da allora l’impronta federalista ha sostanzialmente caratterizzato l’ordinamento messicano fino a oggi (salvo la breve parentesi della Costituzione del 1843) e ne costituisce uno dei pilastri fondamentali: Fernández Sesegado, Francisco, *El federalismo en America latina*, Siena, 2001; Carpizo, Jorge e Carbonell, Miguel, *Diritto costituzionale messicano*, Torino, 2010, p. 56.

² Olivetti, Marco, “Il contesto attuale e l’inquadramento storico-Messico”, in Bifulco, Raffele (cur.), *Ordinamenti federali comparati*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 5 e ss.

³ Un quadro ricostruttivo in: Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, México, Porrúa, 1998; Carducci, Michele, *Il difficile confronto tra Europa e America latina su diritto giurisprudenziale e tutela multiordinamentale dei diritti fondamentali*, “Federalismi.it”, n. 4, 2013, reperibile in http://www.federalismi.it/focus/index_focus.cfm?FOCUS_ID=20, 2013, data di accesso 27 agosto 2018; Gambino, Silvio, “Multilevel constitutionalism e diritti fondamentali”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, pp. 1144 e ss. Dall’art. 41 della Costituzione messicana si deduce anche la subordinazione delle Costituzioni statali a quella federale: in nessun caso le Costituzioni dei singoli Stati potranno contraddire le stipulazioni del “patto federale”. Cfr. sul punto: Olivetti, Marco, “Autonomia costituzionale: procedimenti di approvazione, oggetti, garanzie – Messico”, in Bifulco, Raffaele (cur.), *Ordinamenti federali comparati*, cit., p. 106.

plina costituzionale dei diritti nello stato di Querètaro. La scelta del costituente, frequente ma non costante nelle Costituzioni statali messicane, è stata quella di dotarsi anche di un proprio catalogo di diritti che andasse ad integrare quello federale, anche al fine di affermare talune specificità dello Stato e, implicitamente, rafforzare l'identità territoriale nel contesto dell'ordinamento federale messicano. I numerosi interventi di riforma costituzionale che si sono succeduti negli ultimi anni (2008, 2011, 2013, 2016, 2017) hanno contribuito a "modernizzare" la disciplina dei diritti e a rendere la carta costituzionale di questo Stato più adeguata all'evoluzione del contesto sociale ed economico. Non essendo questa la sede per svolgere un'analisi approfondita e men che mai completa di tali diritti, la presente riflessione si soffermerà brevemente soprattutto su alcuni aspetti caratterizzanti la Costituzione di Querètaro, specie laddove sono rinvenibili elementi di originalità rispetto, in particolare, alla tradizione costituzionale europea.

Una prima parte dei diritti contenuti nella Costituzione statale si concentra sulla cura della persona e dei suoi bisogni primari, partendo dal diritto all'alimentazione "sufficiente e adeguata" sotto il profilo nutrizionale e in grado di garantire una vita salubre ed attiva⁴ (art. 3, Cost. stat.). Al fine di evitare malattie di origine alimentare, è previsto, altresì, l'impegno attivo dello Stato, chiamato ad attuare misure che promuovano l'acquisizione di buone abitudini alimentari tra la popolazione, promuovere la produzione e il consumo di alimenti ad alto valore nutritivo.

Tra i diritti fondamentali legati al benessere della persona si trova anche quello alla pratica sportiva, funzionale ad una migliore qualità della vita e allo sviluppo fisico. A tal fine, la Costituzione impone un ruolo attivo allo Stato e agli enti locali nella promozione e nell'organizzazione delle attività formative, ricreative e delle competizioni sportive. Sulla stessa linea

⁴ Per un quadro della problematica: Bottiglieri, Maria, "The Protection of the Right to Adequate Food in the Italian Constitution", *Forum di Quaderni Costituzionali*, Rassegna n. 11, 2015, traduzione in italiano: "La protezione del diritto al cibo adeguato nella Costituzione italiana", reperibile in <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2006/12/bottiglieri.pdf>; data di accesso 27-agosto-2018; Narula, Smita, "The right to food: holding global actors accountable under international law", *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 44, 2006, pp. 691 e ss.; Gusmai, Antonio, "Il diritto fondamentale al cibo adeguato tra illusioni e realtà", *Dirittifondamentali.it*, n. 2, 2015, reperibile in <http://www.dirittifondamentali.it/fascicoli/anno-2015/numero-22015/gusmai-il-diritto-fondamentale-al/>, data di accesso 27 agosto 2018.

si colloca il diritto all'ambiente sano (art. 5, Cost. stat.). Tale diritto, come è noto, si è affermato diffusamente in molti Stati europei durante il secolo scorso, spesso prima sul piano materiale e successivamente, in larga parte, anche sul piano formale. Il diritto all'ambiente, tuttavia, anche quando è inserito tra i diritti fondamentali, può essere efficacemente tutelato nella misura in cui trova il corretto bilanciamento con altri valori costituzionali quali, in particolare, quelli legati alla sfera delle libertà economica. Infatti, occorre onestamente ammettere che

...le istituzioni giuridiche dell'economia industriale non sono in grado di assumere drasticamente l'ambiente come valore sovraordinato e condizionante le esigenze produttive e distributive del mercato e che la più alta forma di tutela possibile e razionalmente dovuta è quella che tende a ridurre gli effetti aggressivi mediante una progressiva razionalizzazione del rapporto tra economia e ambiente, bilanciandone le esigenze secondo la "migliore tecnologia disponibile".⁵

Particolarmente rigorose appaiono poi le dichiarazioni di principio sulla difesa della vita sin dal concepimento. Il diritto alla vita di ogni essere umano, infatti, viene riconosciuto sin dalla fecondazione, momento nel quale l'individuo viene considerato "nato" per tutti gli effetti giuridici, senza prevedere particolari forme di bilanciamento, ad esempio, tra diritti della madre e del concepito che invece si riscontrano diffusamente nelle legislazioni europee.

Notevoli elementi di modernità emergono con riferimento ai diritti alle nuove tecnologie. Il diritto ad Internet, ad esempio, assume le caratteristiche di un vero e proprio diritto sociale in quanto la Costituzione attribuisce allo Stato il compito di rendere effettivo tale diritto attraverso l'implementazione delle necessarie politiche⁶ (art. 60., Cost. stat.). Particolare

⁵ Di Plinio, Giampiero, *Principi di diritto ambientale*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 16 e ss. il quale, nel teorizzare il concetto di "tutela bilanciata" o "comparativa", evidenzia come il diritto all'ambiente può realisticamente trovare applicazione nella sua accezione integrale ed "ecocentrica" solo in aree territorialmente limitate (aree naturali protette) dove è possibile introdurre un regime giuridico speciale nel quale gli interessi e le libertà economiche vengono subordinati al valore ambientale. Sul tema v. anche Caravita, Beniamino, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 2005; Mezzetti, Luca (cur.), *Manuale di diritto ambientale*, Padova, Cedam, 2001.

⁶ Su tutti gli aspetti di questo nuovo diritto costituzionale v. Frosini, Tommaso Edoardo, "Il diritto di accesso a Internet", in Frosini, Tommaso Edoardo e Pollicino, Oreste

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

attenzione viene posta anche ai rischi delle nuove tecnologie informatiche il cui utilizzo, si afferma, deve garantire il rispetto dei diritti fondamentali delle persone.

Sotto il profilo del diritto all'istruzione, la Costituzione di Querétaro si concentra sulla scelta del modello scolastico, individuando anche i valori del sistema educativo statale: democrazia, legalità, rispetto dei diritti umani, lavoro e produttività finalizzata ad una convivenza sociale armoniosa e allo sviluppo della scienza, della tecnologia e dell'innovazione. Ciò che appare piuttosto caratteristico e a tratti singolare è la scelta del costituente di individuare persino le materie sulle quali il sistema educativo è chiamato a concentrarsi, come ad esempio la geografia, la cultura, i diritti umani, le caratteristiche sociali ed economiche, i valori archeologici, storici ed artistici, linguistici e tradizionali dello stato di Querétaro e dello Stato messicano.

Infine occorre sottolineare l'attenzione particolare per il valore della cultura dei cittadini di Querétaro quale diritto fondamentale. La Costituzione rinvia alla legge il compito di proteggere il patrimonio e gli eventi culturali. Alle istituzioni, con la partecipazione responsabile dell'intera società, è attribuito il compito di salvaguardare, conservare e proteggere il patrimonio culturale, diffondendone la conoscenza.

II. L'IMPRONTA PRESIDENZIALISTA NELL'ORGANIZZAZIONE FEDERALE

Il Messico ha consolidato lungo l'arco di una bicentenaria storia di nazione indipendente, con l'eccezione dei due periodi di governo imperiale (1821-23 e 1864-67), una tradizione di governo repubblicana e presidenziale.⁷ Il

e Apa, Ernesto e Bassini, Marco (cur.), *Diritti e libertà in Internet*, Le Milano, Monnier, 2017, pp. 47 e ss. Si tratta di una problematica che richiama fondamentalmente la questione del *digital divide*, sulla quale v. Nannipieri, Lorenzo, "La dimensione costituzionale del digital divide. In particolare gli ostacoli cognitivi alla proiezione dell'individuo nello spazio virtuale", in Nisticò, Michele e Passaglia, Paolo (cur.), *Internet e Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 189 e ss.; cfr. anche Pucci, Tommaso, "Il diritto all'accesso nella società dell'informazione e della conoscenza. Il digital divide", *Informatica e diritto*, n. 2, 2002, pp. 121 e ss.; Zocchi, Paolo, *Internet: la democrazia possibile: come vincere la sfida del digital divide*, Milano, Guerini, 2003.

⁷ Valadés, Diego, *Problemas y perspectivas del sistema presidencial mexicano*, in Alcántara Sáez, Manuel e Hernández Norzagaray, Ernesto (cur.), *México, el nuevo esce-*

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Potere Esecutivo concentrato nelle mani di un organo monocratico caratterizza sia l'ordinamento federale sia quello statale.⁸ Al governatore, eletto direttamente dai cittadini di Querétaro (art. 20, Cost. stat.), spetta il compito di garantire la libertà, la pace, l'ordine pubblico, la sicurezza sociale e di assumere il comando in quei casi giudicati causa di forza maggiore o grave turbamento dell'ordine pubblico. In quanto capo del governo, il presidente della Repubblica ha anche il potere di nominare e rimuovere liberamente i dipendenti pubblici dell'Esecutivo. Tutte le cariche elettive (tra questi anche i componenti della giunta e del Parlamento) sono incompatibili con quelle di magistrato, di ministro del culto o di componenti delle forze di polizia (art. 8, Cost. stat.).

L'attribuzione ad un organo monocratico del Potere Esecutivo e di altri poteri di così ampia portata è caratteristica che difficilmente si riscontra, in questi termini, nel contesto europeo ma, come è stato altrove evidenziato, "l'opzione per la forma di governo presidenziale, con la torsione presidenzialista, ha rappresentato il filo rosso che ha attraversato la tradizione costituzionale messicana dopo l'indipendenza, diventando uno dei cardini della costituzione materiale di questo paese senza soluzione di continuità".⁹ Il modello, adottato inizialmente dalla Costituzione del 1824, fu replicato da quella successiva del 1857, per essere poi confermato definitivamente con la Costituzione del 1917. Il costituzionalismo messicano, pur nel succedersi di regimi con caratteristiche diverse, si è sviluppato sostanzialmente riconoscendo al presidente della Repubblica (e, per declinazione territoriale, ai presidenti degli Stati federati) un ruolo chiave nell'articolazione del sistema dei poteri pubblici. Le Costituzioni statali sembrano replicare per gemmazione il modello presidenziale federale.

Nel dibattito in assemblea costituente, la scelta federale sulla forma di governo fu una delle questioni più discusse. Non mancarono opinioni cri-

nario político del bicentenario, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2009, pp. 67 e ss.; Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, Messico, Siglo XXI, 1998, pp. 190 e ss.

⁸ La Costituzione federale messicana attribuisce il Potere Esecutivo al presidente della Repubblica (art. 80), eletto dal corpo elettorale a suffragio universale e diretto (art. 81). Cfr. Olivetti, Marco, "La forma di governo – Messico", in Bifulco, Raffele (cur.), *Ordinamenti federali comparati*, cit., p. 164.

⁹ Tarchi, Rolando, "La forma di governo del Messico: dal presidenzialismo imperiale alla «parlamentarizzazione» del presidenzialismo?", *DPCE-online*, n. 4, 2017, p. 893, reperibile in <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/468>, data di accesso 27 agosto 2018.

tiche nei riguardi del modello di presidenzialismo che si stava costruendo e che si annunciava un po' troppo accentuato.¹⁰ La scelta, in realtà, fu il frutto di una serie di ragioni concomitanti, tanto di matrice culturale che politica, che rispondevano anche ad esigenze di reazione nei confronti del vecchio ordine Costituzionale. In presenza di una società assai pluralista e, per certi versi, non in grado di esprimere una rappresentanza politica adeguata ed efficiente, il modello costituzionale doveva conformarsi alle caratteristiche della realtà messicana e conservare un potere esecutivo forte, attivo e concentrato in un organo monocratico idoneo a garantire l'unità di indirizzo politico dello Stato.¹¹ Inoltre, un presidente dotato di poteri molto ampi si sarebbe trovato nella condizione migliore per attuare in tempi più rapidi ed in maniera più efficace gli ideali rivoluzionari ed il programma di riforme sociali promesse al popolo, delle quali egli assumeva il ruolo di garante. Proprio questo binomio tra idee fortemente conservatrici e utopie rivoluzionarie ha prodotto, in maniera più o meno consapevole, una forma di presidenzialismo definito "duro e puro".¹²

Il presidenzialismo messicano si inserisce in un sistema federale che si fonda sul combinato disposto degli articoli 2 e 40 della Costituzione del 1917: il primo stabilisce il principio dell'unità ed indivisibilità della nazione messicana, mentre il secondo dichiara la volontà del popolo messicano di costituirsi in una Repubblica rappresentativa, democratica, federale, composta da Stati liberi e sovrani per tutto ciò che concerne il proprio regime interno, e tuttavia uniti in una federazione. Il sistema federale e la forma di governo presidenziale si condizionano a vicenda. Come è stato autorevolmente affermato, il federalismo messicano costituisce "uno strumento utile per temperare il presidenzialismo":¹³ spesso offre ai partiti sconfitti a livello federale la possibilità di governare in alcuni Stati e

¹⁰ Carpizo, Jorge, *Sistema presidencial mexicano: dos siglos de evolución*, Perú, Adrus, 2011.

¹¹ Tarchi, Rolando, "La forma di governo del Messico: dal presidenzialismo imperiale alla «parlamentarizzazione» del presidenzialismo?", *cit.*, p. 892. Il presidente Venustiano Carranza, aprendo i lavori del Congresso costituente, sostenne l'esigenza di preferire il presidenzialismo al parlamentarismo, secondo modalità che dovevano limitare il potere del Congresso, così da impedire che "potesse disturbare o rendere imbarazzante e difficile l'avanzata del potere esecutivo", Carpizo, Jorge e Carbonell, Miguel, *Diritto costituzionale messicano*, *cit.*, 136 e ss.

¹² *Ibidem*, 139.

¹³ Carbonell, Miguel, "Il federalismo in Messico: principi generali e distribuzioni di competenze", *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, n. 2, 2001, p. 502.

ne attenua il massimalismo, riducendo così le potenzialità escludenti del presidenzialismo.¹⁴

In questo quadro, le competenze tra Stato federale e Stati federati sono ripartite secondo un principio sostanzialmente residuale. L'art. 17 della Costituzione di Querétaro afferma che il Potere Legislativo statale si estende su tutte le materie, salvo quelle che la Costituzione federale espressamente attribuisce agli Stati Uniti Messicani. Tale principio è coerente con quanto stabilisce la stessa Costituzione federale messicana che all'art. 124 riconosce ai singoli Stati tutte le facoltà non espressamente attribuite ai "funzionari federali". L'elenco delle materie espressamente conferite alla Federazione, contenuto nell'articolo 73 della Costituzione messicana, non va tuttavia inteso in senso eccessivamente rigido o esaustivo: per quanto quasi mai applicato,¹⁵ nel sistema messicano vige infatti il principio dei poteri impliciti, in virtù del quale, al fine di assicurare la tutela del principio unitario, la Federazione può esercitare il Potere Legislativo ogni volta che ciò sia ritenuto necessario per esercitare in concreto le competenze ad essa attribuite dalla Costituzione.¹⁶ Certamente residuano in capo agli Stati la disciplina della loro organizzazione politica e quella dei rapporti tra i cittadini e lo Stato, sebbene all'interno delle opzioni imposte dalla Costituzione federale.

Si tratta di un modello che per certi versi non si discosta molto da quelli federali europei. Ad esempio nell'ordinamento federale tedesco, il criterio generale di attribuzione delle competenze legislative si basa sul principio di competenza residuale dei *Länder* per le materie non espressamente attribuite alla Federazione,¹⁷ a cui si affianca la possibilità per la Federazione di esercitare, oltre alla competenza esclusiva su specifiche materie previste

¹⁴ Cfr. Hernández Rodríguez, Rogelio, "La disputa por el presupuesto federal. El presidencialismo y gobiernos estatales en México", *Foro Internacional*, n. 1, enero-marzo, 2006, p. 104, dove si sottolinea: "el predominio del Poder Ejecutivo que por años caracterizó al sistema mexicano, no sólo se manifestaba en la subordinación del Congreso, sino también en el sometimiento de los gobiernos estatales".

¹⁵ Carpizo, Jorge e Carbonell, Miguel, *Diritto costituzionale messicano*, cit., p. 56

¹⁶ Nicotra, Ida, *Diritto pubblico e costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 334. Il sistema di riparto è reso piuttosto complesso a causa di un fitto sistema di criteri che distinguono le competenze "coincidenti" o concorrenti dalle competenze "coesistenti" che costituirebbero comunque una eccezione ai principi del sistema federale. Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Cd. de México, Porrúa, pp. 119 e ss.

¹⁷ Cfr. Art. 70, *Grundgesetz*.

dalla Costituzione,¹⁸ anche i poteri che ricadono nell'ambito delle materie di competenza concorrente.¹⁹

La Costituzione di Querétaro riconosce, infine, l'importante ruolo dei municipi, che costituiscono l'elemento di base della divisione territoriale e dell'organizzazione politica e amministrativa dello stato. I singoli stati messicani, infatti, presentano una suddivisione amministrativa articolata in "liberi municipi" (art. 115, Cost. fed.) a cui sono attribuiti diversi compiti tra i quali, ad esempio, i servizi pubblici locali, la sicurezza, la viabilità, l'igiene e il decoro urbano. Altre funzioni possono essere svolte, in collaborazione con il governo federale, in materia di scuola, sanità, cultura e ambiente. La Costituzione federale non garantisce l'esistenza individuale di tutti i municipi messicani ma rinvia la loro istituzione alla competenza dei singoli stati federati.

III. PRINCIPI DI FINANZA PUBBLICA E COSTITUZIONE ECONOMICA

Aspetti particolarmente innovativi della Costituzione di Querétaro si rinven-
gono anche sul fronte della Costituzione economica, in particolare della
Costituzione finanziaria²⁰ che impone vincoli di bilancio e divieti di
indebitamento a carico sia dello Stato che delle municipalità (art. 14, Cost.
stat.), fatte salve le situazioni di emergenza o quelle in cui si verificano

¹⁸ Art. 73, *Grundgesetz*.

¹⁹ Art. 74, *Grundgesetz*. Le riforme costituzionali del 2006 e del 2008 hanno abro-
gato la potestà legislativa statale di emanare leggi-quadro, ai sensi dell'art. 75 del *Grun-
dgesetz*. Sul tema v. Palermo, Francesco, "Il nuovo riparto delle competenze legislative
nell'ordinamento federale tedesco, tra retorica ed effettività", *Diritto Pubblico Compara-
to ed Europeo*, n. 2, 2007, pp. 98 e ss.

²⁰ Il concetto di "costituzione finanziaria" viene qui accolto nel senso descritto da
Di Plinio, Giampiero, "La Costituzione economica nel processo costituente europeo",
Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, n. 4, 2003, pp. 1789 e ss., al quale si rinvia am-
piamente, soprattutto: *id.*, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1998, dove si
descrive la Costituzione finanziaria come una "partizione" della Costituzione economica
che racchiude le politiche di bilancio in senso ampio (nei suoi sottoinsiemi e pertinenze,
quali politiche fiscali, politiche macroeconomiche e di spesa e relative procedure, diritto
contabile pubblico), e infine incentivazioni, regolazioni, iniziativa pubblica, servizi e po-
litiche di *welfare* considerati sotto i profili del condizionamento finanziario e del rapporto
risorse/risultati nel quadro delle politiche di stabilità e crescita. Sullo stesso tema v. anche
Bassanini, Franco, "Riflessioni sulla riforma della «Costituzione finanziaria»", *Quaderni
Costituzionali*, n. 3, 1993, pp. 423 e ss.

precise condiciones, ossia: che le risorse siano destinate ad investimenti di lungo periodo e per l'interesse della collettività; che vi sia una espressa autorizzazione legislativa con maggioranza dei due terzi; che il debito sia sostenibile, sulla base di precisi parametri e tenuto conto delle entrate complessive. Vi è anche un richiamo alla "nazionalità" del debito come strumento strategico di protezione dell'economia messicana: è vietato, infatti, contrarre debiti con altre nazioni o con società (pubbliche o private) che si collocano fuori del territorio nazionale.

La disciplina di bilancio, dunque, si presenta piuttosto ricca di vincoli tendenzialmente oggettivi e funzionali ad evitare una eccessiva esposizione debitoria dello Stato.²¹ Sotto questo profilo l'esperienza messicana presenta elementi di notevole comunanza con quella europea che, come è noto, a partire dal Trattato di Maastricht, passando per il Patto di Stabilità e Crescita fino, più recentemente, al Trattato sul c.d. "Fiscal compact"²² è stata caratterizzata da trasformazioni radicali nel governo della finanza

²¹ Il federalismo fiscale messicano è sempre stato caratterizzato da un certo accentramento delle competenze in materia finanziaria, su cui v. ampiamente Vedaschi, Arianna, "Il federalismo fiscale messicano", in Ferrari, Giuseppe Franco (cur.), *Federalismo, sistema fiscale, autonomie*, Roma, Donzelli editore, 2010, pp. 499 e ss.

²² Il Fiscal compact è noto come il trattato che impone ai paesi aderenti il vincolo del pareggio di bilancio. La parte più importante del Trattato, infatti, si concentra sul cosiddetto "Patto di bilancio", ossia sul vincolo sancito dal par. 1 dell'art. 3 che prescrive, alla lett. a), che "la posizione di bilancio della pubblica amministrazione di una parte contraente è in pareggio o in avanzo". Ai sensi della lett. b), essa "si considera rispettata se il saldo strutturale annuo della pubblica amministrazione è pari all'obiettivo di medio termine specifico per il paese, quale definito nel Patto di stabilità e crescita rivisto, con il limite inferiore di un disavanzo strutturale dello 0,5% del prodotto interno lordo". Quando il rapporto tra il debito pubblico e il prodotto interno lordo è significativamente inferiore al 60% tale limite di disavanzo strutturale sale fino ad un massimo dell'1,0% del prodotto interno lordo. Il vincolo, dunque, non è esattamente al pareggio di bilancio, quanto piuttosto ad un "equilibrio di bilancio" consistente nel rispetto di un saldo prefissato che può, entro i limiti prestabiliti, essere anche in lieve disavanzo, differente a seconda del grado di indebitamento del paese e del relativo livello di rischio. Obiettivi di bilancio più stringenti e una forcella di disavanzo più stretta (0,5%) sono imposti ai paesi meno virtuosi sotto il profilo finanziario, Morgante, Daniele, Note in tema di "Fiscal Compact", *Federalismi.it*, n. 7, 2012, pp. 11 e ss., reperibile in; <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=19844>. Data di accesso 27-agosto-2018. Per considerazioni più analitiche, anche sotto il profilo storico e comparatistico, v. Coronidi, Francesco, "La costituzionalizzazione dei vincoli di bilancio prima e dopo il Patto Europlus", *Federalismi.it*, n. 5, 2012, pp. 15 e ss., reperibile in; <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=19650>. Data di accesso 27-agosto-2018. Cfr. anche Nugnes, Francesca, "Il Fiscal Compact. Prime riflessioni su un accordo ricognitivo", *Forum di Quaderni*

pubblica, con l'introduzione di vincoli di bilancio che investono non soltanto il rapporto tra Stati membri e Unione europea ma anche tra Stati e rispettive autonomie territoriali.²³ I presupposti teorici all'introduzione di tali vincoli sono rinvenibili sostanzialmente nella letteratura economica e si basano sulla circostanza che una situazione finanziaria di disequilibrio da parte di uno Stato all'interno di un ordinamento federale rischia di produrre esternalità negative nei confronti di tutti gli altri Stati.²⁴ Le regole di costituzione finanziaria, pertanto, agganciano il livello di deficit degli Stati e, conseguentemente, i livelli di spesa pubblica, ad un elemento quantitativo, ossia il prodotto interno lordo. Ciò implica che la spesa pubblica debba essere finanziata dal sistema economico e che non sia possibile coprire il deficit mediante manovre monetarie:²⁵ il prodotto interno lordo assurge a "misura costituzionale della correttezza finanziaria dello Stato".²⁶

Si tratta di principi che sono rinvenibili anche nella Costituzione di Querétaro, nella misura in cui il ricorso all'indebitamento è ammesso soltanto in casi specifici, in particolare quando si tratta di spesa pubblica produttiva, ossia capace di fare crescere il prodotto interno lordo e, quindi, assicurare le condizioni per riportare la finanza pubblica in una situazione di equilibrio nei periodi successivi: "el gobierno del estado y los municipios no podrán contraer deuda pública sino cuando se destine a inversiones públicas productivas" (art. 14, Cost. stat.).²⁷

Costituzionali, 2012, reperibile in: http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0305_nugnes.pdf, data di accesso 27-agosto-2018.

²³ Per una rapida disamina dei diversi aspetti coinvolti v. Fabbrini, Federico, "Il pareggio di bilancio nelle Costituzioni europee", *Quaderni Costituzionali*, n. 4, 2011, pp. 933 e ss.

²⁴ Nella prospettiva europea v. Momigliano, Sandro e Zotteri, Stefania, *Le regole di bilancio europee: il Patto di stabilità e crescita*, Roma, Banca d'Italia, Servizio Studi, Giugno 2005, pp. 1 ss.; De Grauwe, Paul, *Economia dell'integrazione monetaria*, Bologna, Il Mulino, 1993; Buti, Marco e Sapir, André (cur.), *La politica economica nell'Unione economica e monetaria europea*, Bologna, Il Mulino, 1999.

²⁵ Come è noto, l'art. 123 vieta alla Banca centrale europea e alle banche centrali nazionali, di concedere scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia a istituzioni, organi od organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali.

²⁶ Di Plinio, Giampiero, *Il common core della deregulation*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 240.

²⁷ Sul concetto di produttività della spesa pubblica v. ampiamente: Di Plinio, Giampiero, "Costituzione e scienza economica", *Il Politico*, vol. 74, n. 3, p. 178.

Negli ordinamenti federali, più in generale, non è infrequente la presenza di vincoli di bilancio, anche di rango costituzionale, sotto forma sia di *balanced budget requirements* che di *tax and expenditure limitations*.²⁸ Nel sistema federale tedesco, ad esempio, la Costituzione riconosce il principio di autonomia finanziaria dei *Länder* affermando che ogni livello di governo deve disporre di risorse finanziarie per l'assolvimento dei propri compiti e prevenendo che gli introiti di determinate imposte siano attribuiti alla Federazione e ai *Länder* secondo la ripartizione stabilita dall'art. 106 del *Grundgesetz*. Tuttavia, il processo di integrazione europea e, in particolare, l'introduzione dei vincoli di bilancio, hanno inciso sotto diversi profili sul grado di autonomia finanziaria degli Stati federati,²⁹ specie a seguito della crisi economico-finanziaria degli ultimi anni.³⁰ La Germania, come è noto, è stata una delle principali sostenitrici di una severa politica di bilancio in tutti i paesi dell'Eurozona. La Costituzione tedesca, infatti, è stata modificata con due successive revisioni, nel 2006 e nel 2009, proprio al fine di rafforzare le regole di coordinamento finanziario sul sistema federale tedesco e porre rimedio ai rischi di superamento dei parametri europei di stabilità.³¹ Le nuove norme costituzionali impongono

²⁸ V. in dettaglio, per il modello statunitense, Di Plinio, Giampiero, "Federalismo e costituzione fiscale negli Stati Uniti d'America", in Ferrari, Giuseppe Franco (cur.), *Federalismo, sistema fiscale, autonomie (modelli giuridici comparati)*, Roma, Donzelli editore, 2010, pp. 330 e ss.

²⁹ Per una ricostruzione evolutiva del federalismo fiscale tedesco: Spahn, Paul Bernd e Föttinger, Wolfgang, "Germany", in Ter-Minassian, Taline, (ed.), *Fiscal Federalism in Theory and Practice*, Washington, IMF, 1997; Hepp, Ralf e Von Hagen, Juergen, *Fiscal Federalism in Germany: Stabilization and Redistribution Before and after Unification*, ZEI, CEPR Discussion Paper, N. DP7246, 2009.

³⁰ Cfr. Ciolli, Ines, "I paesi dell'eurozona e i vincoli di bilancio, quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari", *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1, 2012, reperibile in: <http://www.rivistaaic.it/i-paesi-dell-eurozona-e-i-vincoli-di-bilancio-quando-l-emergenza-economica-fa-saltare-gli-strumenti-normativi-ordinari.html>, data di accesso 27-agosto-2018.

³¹ Per una analisi più compiuta del processo di riforma v. Perez, Rita, "La nuova disciplina del bilancio in Germania", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 1, 2011, pp. 95 ss.; Bifulco, Raffaele, "Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?", *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 3, 2011, pp. 1 ss., reperibile in: <http://www.rivistaaic.it/il-pareggio-di-bilancio-in-germania-una-riforma-costituzionale-postnazionale.html>, data di accesso 27-agosto-2018; Pedrini, Federico, "La costituzionalizzazione tedesca del Patto europeo di stabilità: il Grundgesetz preso sul serio", *Quaderni Costituzionali*, n. 2, 2011, pp. 391 ss.; Bertolini, Elisa, "I rapporti finanziari intergovernativi nell'evoluzione dell'ordinamento federale tedesco", in Ferrari,

sia al *Bund* che ai *Länder* l'obbligo all'equilibrio di bilancio derivante dai Trattati europei,³² salvo deroghe legate a particolari periodi di congiuntura negativa. In tali casi, è prevista una responsabilità congiunta per l'eventuale inottemperanza agli obblighi. Il ricorso all'indebitamento viene limitato a poche situazioni eccezionali disciplinate dal nuovo art. 115 della Costituzione tedesca, che richiede espressamente l'approvazione di una legge federale di autorizzazione e la previsione di uno specifico piano di ammortamento. In base al "Patto di stabilità nazionale" i *Länder* risultano corresponsabili dell'indebitamento e hanno l'obbligo di partecipare alle eventuali sanzioni stabilite dall'ordinamento europeo, secondo quanto stabilito da una apposita legge federale che dovrà avere l'approvazione del *Bundesrat*. Inoltre, è prevista una procedura di sorveglianza delle politiche di bilancio di *Bund* e *Länder* da attuare attraverso un apposito organo di stabilità, con l'approvazione del *Bundesrat*.³³

Gli Stati federati accettano generalmente il condizionamento quantitativo del bilancio e addirittura lo inseriscono nelle loro Costituzioni formali, sotto forma di principio del pareggio conformemente alle teorie che si richiamano al principio del *matching principle*, elaborate per il decentramento fiscale negli Stati federali.³⁴ Tali teorie affermano che, all'interno dei confini di un determinato territorio, l'allocatione ottimale delle risorse deve essere conforme ai seguenti principi: finanziamento della spesa pub-

Giuseppe Franco (cur.), *Federalismo, sistema fiscale, autonomie. Modelli giuridici comparati*, cit., 102 e ss.; Goldmann, Matthias, "Legarsi le mani: il quadro delle misure di riduzione del deficit in Germania", *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 12, 2010, pp. 1309 e ss.

³² Art. 109, *Grundgesetz*.

³³ Si tratta del Consiglio di stabilità, composto dal ministro federale delle finanze, il ministro federale dell'economia e i ministri delle finanze dei *Länder*. Esso decide a maggioranza di due terzi con esclusione del *Länder* interessato. Cfr. Carboni, Giuliana Giuseppina, *Federalismo fiscale comparato*, Napoli, Jovene, 2013, pp. 75 e ss.

³⁴ Il riferimento, in particolare, è alla Costituzione americana che disciplina i poteri impositivi del governo federale attribuendo al Congresso la potestà di imporre e percepire tasse, diritti, imposte e dazi, ma contestualmente anche l'obbligo di *apportionment*, cioè di ripartire le imposte dirette tra i vari Stati in modo proporzionale alla rispettiva popolazione. Gli Stati sono ampiamente autonomi nella scelta dei tributi e aliquote, entro poche limitazioni imposte dalla Costituzione federale, quali in particolare la riserva federale sulla tassazione sull'import/export e il divieto di ostacolare il mercato interno e le relazioni commerciali interstatali. Dal punto di vista della spesa, la maggior parte delle funzioni sono allocate a livello statale o substatale, con importanti eccezioni, tra cui la difesa nazionale, il sistema pensionistico e l'assicurazione sanitaria per anziani e disabili.

blica attraverso risorse locali e comunque riconducibile alle fonti di entrata fiscale; pressione fiscale collegata alla responsabilità politica di fronte ai contribuenti. Si tratta, come appare subito evidente, dei corollari del “teorema del decentramento”.³⁵

Anche la Costituzione di Querétaro sembra evocare tale principio, nel momento in cui afferma che “al menos el treinta por ciento de la contratación de deuda pública debe respaldarse con contribuciones propias del estado o municipios”. In altri termini, vi è un esplicito vincolo di corresponsabilità dei territori al risanamento delle finanze pubbliche, i quali sono chiamati a concorrere alla copertura del debito pubblico con proprie risorse. Le teorie del *matching principle*, in effetti, si basano sulla connessione tra uscite di bilancio e fonti locali di finanziamento, tra responsabilità politica di spesa e capacità territoriale di produrre e reperire le risorse necessarie. Tali teorie si stanno affermando ormai in molti Stati federali. Il modello americano, ad esempio, realizza sia il *matching principle* che uno dei più bassi livelli di *fiscal imbalance*, in un contesto di federalismo competitivo e duale in cui il riequilibrio è in gran parte affidato al gioco spontaneo di libertà economica, mobilità dei fattori produttivi e apertura del mercato, la perequazione interstatale sostanzialmente non esiste, e l'*e-qualization* è realizzata (nei limiti in cui lo è) dalla Federazione.³⁶ In altre federazioni, come la Germania, il *matching principle* è tendenziale ma lo squilibrio fiscale è molto contenuto, in un contesto di federalismo cooperativo, alta perequazione intergovernativa ed elevata spesa per il welfare.³⁷

Gli ordinamenti basati sul modello federale tendono generalmente a legare in maniera importante le funzioni attribuite agli Stati federali con il relativo potere di spesa. La Costituzione tedesca, ad esempio, stabilisce come principio generale che le spese relative all'esercizio delle funzioni del *Bund* e dei *Länder* devono gravare in maniera separata sui rispettivi

³⁵ Cfr. Oates, Wallace E., *Fiscal Federalism*, New York, Harcourt Brace Jovanovich, 1972; Bird, Richard M., “Threading the Fiscal Labyrinth: Some Issues in Fiscal Decentralization”, *National Tax Journal*, n. 46, vol. 2, 1993, pp. 207 e ss.; Samuelson, Paul A., “The Pure Theory of Public Expenditure”, *The Review of Economics and Statistics*, n. 4, vol. 36, 1954, pp. 387 e ss.; Buchanan, James M. e Tullock, Gordon, *The Calculus of Consent*, University Michigan, Michigan Press, 1962; Musgrave, Richard A., *The Theory of Public Finance*, New York, McGraw-Hill, 1959.

³⁶ Dam, Kenneth W., “The American Fiscal Constitution”, *University of Chicago Law Review*, n. 44, 1977, pp. 271 e ss.

³⁷ Spahn, Paul Bernd e Föttinger, Wolfgang, “Germany”, in Ter-Minassian, Taline, (ed.), *Fiscal Federalism in Theory and Practice*, cit.

bilanci, salvo che la stessa Costituzione non preveda diversamente.³⁸ Coerentemente, è stato reso esplicito il principio in base al quale, qualora il *Bund* dovesse delegare specifiche funzioni ai *Länder*, occorrerà fornire a questi ultimi le risorse necessarie.

In complesso, quindi, si rinviene un “principio di separazione” che risulta determinante per l’autonomia finanziaria dei *Länder*, in quanto occorre che essi dispongano di garanzie circa la disponibilità di risorse proprie per ciascuna delle funzioni loro attribuite.³⁹ Il Tribunale federale tedesco, a tal proposito, ha considerato la corrispondenza tra responsabilità della spesa ed entrata come un principio fondamentale alla base dell’autonomia: Federazione e *Länder* devono essere messi in condizione di avere le risorse necessarie all’assolvimento dei propri compiti.⁴⁰

Il principio del *matching principle* è rinvenibile anche nel sistema federale belga, seppure all’interno di un assemblaggio di paradossi,⁴¹ in cui l’intreccio dei confini linguistici e dei livelli di governo, disegnato sin dagli anni ‘60 per determinare le aree a fini amministrativi, ha progressivamente assunto rilievo costituzionale, divorando funzioni e competenze al livello federale. Intorno al groviglio linguistico, economico e politico si è sedimentata nel tempo, a partire dal 1970, una varietà e di forme organizzative e procedurali frammentate e sovrapposte, il cui sbalorditivo carattere è la coesistenza su medesime porzioni di territorio di un doppio strato di istituzioni differenziate, ciascuna con propri organi “costituzionali”, apparati, competenze e bilanci. In Belgio esiste una *devolution* spinta e contempora-

³⁸ Art. 104a, *Grundgesetz*.

³⁹ Cfr. sul tema: Mezzetti, Luca, “Il sistema federale tedesco”, in Gambino, Silvio (cur.), *Regionalismo, federalismo, devolution*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 199 e ss.; Carboni, Giuliana Giuseppina, *Federalismo fiscale comparato*, cit., p. 101.

⁴⁰ Bundesverfassungsgericht, sent. 72, 330 del 24 giugno 1986. Tuttavia, si tratta di un principio non privo di eccezioni. La stessa Costituzione tedesca prevede che, in taluni casi, la spesa per una funzione possa essere sostenuta congiuntamente da più livelli o da un livello diverso da quello che esercita la funzione stessa, sicché le “aree di responsabilità finanziaria comune” risultano piuttosto numerose, Woelk, Jens, “I rapporti finanziari fra livelli di governo nell’ordinamento tedesco”, in Palermo, Francesco e Nicolini, Matteo (cur.), *Atti del Convegno “Federalismo fiscale in Europa: esperienze straniere e spunti per il caso italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 15 e ss.

⁴¹ Di Plinio, Giampiero, “L’esperienza belga di federalizzazione nell’ottica del sistema della finanza pubblica”, in Ferrari, Giuseppe Franco (cur.), *Federalismo, sistema fiscale, autonomie*, cit., pp. 167 e ss.; Uyttendaele, Marc, *Précis de droit constitutionnel belge - Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

neamente una soberanía fiscal accentrada. El *matching principle* es constitucionalmente declarado como correspondencia territorial entre gastos e ingresos (*just retour*),⁴² e en presencia de una dosis masiva de *fiscal imbalance*, e de un correspondiente elevado volumen de transferencias federales.⁴³ Ne resulta una arquitectura institucional “cubista” el cual funcionamiento seria un misterio, se non si tenesse en consideracion lo spiccato consociativismo legislativo e institucional⁴⁴ que ha acelerado la federalizacion de los poderes centrales e consentido a los “poderes lingüísticos” e a las instancias federalistas de instalarse establemente en todos los organos constitucionales,⁴⁵ dando origen al más relevante ejemplo de combinacion entre la concepcion “territorial” e la concepcion “personal” de federalismo.⁴⁶

Come è stato altrove efficacemente affermato:

...nella teoria giuridica del federalismo fiscale, il *matching principle* è norma economica di nucleo costituzionale. Come in genere avviene per tutte le norme costituzionali imposte dall'economia, essa è “direttiva” e “tendenziale”, e in nessun ordinamento può dirsi compiutamente realizzata; esperienze di squilibri fiscali esistono in tutti i sistemi federali, ciascuno dei quali ha risposto compensando i problemi e le tensioni con ulteriori tecniche costituzionali che tengono conto della specifica complessità del contesto istituzionale, delle tradizioni giuridiche e costituzionali, dei tipi di conflitti che il

⁴² Pagano, Giuseppe, *Le financements des régions et des communautés 1970-2002: solidarité, responsabilité, autonomie et concurrence fiscale*, Bruxelles, Crisp, 2002, pp. 5 e ss.; Benedikter, Thomas, “Esperienze europee di federalismo fiscale e del finanziamento delle Regioni a confronto con la realtà italiana”, in Pfösl, Eva (cur.), *Il federalismo fiscale*, Roma, Apes, 2008, p. 132.

⁴³ Badriotti, Augusta e Fornasini, Margherita e Vaneecloo, Clément, “L'evoluzione della costituzione in Belgio e in Italia: un'analisi delle relazioni fiscali intergovernative”, *Rivista di Politica Economica*, n. VII-VIII, 2006, pp. 229 e ss.

⁴⁴ Peters, B. Guy, “Consociationalism, Corruption and Chocolate: Belgian Exceptionalism”, *West European Politics*, n. 5, 2006, pp. 1079 e ss.; Leroy, Michel, *Il federalismo belga*, Istituto di Studi sui Sistemi Regionali Federali e sulle Autonomie, 2007, reperibile in: <http://www.issirfa.cnr.it/michel-leroy-il-federalismo-belga-25-6-2007.html>, data di accesso 27-agosto-2018.

⁴⁵ Olivetti, Marco, “Il federalismo asimmetrico belga e le sue recenti evoluzioni”, in D'Ignazio, Guerino (cur.), *Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 63 e ss.

⁴⁶ Spahn, Paul Bernd, “Managing Fiscal Conflicts”, in Watts, Ronald L. e Chattopadhyay, Rupak (eds.), *Unity in Diversity: Learning from Each Other*, vol. 2, Emerging Issues in Fiscal Federalism, New Delhi, Viva Books, 2008, p. 53.

federalismo fiscale genera (esclusivamente territoriali, o culturali/linguistici, o socioeconómicos, etc.).⁴⁷

L'attenzione della Costituzione di Querétaro alle regole di finanza pubblica appare, in sostanza, un elemento di notevole modernità che si inserisce in un filone ormai comune negli ordinamenti federali occidentali. I principi di finanza pubblica sana e di produttività della spesa appaiono coerenti con le più diffuse teorie giuridiche ed economiche che mirano a garantire la sostenibilità delle politiche sociali e la tutela intergenerazionale dei diritti. A ciò si aggiunge anche una visione realistica dei "vizi" e delle virtù dei decisori pubblici che emerge, ad esempio, quando la Costituzione di Querétaro chiude il sistema di regole di costituzione finanziaria affermando il principio in base al quale nessun governo è autorizzato a contrarre debiti durante l'ultimo anno della legislatura. Si tratta di un chiaro esempio del tentativo di limitare gli effetti della cosiddetta c.d. teoria economica del ciclo elettorale della spesa pubblica. L'obiettivo, evidentemente, è quello di scongiurare il fenomeno assai diffuso in base al quale gli ultimi mesi di legislatura generalmente coincidono con un aumento consistente della spesa pubblica finanziato con il ricorso al deficit al solo scopo di rafforzare il consenso popolare in vista delle elezioni, senza badare alle conseguenze negative che ricadono su cui sarà chiamato a governare il bilancio pubblico negli anni successivi.

Un principio costituzionale di questo tipo farebbe assai bene anche ai paesi europei dove il continuo tentativo, da parte dei governi nazionali, di violare o considerare in maniera più "elastica" i vincoli di bilancio imposti dall'Unione Europea, specie in periodi "caldi" dal punto di vista elettorale, rappresenta uno dei motivi di conflitto più frequenti tra istituzioni statali ed europee.

C

⁴⁷ Di Plinio, Giampiero, *Costituzione e scienza economica*, cit., 153 e ss.; Bird, Richard M. e Tarasov, Andrey V., "Closing the gap: fiscal imbalances and intergovernmental transfers in developed federations", in *Environment & Planning*, n. 1 2004, pp. 77 e ss.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

La costituzione dello stato di Guerrero, Messico

Rolando TARCHI*

SOMMARIO: I. *Considerazioni introduttive e breve ricostruzione storica.* II. *Struttura e caratteristiche formali della Costituzione.* III. *Contenuto della Costituzione: il richiamo ai valori superiori.* IV. *I diritti di libertà.* V. *I diritti dei popoli indigeni ed afroamericani.* VI. *Forma di governo e organizzazione costituzionale dello Stato.* VII. *Il Potere Esecutivo.* VIII. *Il Potere Giudiziario.* IX. *Breve considerazione finale.*

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE E BREVE RICOSTRUZIONE STORICA

Con questo contributo si cercherà di svolgere un'analisi sul testo vigente della Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero, come risultante dalla recente revisione integrale, il cui procedimento si è concluso con la ratifica operata dal Congreso del Estado il 2 aprile 2014.¹ Un passaggio, quello di adottare una nuova carta politica, sulla cui opportunità

* Catedrático e investigador desde 1995, actualmente en servizio en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. ORCID ID: 0000-0001-9276-3571; e-mail: rolando.tarchi@unipi.it.

¹ Con il Decreto n. 43/2014. Successivamente alla stesura di questo scritto è stato pubblicato l'importante contributo di Rodríguez Saldaña, Marcial, "La Constitución de 1917, reforma de las constituciones estatales y las nuevas constituciones de Guerrero y de la Ciudad México", in Serna de la Garza, José María y Santos Olivo, Isidro de los, (coords.), *La dinámica del cambio constitucional en México*, México, UNAM, 2018, del quale non si è potuto tenere conto.

si discuteva già un decennio,² quale esigenza per adeguare le istituzioni guerrerensi alle nuove sfide indotte dal mutamento dello scenario politico messicano nel passaggio dal XX al XXI secolo. La transizione verso la democrazia che si è avviata nel contesto nazionale ha, infatti, prodotto ripercussioni significative anche sulle articolazioni territoriali oltre che sul funzionamento del sistema federale nel suo complesso. Pur restando quello messicano un sistema politico molto centralizzato e unitario, la svolta pluralista ha consentito lo sviluppo di un nuovo patto federativo, che ha in parte liberato il sistema delle autonomie, in precedenza protagoniste di un apparente federalismo legale, che funzionava, invece, secondo un modello di centralismo reale.³

Le nostre considerazioni saranno rivolte essenzialmente alla formulazione testuale di questo importante e interessante documento,⁴ piuttosto che alla sua applicazione effettiva, sia per il limitato periodo di vigenza dello stesso, che per la scarsa disponibilità di informazioni sulla prassi più recente.⁵

Pare opportuno far precedere a quest'analisi una premessa di carattere storico, per ripercorrere, sinteticamente, le tappe dell'evoluzione del costi-

² Cienfuegos Salgado, David, *Guerrero, historia de las instituciones jurídicas*, México, UNAM-Senado de la República, 2010, pp. 263 e ss.

³ Olivetti, Marco, *Messico*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 113; per un'ampia disamina della situazione meno recente si rinvia a Rodríguez Saldaña, Marcial, *La desaparición de poderes en el estado de Guerrero*, México, Universidad Autónoma de Guerrero, 1992.

⁴ Uno studio più approfondito della materia richiederebbe necessariamente l'esame delle 10 leggi organiche che completano il sistema costituzionale, dettagliando la disciplina delle istituzioni pubbliche (Disponibili in: <http://congresogro.gob.mx/inicio/index.php/2017-05-01-16-02-43/organicas>); ciò che non è consentito in questo spazio.

⁵ Come rilevato, tra gli altri, da De los Santos Olivo, Isidro, "Apertura y estabilidad constitucional en las entidades federativas", in Gámiz Parral, Máximo N. *et al.* (coords.), *Derecho constitucional estatal. Memorias del VI y VII Congresos Nacionales de Derecho Constitucional de los Estados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 475 e ss., quello del costituzionalismo statale è stato un tema poco studiato, anche per la debolezza del federalismo messicano protrattasi per lunghi decenni; l'interesse per l'argomento è piuttosto recente ed è coinciso con la fase di mutamento del quadro politico generale ed il venir meno del sistema del partito egemonico, che ha liberato le potenzialità politiche dei territori, fino ad allora fortemente compresse dai poteri centrali. La rinnovata importanza della questione risulta anche dai documenti conosciuti come la Declaración de Sinaloa e la Declaración San Luis Potosi, riportati proprio in Gámiz Parral, Máximo N. *et al.* (coords.), *op. cit.*, rispettivamente pp. 139 e ss. e pp. 509 e ss., che indicano i contenuti delle opportune riforme delle Costituzioni statali cui si sarebbe dovuto provvedere.

tuzionalismo guerrerense che risulta molto lunga (oltre 165 anni) oltre che intensa e travagliata, per i numerosi rivolgimenti che si sono compiuti nel corso di quasi due secoli di storia.

L'origine di questo sviluppo fa data dal 1850 e coincide con l'entrata in vigore della *Ley Orgánica Provisional para el Arreglo Interior del Estado de Guerrero*,⁶ approvata dal primo *Congreso Constituyente*, eletto il 6 gennaio 1850, con il compito di disciplinare l'ordinamento interno dello Stato, che, non essendo tra quelli originari della Federazione messicana del 1824, era stato costituito con decreto del *Congreso de la Unión* nell'anno precedente.⁷

Da quel momento si ritiene che si siano succeduti ben sei ordinamenti costituzionali diversi,⁸ cinque dei quali collocati nel XIX secolo; una successione di testi costituzionali e di regimi, anche ravvicinati tra loro, che sono sintomo di un'instabilità politico-istituzionale particolarmente acuta, peraltro ricorrente sull'intero territorio messicano.

All'ordinamento provvisorio, instaurato nel 1850,⁹ seguirono la prima Costituzione del 1851,¹⁰ rimasta in vigore poco più di dieci anni, e poi il

⁶ Cfr. Morales Becerra, Alejandro, *La Ley Orgánica del Estado de Guerrero de 1850*, disponibile en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28506/25772>.

⁷ Nel decreto costitutivo del 27 ottobre 1849 (approvato dopo la ratifica di quello precedente del 15 maggio da parte delle legislature locali) si era stabilito che il governatore provvisorio, nominato dal governo federale, avrebbe dovuto convocare le elezioni di un *Congreso Constituyente* (poi eletto il 6 gennaio 1850), che, oltre ad elaborare la nuova costituzione, aveva il compito di eleggere il nuovo governatore a maggioranza assoluta dei voti.

⁸ Cfr. Rodríguez Saldaña, Marcial, *Desarrollo constitucional del estado de Guerrero*, disponibile en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/8/16.pdf>, p. 171; Lasso Echeverría, Fernando, *Constituciones del estado de Guerrero. Antecedentes históricos*, I e II, Disponibili en: <https://suracapulco.mx/2017/09/05/constituciones-de-guerrero-antecedentes-historicos-i/> e <https://suracapulco.mx/2017/09/19/constituciones-del-estado-de-guerrero>.

⁹ Riguardo ai contenuti della *Ley Orgánica Provisional de 1850* si rinvia a Rodríguez Saldaña, Marcial, *Desarrollo Constitucional del Estado de Guerrero*, cit., pp. 172 e ss., il quale osserva come questa Costituzione provvisoria non avesse delineato un'organizzazione chiara dei pubblici poteri tradizionali; segnaliamo soltanto che in quel frangente non si optò per un regime presidenziale, conferendo il Potere Esecutivo ad un Consejo de Gobierno, formato da tre membri, tra i quali anche il governatore.

¹⁰ Approvata dallo stesso *Congreso Constituyente*; viene delineata un'organizzazione costituzionale più completa, con un chiaro riferimento al principio della divisione dei poteri e l'attribuzione al governatore, eletto per 4 anni con sistema indiretto a doppio tur-

nuevo texto del 1862 que la sustituyó, como epílogo de un verdadero y propio paso revolucionario.¹¹ En los decenios sucesivos fueron finalmente aprobadas la Constitución del 1874 (la primera en ser aprobada por el Congreso en sesión y no por un órgano constituyente *ad hoc*)¹² y luego la del 1880.¹³ Esta última Constitución es la más duradera del periodo hasta aquí considerado, habiendo permanecido en vigor hasta el siguiente paso revolucionario iniciado en 1910.¹⁴

Esta evolución, marcada por cambios constitucionales repetidos y coincidentes con eventos políticos de gran importancia (tanto a nivel federal como estatal) y a veces con pasos de naturaleza revolucionaria, se acerca mucho al modelo del siglo XIX de constitucionalismo transalpino: también en México, como en Francia, se suceden repetidos cambios de régimen, cada uno de los cuales tiene un fundamento constitucional diferente al anterior, con frecuentes soluciones de continuidad.

En el siglo XX, al término de la revolución, el 6 de octubre de 1917 se publicó en Acapulco la nueva Constitución (Constitución Política del Esta-

do eventual, de la titularidad del Poder Ejecutivo. Es también instituido el Tribunal Superior de Justicia; *cf.* también Rodríguez Saldaña, Marcial, *op. cit.*, p. 175.

¹¹ Se trata de la revolución de Ayutla, que tuvo lugar en el departamento de Guerrero en 1854, para contrarrestar la dictadura del general Antonio López de Santa Anna, luego de la derogación de la Constitución Federal de 1824. El conflicto armado siguió, bajo la presidencia de Ignacio Comonfort, la aprobación de una nueva Constitución Federal (1857) y, por lo tanto, la sucesiva Constitución guerrerense. Entre las novedades más importantes de esta última, el reconocimiento de la libertad religiosa; la elección de los parlamentarios no sobre base censitaria y la previsión de un procedimiento reforzado para la revisión constitucional, con los límites a la misma; con esta previsión se confiere al documento un carácter de rigidez.

¹² Es el primer caso de reforma integral de la Constitución en vigor y, por lo tanto, se discute si se trata de una nueva Constitución o no, más bien, de una prosecución del régimen constitucional anterior, en cuanto totalmente revisado; *cf.* Rodríguez Saldaña, Marcial, *op. cit.*, p. 177.

¹³ También este texto, con el que se declara expresamente derogada la Constitución anterior, fue aprobado por el Congreso en sesión, con el procedimiento de revisión; entre las novedades más importantes el veto de elección inmediata del gobernador y la subordinación de las nuevas reformas constitucionales a la aprobación de los dos tercios de los *ayuntamientos*.

¹⁴ Cienfuegos Salgado, David y Calvo Barrera, M. C. Raúl, *La Constitución Guerrerense a 80 años*, 1998, pp. 189 y ss., disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx>; Cienfuegos Salgado, David, *op. cit.*; voz, Constituciones políticas, disponible en: <http://www.encyclopediagro.org/index.php/indices/indice-cultura-general/318-constituciones-politicas>.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

do Libre y Soberano de Guerrero, que deroga la de 29 noviembre de 1880), la cui elaborazione fu il frutto dei lavori di un Congreso Constituyente, eletto sulla base di quanto previsto da un decreto del governo nazionale provvisorio. Numerose ed importanti le novità introdotte dalla nuova Costituzione rispetto al passato, molte delle quali risentirono dell'influenza degli ideali rivoluzionari e delle previsioni contenute nella Costituzione federale, che era stata promulgata pochi mesi prima (5 febbraio 1917).¹⁵

Nonostante il titolo che le fu dato, nel quale compare un riferimento alla Costituzione precedente che farebbe pensare ad una forma di continuità quanto meno formale con quest'ultima, la carta del 1917 è una nuova Costituzione, per impianto e contenuti. Tuttavia, l'aspetto che più di ogni altro sorprende un osservatore europeo è la particolare e perdurante dinamicità di questo testo, che nei decenni successivi fu oggetto di continue e ripetute riforme, il cui effetto è stato quello di modificarne il contenuto fino ai limiti dello stravolgimento del testo originale. Il dato è impressionante dal punto di vista quantitativo (già nel 2001 risultavano adottati ben 104 decreti di revisione, con la modifica di ben 467 articoli della Costituzione)¹⁶ e da quello qualitativo, in quanto in alcuni di questi passaggi (almeno quelli consumati nel 1950, 1975 e 1984) si procede a revisioni sostanzialmente integrali dell'intero testo allora in vigore, tanto da renderne necessaria la completa ripubblicazione. Anche il testo risultante dalla revisione del 1984 ha poi subito la stessa sorte dei precedenti, con oltre ottanta modifiche intervenute fino al 1997 ed ulteriori 12 riforme nelle due legislature comprese tra il 1999 ed il 2005.¹⁷

¹⁵ Tra queste novità troviamo la valorizzazione, sotto molteplici aspetti, dei municipi, il riconoscimento del potere di iniziativa legislativa popolare, la durata biennale delle legislature, l'elezione diretta del governatore (con eliminazione della figura del vice) e il divieto di una sua rielezione. In maniera difforme dalla disciplina federale, inoltre, erano confermati dei limiti espliciti al potere di revisione costituzionale (individuati nei principi di indipendenza, sovranità e libertà dello Stato, nella forma di governo e nella divisione dei poteri) e la presenza di un organo collegiale (Consejo de Gobierno) all'interno del Potere Esecutivo.

¹⁶ Il dato è tratto da Rodríguez Saldaña, Marcial, *op. cit.*, pp. 177 e 181, il quale ricorda come il numero maggiore di revisioni si concentri tra il 1975 e il 1987, con ben 207 articoli modificati.

¹⁷ Riferimenti in Cienfuegos Salgado, David, *op. cit.*, pp. 251 e ss., anche per indicazione degli oggetti, che hanno riguardato, soprattutto, l'articolazione dei poteri municipali e le regole sull'organizzazione statale, in particolare quelle elettorali.

Una siffatta dinamica ha portato ad interrogarsi sulla perdurante vigenza della Costituzione del 1917 anche sul piano formale, oltre che su quello sostanziale; ed in proposito si è anche ipotizzato che le riforme del 1950, 1975 e 1984, per la loro portata sostanzialmente integrale, avessero prodotto dei veri e propri nuovi testi costituzionali, integralmente sostitutivi di quelli precedenti.¹⁸

Interventi di questo tipo, considerata la loro frequenza, non sembrano, infatti, del tutto ascrivibili alla categoria della manutenzione costituzionale (largamente praticata in altri contesti, come, ad esempio, in Germania), che si caratterizza per una modifica costante dei precetti costituzionali al fine di adeguarli alle sopravvenute esigenze e necessità, ma si collocano sul binario della continuità costituzionale, senza che si producano cambiamenti radicali del sistema. Allo stesso modo, non sembra evocabile neppure l'idea della c.d. revisione totale di matrice kelseniana, che consente ad un potere costituito (l'assemblea parlamentare con il concorso di referendum popolari), di sostituire la Costituzione in vigore con una completamente rinnovata; per ottenere questo risultato, infatti si richiede l'espressione di un consenso particolarmente esteso, con il ricorso a procedimenti e maggioranze rafforzati.¹⁹

La dinamicità indotta dalle ripetute riforme può essere peraltro considerata un dato generale e caratteristico del costituzionalismo messicano: la stessa Costituzione federale nel corso della sua storia ormai centenaria ha subito processi di trasformazione profonda, sempre con revisioni parziali, anche se estese e significative, che hanno in molte circostanze costretto i parlamenti statali ad adeguare le proprie costituzioni alle novità introdotte, secondo quanto implicitamente richiesto dal principio di omogeneità tra Costituzione federale e Costituzioni statali previsto dall'art. 115 della Costituzione federale (da qui: CFM).

Nel caso di Guerrero, questa iper-dinamicità dei testi costituzionali risponde a varie ragioni, dall'esigenza di rafforzare posizioni politiche locali a quella di difendere e promuovere i diritti umani e soprattutto quelli dei gruppi sociali più vulnerabili in uno stato che presenta forti criticità sotto questo profilo. E, almeno da ultimo, per la ricomposizione dei poteri politici nel quadro degli inediti scenari che si sono aperti a seguito

¹⁸ Cienfuegos Salgado, David y Calvo Barrera, M. C. Raúl, *op. cit.*, p. 192.

¹⁹ Simili eventualità sono previste dalle vigenti costituzioni di Austria (art. 44), Svizzera (art. 138) e Spagna (art. 168).

dell'accentuazione del pluralismo politico e dell'alternanza al governo, secondo una dinamica che ha caratterizzato il sistema federale messicano nel suo complesso.²⁰ Ma, soprattutto, questa dinamicità è un sintomo della perdurante instabilità sociale e politica, che conduce a un adattamento delle regole normative a circostanze e contingenze momentanee, oltre che agli interessi dei gruppi politici dominanti in una determinata fase storica. A questo corrisponde un'idea di Costituzione quale documento eminentemente politico, con limitata o nulla prescrittività, che finisce per recepire gli indirizzi di volta in volta prevalenti, senza che se possa fare applicazione in sede giuridica.²¹

Nello stato di Guerrero questo continuo processo di trasformazione è stato reso possibile anche in ragione della disciplina del procedimento di revisione costituzionale originariamente previsto e per lungo tempo mantenuto; per l'approvazione dei disegni di legge costituzionali (rimessi anche all'iniziativa del Potere Esecutivo, oltre che dei parlamentari) era richiesta solo la maggioranza dei deputati presenti nella sessione, come per gli altri provvedimenti legislativi. Questa regola, tipica delle Costituzioni flessibili, incontrava, quale unico aggravamento procedurale, la necessità di una successiva approvazione del testo licenziato dal *Congreso* da parte della maggioranza degli *Ayuntamientos*, secondo uno schema tipico delle costituzioni di natura federale che richiede il consenso degli enti minori insediati nel territorio.²² Si deve poi considerare che fino al 1981 i membri del *Congreso* erano soltanto 12 (rispetto ai 46 attuali)²³ e ciò consentiva l'approvazione delle riforme con un pugno di voti; voti che erano facilmente influenzabili dalla volontà del governatore in carica, che utilizzava questa possibilità per conseguire i propri obiettivi politici.

²⁰ Cienfuegos Salgado, David, *op. cit.*, p. 262, ove si richiamano, tra gli altri, i temi della lotta alla povertà, della tutela dell'ambiente e dell'istruzione.

²¹ De los Santos, Isidro, *op. cit.*, pp. 475 e ss.; il fenomeno è stato spiegato riprendendo la distinzione classica tra *Constitución nominal* e *Constitución normativa* e riconoscendo alle Costituzioni statali la prima caratteristica, quale mascheramento di una situazione di fatto autocratica, con la concentrazione dei poteri nelle mani dei governatori: *cf.* Barceló Rojas, Daniel A., "La reforma del Estado en las entidades federativas. De la autocracia presidencial a la democracia presidencial en los estados", in Gámiz Parral, Máximo N. *et al.* (coords.), *op. cit.*, pp. 19 e ss.

²² Sul punto, anche per una comparazione tra le diverse soluzioni adottate dalla costituzioni statali, *cf.* Arteaga Nava, Elisur, "Los constituyentes locales", in Gámiz Parral, Máximo N. *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 190.

²³ Per l'evoluzione della componente numerica del *Congreso*.

Non è un caso, quindi, che la Costituzione del 1917 (con le sue varianti successive) sia stata definita semi-rigida,²⁴ sia per la facilità con cui le modifiche erano rese possibili, sia per la frequenza con cui intervenivano.

Questo problema è stato ora superato per effetto della revisione del 2014; l'art. 199 della nuova Costituzione di Guerrero (da qui: CG) prescrive, infatti, che l'approvazione delle riforme costituzionali, il cui procedimento può essere avviato per iniziativa dei deputati del *Congreso* o del governatore, debba avvenire a maggioranza dei 2/3 dei componenti dell'Assemblea Parlamentare (cui segue ancora la ratifica da parte della metà più uno degli *Ayuntamientos en sesión de Cabildo*, che devono esprimersi entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla ricezione del testo, onde evitare manovre dilatorie). È stato inoltre abolito il potere di veto che la disposizione costituzionale previgente (art. 125 CG) espressamente riconosceva al governatore, configurando, così, quello di revisione costituzionale come un potere interamente assembleare.

L'attuale disciplina del potere di revisione conferisce, quindi, al nuovo testo un carattere di rigidità superiore rispetto al passato, che è confermato anche dalla previsione dell'art. 104 CG che riconosce al Tribunal Superior de Justicia del Estado la funzione di vigilare sull'osservanza della *Constitución*, oltre che della Costituzione federale e delle leggi, ponendo le premesse per l'esercizio di un potere di *judicial review of legislation*.²⁵

II. STRUTTURA E CARATTERISTICHE FORMALI DELLA COSTITUZIONE

Va preliminarmente ricordato che nel sistema federale del Messico gli stati hanno l'obbligo di dotarsi di una Costituzione propria,²⁶ secondo quanto

²⁴ Cienfuegos Salgado, David y Calvo Barrera M. C. Raúl, *op. cit.*, p. 191.

²⁵ Diversamente da quanto previsto da altre Costituzioni statali, nell'ordinamento guerrerense non è stato istituito un organo ad hoc (quale una *sala constitucional del Tribunal Superior de Justicia*) con l'espressa attribuzione di esercitare un controllo di costituzionalità delle leggi e delle altre fonti di grado inferiore.

²⁶ Questo potere completa ed in qualche misura precede quello legislativo che la stessa Costituzione federale attribuisce agli stati sulla base dei principi stabiliti negli art. 73 (poteri del Congresso federale) e 124 (clausola residuale in favore degli stati). Inoltre, la clausola di supremazia federale (art. 133 CFM) è limitata, imponendo la prevalenza

si evince dal combinato disposto degli art. 41, 115 e 116²⁷ CFM; queste disposizioni impongono, implicitamente, che le costituzioni statali siano scritte e riformabili, con procedure definite dai singoli stati e comunque in modo da poter essere costantemente adeguate alle modifiche costituzionali operate a livello federale.²⁸

Da questo punto di vista deve essere ricordato come le costituzioni statali, pur essendo fonti apicali dell'ordinamento territoriale, secondo quanto risulta dall'art. 41 già richiamato,²⁹ siano subordinate alla Costituzione federale, che predetermina e circoscrive gli ambiti di competenza nei quali le prime possono intervenire.³⁰ In effetti, nel definire il rapporto tra

delle sole norme costituzionali federali, e non anche di quelle legislative, nei confronti del diritto statale.

Sull'argomento si rinvia per tutti al recente Serna de la Garza, José María, *El sistema federal mexicano: trayectoria y características*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 47 e ss., anche per riflessioni sulla natura duale o cooperativa del federalismo messicano. Cfr. anche Serna de la Garza, José María, *The Constitution of Mexico. A contextual analysis*, Oxford & Portland, 2013, pp. 135 e ss.; Olivetti, Marco, *op. cit.*, p. 124 e p. 131.

²⁷ In particolare, ai sensi dell'art. 41 CFM, si prescrive che le Costituzioni statali, che devono regolare il loro regime interno, concorrono con quella federale a definire le modalità di esercizio della sovranità popolare attraverso i poteri dell'Unione.

²⁸ Sulla necessaria riformabilità, cfr. Arteaga Nava, Elisur, *op. cit.*, p. 187.

²⁹ Che prescrive: le Costituzioni statali “in nessun caso potranno contraddire le stipulazioni del patto federale”. A questo si aggiungano i riferimenti riportati nelle note seguenti. Sul tema, Gámiz Parral, Máximo N. “La reforma de las Constituciones”, in Gámiz Parral, Máximo N. *et al.* (coords.), *op. cit.*, pp. 293 e ss.

³⁰ Sui limiti cfr. Arteaga Nava, Elisur, *op. cit.*, p. 196. La stessa *Comisión de Estudios Constitucionales y Jurídicos*, appositamente costituita per l'analisi e la revisione del testo poi approvato nel 2014, ha dovuto fare applicazione di questo principio di gerarchia, proponendo delle modifiche rese necessarie da ragioni di compatibilità costituzionale; è il caso dei criteri utilizzati per l'elezione dei parlamentari, che erano tenute a rispettare quanto stabilito in più occasioni dalla *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, chiamata a pronunciarsi su azioni di incostituzionalità. In effetti, la l. n. 571 del 2007 de *Instituciones y procedimientos electorales del estado de Guerrero*, impugnata con azione di incostituzionalità, fu dichiarata illegittima in alcune parti dalla *Suprema Corte de Justicia de la Nación* con decisione del 4 marzo 2008, n. 56/2008 e da altre due sentenze di poco successive. Ciò rese necessario un nuovo adeguamento della legislazione elettorale, che, nuovamente impugnata, fu ritenuta legittima dalla stessa Corte suprema (decisioni n. 67/2009 e n. 68/2010). La vicenda, che produceva effetti anche sul rinnovo della carica di governatore prevista per il 2011 è stata oggetto di grande interesse in dottrina; cfr., tra gli altri, Lozano Cruz, Emiliano, *¿Gobernador interino en Guerrero?*, disponibile en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2996/8.pdf>; oltre ai numerosi saggi in Cienfuegos Salgado, David y Garza Grimaldo, José Gilberto (coords.), *La discusión jurídica*

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

la Constitución federal e quelle statali, non si utilizza (come in altri stati federali) soltanto il principio di omogeneità con l'organizzazione politica generale, mediante l'imposizione di alcuni principi che devono ispirare anche il regime costituzionale degli stati,³¹ ma anche il principio di uniformità; gli stati hanno infatti l'obbligo di recepire tutta una serie di regole dettagliate relative alla loro organizzazione interna (contenute nell'art. 116 CFM),³² con la conseguenza che la relativa forma di governo, oltre che la forma di Stato, risulta fortemente vincolata dalle prescrizioni federali.³³ Congiuntamente al principio di gerarchia opera il principio di competenza: negli spazi lasciati liberi dalla Costituzione federale, le Costituzioni statali possono declinare diversamente la propria organizzazione anche in relazione ad aspetti di rilievo (ciò è avvenuto, soprattutto, con riguardo agli strumenti di democrazia diretta e per taluni diritti fondamentali, come avremo modo di verificare anche per lo stato di Guerrero). Per queste ragioni si può concordare con l'opinione secondo cui le costituzioni statali non sono espressione di una sovranità degli enti territoriali, configurati, invece, quali soggetti dotati soltanto di autonomia rispetto ai poteri centrali.³⁴

sobre la sucesión del gobernador en el estado de Guerrero en 2011, México, Editora Laguna-Fundación Académica Guerrerense, 2009 (che riporta, alle pp. 76 e ss., un estratto della sentenza della Suprema Corte de Justicia de la Nación, n. 41/2008).

³¹ L'art. 115 CFM impone agli stati di adottare una forma di governo repubblicana, rappresentativa, democratica, laica e popolare e di tenere come base dell'articolazione territoriale e dell'organizzazione politica e amministrativa il municipio autonomo. *Cfr.* Camargo González, Ismael, "El régimen interior de las entidades federativas", in Gámiz Parral, Máximo N. *et al.* (coords.), *op. cit.*, pp. 62 e ss.

³² Si tratta di una disposizione molto lunga e articolata, che oltre a vincoli più generali (quali il principio della divisione dei poteri), prescrive espressamente che i poteri statali dovranno essere organizzati in conformità ad una nutrita serie di previsioni di dettaglio riferite sia al potere esecutivo (oltre all'elezione a suffragio universale del governatore si arriva ad esempio a stabile la data delle elezioni locali), che all'organo legislativo (comprese le modalità di elezione), che al potere giudiziario e ad altri profili dell'organizzazione pubblica (tra questi, la previsione di organismi di garanzia del diritto di accesso - art. 116.VIII CG). Gli artt. 117 e 118 CFM, completano il quadro imponendo agli stati alcuni espressi divieti. Nella Costituzione federale si rinvengono poi ulteriori disposizioni sparse che a loro volta obbligano gli stati a disciplinare la materia direttamente nella propria costituzione; di alcuni di questi accenneremo nel proseguo di questo scritto.

³³ *Cfr.* Olivetti, Marco, *op. cit.*, p. 108, che parla di un residuo di spazio esecutivo per le Costituzioni statali.

³⁴ Come chiarito da Carpizo, Jorge e Carbonell, Miguel, *Diritto costituzionale messicano*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 76, che interpretano l'inciso dell'art. 40 CFM nella

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJ-UNAM.

Questa subordinazione delle Costituzioni statali a quella federale può essere fatta valere giudizialmente; le eventuali violazioni possono essere denunciabili in molteplici forme, proponendo la relativa questione di costituzionalità nel corso di un giudizio o mediante azioni di incostituzionalità.³⁵

Oltre che rigida (procedimento revisione aggravato e valore giuridico superiore garantito dal *Tribunal Superior de Justicia*), la Costituzione di Guerrero è una costituzione lunga e di carattere programmatico, nel solco della tradizione costituzionale novecentesca del Messico e dell'intera America Latina.

Quanto alle dimensioni essa consta di ben 200 articoli e 21 disposizioni transitorie, numero imponente anche rispetto ai 125 articoli della Costituzione precedente.

Si tratta poi di una c.d. "Costituzione programma", che riconosce una serie di diritti e fissa degli obiettivi che devono essere realizzati nel futuro; la situazione reale esistente oggi all'interno dello stato appare molto distante dagli standard normativi che la Costituzione prescrive.

Dal punto di vista della struttura e della formulazione delle disposizioni il nuovo testo costituzionale è particolarmente apprezzabile, seguendo tecniche di redazione normativa di livello avanzato. Questo è certamente il frutto del lavoro della già ricordata *Comisión de Estudios Constitucionales y Jurídicos*, secondo quanto viene analiticamente rivendicato nelle premesse allegate al testo della Costituzione. In particolare, l'articolato è diviso in parti omogenee (titoli, capitoli e sessioni relativi a specifici argomenti) e le norme adottate risultano chiare, senza sovrapposizioni o ripetizioni.

parte in cui definisce gli stati "liberi e sovrani" (limitatamente al loro regime interno) in sistema con la previsione dell'art. 41, già richiamato, e dei limiti che esso impone. Va ricordato che, diversamente da quello statunitense, il federalismo messicano non è stato introdotto per unire stati indipendenti, ma per realizzare forme di decentramento politico in un territorio molto esteso, rispetto ad una pregressa tradizione coloniale caratterizzata da un'organizzazione dei poteri fortemente centralizzata.

Come riferisce Olivetti, Marco, *op. cit.*, p. 108, la posizione subordinata delle Costituzioni statali, espressione di autonomia e non di sovranità degli stessi, ha portato la dottrina messicana a discutere sull'effettiva natura costituzionale di queste fonti; *cf.* le diverse posizioni di Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 20a. ed., México, 1984, pp. 127 e ss.; Martí Capitanachi, Luz del Carmen, *Las Constituciones locales en el sistema federal mexicano ¿Son verdaderas Constituciones?*, disponibile en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/348/27.pdf>; Camargo González, Ismael, *op. cit.*, pp. 59 e ss.

³⁵ *Cfr.* Olivetti, Marco, *op. cit.*, p. 108.

Pare quindi superato il problema che si era posto per il testo costituzionale previgente, a proposito del quale erano state evidenziate numerose imperfezioni o inesattezze, tali da far invocare la necessità di ulteriori correzioni.³⁶

Come segnalato nelle Premesse della Costituzione, si è arrivati all'approvazione del testo costituzionale per mezzo di un processo partecipato, che ha visto la *Comisión de Estudios Constitucionales y Jurídicos* esaminare proposte inviate da consultazioni pubbliche attivate nelle sette regioni del territorio.

III. CONTENUTO DELLA COSTITUZIONE: IL RICHIAMO AI VALORI SUPERIORI

Per ragioni di spazi e tempi non è certo possibile operare una rassegna dei contenuti dell'intera Costituzione, ci si limiterà quindi ad evidenziare quelli che, a nostro avviso, sono i punti forza o le caratteristiche peculiari di questa carta.³⁷

Il primo profilo che merita di essere evidenziato emerge dalla lettura dell'art. 2 CG, che dopo avere indicato nella dignità personale la base dei diritti umani, tanto individuali che collettivi, enuncia al comma 2 quelli che vengono definiti i valori superiori dell'ordinamento (libertà, egua-

³⁶ Cienfuegos Salgado, David y Calvo Barrera, Raúl, *op. cit.*, pp. 197 e ss.

³⁷ Così, non ci occupiamo della disciplina dei poteri locali, trattati diffusamente negli art. 26-30 CG, in conformità a quanto stabilito dall'art. 115 CFM. Attualmente esistono 81 *municipios*, il cui elenco (più volte aggiornato) risulta dall'art. 27. Allo stesso modo forniremo solo dei sommari richiami ai Titoli VIII e IX, dedicati, rispettivamente, agli *Órganos Autónomos del Estado* e agli *Órganos con Autonomía Técnica*. Nella prima categoria sono inclusi la *Comisión de los Derechos Humanos* (art. 116 e ss. CG); l'*Instituto de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales* (art. 120 e ss. CG); l'*Instituto Electoral y de Participación Ciudadana* (art. 124 e ss. CG); il *Tribunal Electoral* (art. 132 e ss. CG); il *Tribunal de lo Contencioso Administrativo* (art. 135 e ss.); la *Fiscalía General* (art. 139 e ss. CG). Alla seconda appartengono: l'*Auditoría General del Estado* (art. 150 e ss. CG); il *Consejo de Políticas Públicas* (art. 154 e ss. CG); il *Consejo de la Judicatura* (art. 160 e ss. CG); l'*Instituto de la Defensoría Pública*. La gran parte di queste autorità ha un carattere necessario, essendo la loro creazione imposta dalla CFM. La disciplina costituzionale in questione si fa apprezzare dal punto di vista della tecnica legislativa: per tutti si è adottato uno schema uniforme di disciplina che procede dalle disposizioni generali e comuni a quelle relative a ciascun soggetto, prima con riguardo alla struttura ed all'organizzazione e poi alle funzioni assegnate.

gianza, giustizia sociale, solidarietà, pluralismo democratico ed ideologico, laicismo, rispetto della diversità e rispetto della vita in tutte le sue manifestazioni), che vengono considerati, evidentemente, come la base ed il fondamento tanto dei diritti fondamentali successivamente riconosciuti che dell'azione dei pubblici poteri.

Il riferimento testuale al termine “valori” non è consueto nella tradizione costituzionale europea, ove si preferisce il richiamo di principi fondamentali, considerando che per valori si intendono le convinzioni morali emergenti da una determinata società, mentre i principi traducono tali convinzioni in enunciati costituzionali; attraverso la mediazione dei principi le costituzioni riflettono, infatti, i valori delle società pluralistiche e pongono le premesse per il loro libero sviluppo.

Più consueto, invece, il richiamo ai doveri fondamentali dello Stato operato dal comma 3 (promozione del progresso sociale ed economico, individuale e collettivo, sviluppo sostenibile, sicurezza e pace sociale, accesso di tutti i *guerrerenses* alle attività politiche e culturali), che si coniuga con la espressa definizione della forma di stato di cui all'art. 1 CG: di diritto, democratica e sociale.

IV. I DIRITTI DI LIBERTÀ

Una particolare attenzione è rivolta al riconoscimento ed alla tutela dei diritti di libertà, sui quali la Costituzione interviene in almeno cinque sue parti. In primo luogo si richiamano i diritti a carattere universale (Titolo II–Sezione I), immediatamente dopo quelli particolari spettanti alle minoranze indigene e afro-americane (Titolo II–Sezione II) e poi quelli ai cittadini dello stato di Guerrero (Titolo III),³⁸ che, in relazione al rapporto di incolato col territorio, hanno natura essenzialmente politica e di partecipazione attiva.³⁹ La sezione V reca poi, seguendo una generalizzata

³⁸ Il titolo in questione enuclea tre situazioni giuridico soggettive distinte: quella di guerrerense (status che si acquista in base ai criteri dello *ius soli*, dello *ius sanguinis* e della residenza permanente per 5 anni); quella di abitante dello stato (residenti permanenti o temporanei indipendentemente dalla nazionalità); quella peculiare di “*vecinos*” (legata alla residenza di almeno 6 mesi).

³⁹ Oltre all'elettorato attivo e passivo e di associazione politica e partitica, si segnalano il potere di iniziativa legislativa popolare dinanzi al *Congreso* dello Stato, di petizione, di accesso effettivo alle informazioni e di trasparenza delle azioni pubbliche.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

consuetudine messicana, una disciplina molto analitica dei partiti politici, definiti quali entità di diritto pubblico;⁴⁰ infine si definiscono i principi delle tutele soggettive in materia penale ed il diritto di difesa in giudizio (art. 92 CG). In questa sede, per necessità di sintesi, dedicheremo alcune brevi considerazioni soltanto ai primi due temi indicati.

Con riguardo ai diritti di portata universale, l'analisi delle previsioni costituzionali fa emergere tre profili di sicuro interesse: la disciplina di carattere generale relativa all'estensione, al fondamento ed all'efficacia dei diritti stessi; le forme di tutela e di garanzia che sono previste; il catalogo vero e proprio, ossia l'elenco delle situazioni giuridiche che trovano uno specifico fondamento costituzionale.

Quanto al primo profilo emerge innanzi tutto, come già segnalato, l'universalismo dei diritti di libertà, il cui godimento è riconosciuto in via generale a *toda persona* (art. 3 CG), a prescindere dal possesso della cittadinanza statale o di quella messicana. Per il fondamento dei diritti riconosciuti si richiamano, espressamente, oltre alla Costituzione federale ed a quella di Guerrero, anche gli strumenti internazionali incorporati nell'ordinamento giuridico messicano, con un evidente rinvio mobile e permanente a queste fonti esterne. Inoltre, si riconosce l'efficacia diretta dei diritti, come un vincolo per tutti i poteri pubblici (art. 4.1 CG)⁴¹ e si afferma, congiuntamente al dovere di interpretazione conforme rispetto alle Costituzioni

Questi diritti sono contemperati da una serie di doveri, quali l'iscrizione nei registri elettorali, lo svolgimento degli incarichi elettivi una volta ricevuti, l'obbligo di partecipare alle consultazioni referendarie o di altro genere.

⁴⁰ La materia, sulla quale non ci soffermiamo in questa sede, come anche nella tradizione federale (sul punto *cf.* Olivetti, Marco, *op. cit.*, pp. 80 e ss.), è analiticamente regolata dal testo della Costituzione (artt. 32-38 CG); si tratta di previsioni adottate per ottemperare all'obbligo imposto dall'art. 116.IV lett. a)-p) della CFM. E' inoltre prevista l'esistenza del *Tribunal Electoral del Estado* (art. 132 e ss. CG), su cui *infra* par. 6, e dell'*Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado* (art. 124-127 CG), omologo statale dell'organo esistente anche a livello federale. Come indicato da Corona Nakamura, Luis Antonio e Téllez Garita, Laura Lizette, "Evolución histórica del derecho electoral en Guerrero", disponibile en: http://148.202.18.157/sitios/publicacionesite/period/jurjal/jurjal49/jurjal49_4.pdf, pp. 50 e ss. la disciplina dei partiti, strettamente collegata con la legislazione elettorale, ha origine in Guerrero con una legge del 1920 e da allora ha subito innumerevoli modifiche.

⁴¹ Inoltre, come prescritto dall'art. 4.2 CG tutte le autorità dello Stato, nell'ambito delle proprie competenze, sono tenute a promuovere, rispettare, proteggere, garantire e difendere i diritti, sulla base dei principi di universalità, interdipendenza, indivisibilità, progressività e massima protezione.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

federale e statale (art. 4.3 CG), l'obbligo per tutte le autorità nell'esercizio delle loro funzioni di pervenire, in sede applicativa, all'interpretazione più favorevole per l'individuo.

Quanto alle garanzie, è prevista la riparazione del danno individuale o collettivo nei termini e con le modalità stabilite dalla legislazione in materia (art. 3.2 CG), con un rinvio alla legge ed a norme generali, cui viene riservato di stabilire i requisiti e le condizioni in base alle quali sia garantito alle persone l'accesso al godimento dei diritti, nonché i procedimenti, le giurisdizioni, gli organi ed ogni altro strumento giuridico necessario per il godimento effettivo degli stessi, nonché, da ultimo, le garanzie necessarie per la loro protezione (art. 7 CG).⁴²

Il catalogo dei diritti che viene riconosciuto è esteso e molto analitico e comprende, oltre alle libertà classiche e una serie di diritti civili e politici,⁴³ anche diritti fondamentali di seconda e terza generazione.⁴⁴

Tra i diritti della prima categoria meritano una segnalazione particolare, sia per la formulazione testuale sia, in alcuni casi, per la loro originalità rispetto a testi costituzionali meno recenti: il rispetto dell'integrità fisica, psichica e morale, arricchito con l'espresso divieto di tortura o di trattamenti crudeli o degradanti (art. 5-VII CG); la protezione del matrimonio e della famiglia, correlata all'obbligo per le autorità di vigilare sulla prevenzione, la repressione e lo sradicamento della violenza familiare e la violenza di genere (art. 5-IX CG); la protezione dei bambini e degli adolescenti; il diritto all'identità personale, incluse le trasformazioni di ge-

⁴² Con il limite della sfera di competenze dei tre poteri dello Stato e la disponibilità di risorse finanziarie a loro disposizione.

⁴³ Tra questi, l'art. 5 CG comprende il diritto alla vita ed il divieto della pena di morte; la libertà e la sicurezza personale, individuale e collettiva; il divieto di utilizzare prove illecite ed altre garanzie del diritto di difesa, quali l'assistenza da parte di avvocati o il diritto all'indennizzo per condanne dovuti ad errori; l'accesso alla giurisdizione contro atti lesivi dei diritti; il diritto di accesso alle cariche pubbliche in condizioni di parità (in questo caso limitato ai cittadini dello Stato); i diritti elettorali e di voto; il principio di eguaglianza con il divieto di discriminazione (per razza, colore, sesso, lingua, religione, genere, età, incapacità, condizioni di salute, stato civile, opinioni politiche origine etnica o sociale, posizione economica, nascita o qualsiasi altra condizione che riduca i diritti delle libertà delle persone); il diritto di proprietà (limitabile solo per ragioni di pubblica utilità o interessi sociali e previo indennizzo); la libertà di coscienza e di religione.

⁴⁴ Questa distinzione risale a Vasak, Karel, *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, Parigi, UNESCO Courier, 1977; in argomento *cfr.*, per tutti, Ferrari, Giuseppe Franco, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino, Giappichelli, 2011, spec. pp. 259 e ss.

nera nel corso della vita (art. 5-XI CG); il diritto alla donazione di organi, tessuti e cellule (accompagnato dall'obbligo per lo Stato di sensibilizzare la società e incentivare la cultura della donazione), che come il precedente articolo presta attenzione anche ai temi legati alla biotecnica e connessi con lo sviluppo delle biotecnologie (art. 5-XVI CG); infine, il riconoscimento di una libertà di espressione ed informazione (art. 5-XIV CG), collegata ad un diritto di accesso ai dati posseduti da soggetti pubblici e privati, che pare ispirato al modello di trasparenza della *freedom information* dei sistemi anglosassoni.⁴⁵

La previsione e la disciplina dei diritti di seconda generazione e terza generazione, ossia quelli relativi all'area economica, sociale e culturale, che ormai costituiscono un patrimonio dell'intero costituzionalismo contemporaneo, si estendono anche a situazioni peculiari, che rivestono un'importanza particolare nel contesto particolare di questo Stato oltre che del territorio messicano nel suo complesso. Così, oltre al diritto al lavoro,⁴⁶ all'educazione,⁴⁷ ad una vita dignitosa per tutte le famiglie (art. 6-III CG), alla salute (art. 6-IV CG), compaiono anche il diritto al nutrimento (art. 6-V CG) e quello di accesso all'acqua, che viene sottolineato con particolare enfasi, imponendo allo Stato di renderlo effettivo (art. 6-VI CG).⁴⁸

Tra i diritti sociali garantiti si ritrovano anche quello alla protezione permanente degli adulti, in relazione alla garanzia di condizioni di vita decore; il diritto delle persone con disabilità a ricevere le attenzioni necessarie per il pieno sviluppo della loro personalità; quello dei migranti e di tutte le

⁴⁵ Sui diversi modelli di accesso ai dati pubblici sia consentito rinviare a Tarchi, Rolando, Il diritto di accesso nella prospettiva comparata (parte I), in Agosti, Diana; Colapietro, Carlo e Siclari, Massimo (cur.), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti a venti anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, editoriale Scientifica, 2012, pp. 141 e ss.

⁴⁶ Diritto finalizzato a promuovere lo sviluppo ed il benessere comune della società, in condizioni di parità tra uomini e donne.

⁴⁷ Articolato in una pluralità di fattispecie: istruzione e accesso alla formazione professionale (integrale, di qualità permanente e in condizioni di eguaglianza e opportunità); istruzione gratuita ai sensi dell'art. 3 CFM; diritto dei padri di assicurare l'educazione ai propri figli.

⁴⁸ Tutti hanno il diritto di accesso, utilizzo e bonifica dell'acqua per un consumo personale e domestico che sia sufficiente, salubre e acquisibile. Sussiste per lo Stato l'obbligo di garantire questo diritto, assicurando, con legge e sulla base di processi partecipati con i municipi ed i cittadini, i principi e le modalità per l'accesso e l'uso equo e sostenibile delle risorse idriche.

persone che vivono o transitano nello Stato ad avere rispettata e la loro dignità quali esseri umani; il diritto dei bambini ad essere assistiti per le necessità correlate all'alimentazione, alla salute e alla crescita; quello delle donne in stato di maternità; il diritto delle persone vittime di violenze familiari o sessuali, e dei bambini maltrattati a ricevere adeguata protezione e tutela; quello delle persone private della loro libertà a vedersi riconosciuti i diritti fondamentali(?), correlato al divieto della riduzione in schiavitù; di tutti alla ricreazione sociale, sportiva e culturale quali mezzi per favorire l'integrazione e la convivenza collettiva (artt. 6-VIII, lett. a)-f) e IX CG).

Fra questi diritti svetta per peculiarità la disciplina della tutela dell'ambiente, che ha un valore sia soggettivo che oggettivo; si riconosce, infatti, il diritto ad avere un ambiente sano, per lo sviluppo ed il benessere; al tempo stesso si attribuisce alla legge il compito di definire le modalità ed i mezzi necessari per affrontare le conseguenze dei mutamenti climatici ed allo Stato di garantire la protezione, la conservazione ed il recupero dei beni ambientali (art. 8-VII CG).

Un'attenzione così accentuata ai diritti sociali ed economici di varia natura è tutt'altro che ingiustificata; senza considerare il fenomeno della criminalità diffusa e di quella organizzata, la cui presenza aggrava i problemi esistenti,⁴⁹ dalle relazioni del *Consejo Nacional de la Evaluación Política de Desarrollo Social* (Coneval) si evince che in uno Stato in cui vive il 3% della popolazione del Messico (3.300.000 abitanti), si concentra il 9,2% della popolazione povera del paese, con 760.000 persone in stato di vulnerabilità per gravi carenze sociali; a questo si aggiunge un tasso di analfabetismo ancora piuttosto elevato. Questi dati ci fanno concludere che lo stato di Guerrero si colloca al terzultimo posto per livello di ricchezza (superato solo dagli stati di Chiapas e Oaxaca) e che al suo interno la regione Montana, con la presenza delle popolazioni indigene, è una delle zone più povere del Messico.

⁴⁹ Grande attenzione ai problemi della criminalità e della sicurezza nel territorio guerrerense viene dedicata anche dalla stampa italiana ed europea; oltre ai numerosi articoli disponibili en: <https://www.internazionale.it/storia/scomparsi-43-studenti-in-messico>; cfr., inoltre, Cordero Alvarez, Déborah, *Povertà e violenza nello Stato di Guerrero*, disponibile en: <http://www.lindro.it/poverta-e-violenza-nello-stato-di-guerrero>, 23 de octubre de 2014; Porzio, Giovanni, *Il paradiso diventato un inferno*, Acapulco, disponibile en: <http://www.repubblica.it/venerdi/reportage/2016/11/28/news>; Kadner, Marién, "«Guerrero», un retrato de la violencia en el Estado más convulso de México", 1o. de abril de 2017, disponibile en: <https://elpais.com/tag/fecha/20170401>.

Ci pare del tutto evidente come l'intervento pubblico (non solo statale), ampiamente incentivato dai numerosi richiami contenuti nel testo della CG, continui ad essere uno strumento insostituibile per far sopravvivere una qualche parvenza di stato sociale e favorire il necessario sviluppo di queste comunità.

V. I DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI ED AFROAMERICANI

La Sezione II del Titolo I è interamente dedicata alla disciplina dei diritti dei popoli indigeni ed afroamericani,⁵⁰ si tratta di disposizioni in gran parte obbligate, che danno attuazione ai plurimi rinvii alle costituzioni ed alle leggi degli stati operati dall'art. 2 A e B della Costituzione federale, che già detta previsioni piuttosto dettagliate a tutela di queste comunità.⁵¹ Peraltro, si tratta di una disciplina che acquista un rilievo significativo nel contesto guerrerense per le dimensioni che il fenomeno assume: complessivamente, quasi il 20% della popolazione dello Stato è costituita da popolazioni indigene e da discendenti degli schiavi africani, con una localizzazione che riguarda soprattutto la regione Montana e la costa Chica.⁵²

⁵⁰ Le previsioni costituzionali sono attuate dalla Ley n. 701 de Reconocimiento, Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Guerrero, disponibile en: <http://www.guerrero.gob.mx/consejeriajuridica>.

⁵¹ La normativa federale di rango costituzionale ha origini recenti e risale ad una revisione entrata in vigore nel 1992, a seguito dei lavori, iniziati nel 1989, della *Comisión Nacional de Justicia para los Pueblos Indígenas*, incaricata di individuare gli strumenti giuridici necessari per rimuovere le ingiustizie a lungo subite dai gruppi indigeni. I principi oggi vigenti, dopo un secondo intervento riformatore del 1998, sono il risultato della revisione operata nel 2000 per iniziativa del presidente Vicente Fox; cfr. Armienta Hernández, Gonzalo, "Necesidad de leyes indígenas estatales", in Gámiz Parral, Máximo N. *et al.* (coords.), *op. cit.*, pp. 3 e ss. Peraltro, questa decisione, è stata definita demagogica e solo una conseguenza delle promesse fatte in campagna elettorale da Miranda Torres, Roxana Paula y Covarrubias Dueñas, José de Jesús, "La armonización de las Constituciones estatales con el artículo 2o. constitucional. Tareas legislativas pendientes", in Gámiz Parral, Máximo N. *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 358, cui si rinvia per la ricostruzione dei diversi passaggi storici e le problematiche attuali.

⁵² Si calcola che i discendenti dei nativi americani siano poco più di 500.000 (rispetto ad una popolazione complessiva di 3 milioni e 500mila; che, inoltre, degli 1.4 milioni di afro-discendenti presenti in Messico, il 6,5% (pari a circa 91.000) viva nello stato di Guerrero. La città di Cuajinicuilapa è considerata come la capitale dei neri messicani. Dai dati forniti da Miranda Torres, Roxana Paula y Covarrubias Dueñas, José de Jesús, *op. cit.*, p. 373, si evince come quello della presenza di popolazioni indigene sia un problema

La norma di esordio (art. 8 CG) riconosce l'esistenza di alcune di queste comunità, nominativamente indicate, presenti sul territorio dello Stato, che deve sostenerne l'identità multietnica, multilinguistica e multiculturale.⁵³ Soggettivamente l'appartenenza a queste comunità è fatta dipendere dal criterio della coscienza di possedere un'identità indigena o afroamericana (art. 11 CG), dando vita a regole applicabili sulla base di uno statuto personale.

Le disposizioni successive (artt. 9-14), che dettano il quadro delle tutele e delle garanzie complessivamente offerte, possono essere distinte tra quelle che individuano i diritti (collettivi) di queste comunità e (individuali) dei propri membri, con finalità tanto protettive che promozionali, e quelle strumentali, di carattere organizzativo o che impongono obblighi a carico delle istituzioni statali. Tra le prime: il richiamo volto a preservare le lingue, le conoscenze e tutti gli elementi d'identità culturale (art. 11.V CG); il diritto di accedere alla giurisdizione dello stato, chiedendo l'applicazione di consuetudini e specificità culturali, anche mediante l'assistenza di interpreti e difensori qualificati (art. 11.VI CG); il diritto allo sfruttamento collettivo delle terre, senza che possano essere utilizzate da enti pubblici o privati in assenza di un accordo con la comunità interessata, che avrà comunque diritto a ricevere una parte dei benefici (art. 11.IV CG); il diritto all'educazione interculturale, linguistica, laica, gratuita e di qualità (cui corrisponde l'insegnamento obbligatorio delle lingue indigene insieme allo spagnolo), con la garanzia di borse di studio ed il sostegno per l'accesso al primo impiego quale completamento del percorso educativo (art. 12 CG). Forme di tutela rafforzata, per mezzo di adeguate politiche (art. 13.2 CG), sono poi previste per le categorie di soggetti che appaio più vulnerabili all'interno delle comunità indigene: donne (delle quali va favorita la partecipazione politica – art. 11.III CG) bambini, adolescenti, anziani, persone con limitata capacità; incombe poi sullo stato l'obbligo di adottare le misure necessarie per la protezione della salute delle donne e dei bambini, con particolare riguardo alla salute sessuale e riproduttiva (art. 13.3 CG).

comune a tutti gli stati del sud, con percentuali che, in alcuni casi (Yucatán e Oaxaca), sono superiori alla metà della popolazione residente.

⁵³ Si tratta dei nahuas (il gruppo più numeroso con 212.000 membri, pari al 40% dell'intera popolazione indigena; dei mixtecos (148.000 persone-28%); dei tlapanecos (116.000 persone-22%) e degli amuzgos (47.500 persone-9%).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Rilievo non minore acquista il riconoscimento di forme di autonomia organizzativa e di normazione (simile ad una forma di autogoverno) in favore dei *pueblos*, configurati come soggetti di diritto pubblico. Così (art. 11. I, II, III CG), è consentito decidere sulle forme interne di convivenza e di organizzazione sociale, economica, politica e culturale; applicare *praeter legem* (è comunque previsto il rispetto della costituzione e delle leggi) regole normative autonome e proprie consuetudini per la soluzione dei conflitti interni alla comunità; eleggere autorità politiche e rappresentanti propri in base a normative e prassi autonome.

Per quanto concerne poi le azioni di sicurezza pubblica e di prevenzione e perseguimento di reati e comportamenti illeciti (che non costituiscano fattispecie tipiche del codice penale) commessi da membri delle comunità indigene all'interno delle stesse, si garantisce il rispetto delle pratiche tradizionali; il compito di intervenire è assegnato alla *Policía Comunitaria o Rural* (soggetta comunque alla legge ed obbligata a cooperare col sistema statale di sicurezza pubblica), che deve essere integrata da membri di ciascuna comunità designati in assemblee popolari (art. 14 CG).

Va ricordato che a sostegno di queste tutele l'art. 2 CFM, ripreso dall'art. 13 CG, obbliga ad indicare nei *presupuestos de egresos* delle entità federate e degli *ayuntamientos* poste di bilancio vincolate in modo specifico e sufficienti ad esercitare, a livello locale, le politiche necessarie a questo fine.

A completamento del quadro di tutela dei diritti di libertà merita di essere ricordata l'istituzione (art. 116 CG) della *Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Guerrero*, che ha la funzione di proteggere, promuovere, difendere e diffondere i diritti tutelati dall'ordinamento giuridico messicano, che può svolgere attività di natura investigativa ed adottare raccomandazioni e denunce che, tuttavia, non hanno valore vincolante.⁵⁴

VI. FORMA DI GOVERNO E ORGANIZZAZIONE COSTITUZIONALE DELLO STATO

La forma di governo prevista dalla Costituzione di *Guerrero* può essere definita di tipo presidenziale attenuato, in quanto, almeno sulla carta, al-

⁵⁴ L'elenco analitico delle attribuzioni dell'organo, che ha una composizione collegiale (art. 117 CG), è contenuto nell'art. 119 CG. La *Comisión* è un organo obbligatorio dello stato; l'art. 102 B CFM impone che i legislatori statali lo prevedano espressamente e ne individua anche i poteri basilari.

cuni poteri (ad esempio di nomina) sono condivisi tra *Congreso* e governatore, in modo da favorirne la collaborazione, diversamente da quanto è in molti casi previsto a livello federale.

Il Parlamento (*Congreso*), che si rinnova ogni tre anni, è monocamerale; in esso si concentra la pienezza del potere legislativo (art. 43 CG). Il numero dei deputati oggi previsto è di 46 (art. 45 CG), un numero piuttosto elevato se paragonato a quello di altre legislature statali ed alla stessa tradizione di Guerrero; in passato il numero dei parlamentari previsto era di gran lunga inferiore.⁵⁵ Come è evidente un numero eccessivamente basso di rappresentanti può compromettere la funzionalità dell'organo, oltre che consentirne una più facile influenzabilità da parte di altri poteri ed in particolare di quello esecutivo, con un conseguente indebolimento del ruolo effettivamente esercitato nel sistema di governo.

Allo stesso modo delle Camere della Federazione, il *Congreso* non lavora in permanenza ma si riunisce in sessioni (ordinarie e straordinarie), la cui durata, in passato piuttosto breve, è stata ampliata da recenti riforme.⁵⁶ Nei periodi di chiusura, come a livello federale, opera una commissione permanente di 12 membri eletti a maggioranza dei 2/3 alla fine di ogni sessione (art. 69 CG), che esercita alcune funzioni vicarie (ad esempio di nomina), per lo più a titolo provvisorio (art. 70 CG).

L'organizzazione interna e il funzionamento del *Congreso* sono quelle tipiche di un'assemblea parlamentare, oggetto di una disciplina piuttosto dettagliata (artt. 44-68 CG), che non è necessario riassumere in questa sede, se non limitatamente ad alcuni profili di maggiore rilievo.⁵⁷ Tra questi, ritroviamo sicuramente le modalità di elezione dell'organo (anche queste in larga parte predeterminate dall'art. 116.II CFM), che definiscono un sistema piuttosto complesso, di tipo misto, in prevalenza maggioritario e in

⁵⁵ I deputati erano 12 fino al 1981; negli anni successivi si è registrato un aumento incrementale anche in coincidenza con le riforme del sistema elettorale; così, si è passati a 13 (legislatura 1981-1984), poi a 16 (legislatura 1984-1987), a 26 (legislatura 1987-1990), a 36 (legislatura 1990-1993) ed al numero attuale dopo il 1993. L'art. 116.II CFM stabilisce che il numero dei deputati deve essere fissato proporzionalmente con quello degli abitanti, indicando poi delle fasce per le quali si indica il numero minimo. Entro questi limiti è la costituzione statale a decidere la composizione numerica effettiva.

⁵⁶ Le sessioni ordinarie previste sono due; dal 1 settembre al 15 gennaio e dal 1 marzo al 15 giugno.

⁵⁷ Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Guerrero, n. 231, disponibile en: <http://congresogro.gob.mx/inicio/attachments/article/103/ley%20orgánica%20del%20poder%20legislativo%20del%20estado%20de%20guerrero%20número%20231.pdf>.

parte proporcional. Così, 28 deputati sono eletti a maggioranza relativa in collegi uninominali (sistema *plurality*), mentre i 18 restanti con un sistema di liste concorrenti e con modalità di tipo proporzionale, con previsione di clausole di sbarramento. Per essere ammesse al riparto proporzionale dei seggi, infatti, le liste o le coalizioni devono aver conseguito la maggioranza relativa dei suffragi in almeno 15 distretti elettorali dello Stato ed almeno il 3% dei voti validi (art. 48.I CG). Non sono previsti voti di preferenza per i candidati, che risultano eletti secondo l'ordine di lista. Sono infine stabiliti dei limiti alla rappresentanza parlamentare: nessun partito potrà conseguire più di 28 deputati, tenuto conto sia della quota maggioritaria che di quella proporzionale (art. 48.III). Inoltre, la percentuale massima di sovrarappresentanza tra numero dei deputati e voti conseguiti da ciascun partito non può essere superiore all'8%, salvo che tale percentuale sia superata per effetto dei seggi conseguiti con l'elezione maggioritaria.

Si tratta del punto di arrivo di un percorso che nei 160 anni di esistenza della Stato ha visto il succedersi di otto ordinamenti diversi, di complessità crescente, fino alle riforme approvate tra il 2007 ed il 2008.⁵⁸ È evidente come questo sistema elettorale presenti analogie molto marcate con quello federale, sia per la combinazione maggioritario-proporzionale che per i limiti imposti alla rappresentanza. Si tratta di misure necessarie per non dissociare il sistema politico statale e le sue dinamiche da quello generale; per entrambi si è andati nella direzione, con riforme progressive, di favorire il passaggio da un sistema di partito dominante ad uno più marcatamente plurale, in grado sia di garantire una dialettica tra maggioranza e

⁵⁸ Questi passaggi sono ripercorsi da Corona Nakamura, Luis Antonio e Téllez Garieta, Laura Lizette, *op. cit.*, pp. 43 e ss. Alla materia elettorale è dedicata grande attenzione in dottrina; tra i numerosi scritti si segnalano Calvo Carrera, Raúl, *Proceso electoral y alternancia en Guerrero*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007; *id.*, *Sistema electoral y de partidos en Guerrero. 1974–2005*, disponibile en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2980/16.pdf>; Cienfuegos Salgado, David, “La reforma constitucional en materia electoral en el estado de Guerrero”, *Justicia Electoral*, vol. 1, n. 3, disponibile en: <https://www.juridica.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/.../edo7>; Cienfuegos Salgado, David, *Derecho electoral guerrerense. Comentarios a la legislación electoral del estado de Guerrero*, México, Tribunal electoral del Estado de Guerrero, 2004; Rodríguez Saldaña, Marcial, *Elecciones locales en Guerrero: 2008. Condiciones de la competencia Electoral*, disponibile en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3031/21.pdf>, pp. 369 e ss.; Rodríguez Saldaña, Marcial, *Las elecciones del 6 octubre en Guerrero*, disponibile en: http://dcsh.izt.uam.mx/cen_doc/cede/Anuario_Elecciones_Partidos_Politicos%20/1996%20dividido%20/guerrero.pdf, pp. 97 e ss.; Rodríguez Saldaña, Marcial, *La reforma electoral en Guerrero, avances e insuficiencias*, 1996.

opposizione, sia di consentire forme di alternanza politica all'interno del *Congreso*, nel tentativo di realizzare i valori propri dei sistemi liberal-democratici della tradizione occidentale.

Un ultimo riferimento: è prevista la figura del “deputato migrante” (artt. 45.II 46.IV), che consente agli emigrati all'estero, che possiedono una doppia residenza, di candidarsi e di essere eletti parlamentari, anche se questa forma di rappresentanza è limitata ad un solo deputato. È una disposizione che ha un valore altamente simbolico, considerando che l'emigrazione dei cittadini dello stato verso altri paesi ed in particolare verso gli USA è sempre stata molto forte, al punto che la città dove risiede il maggior numero di guerrerensi, a parte Acapulco, è Chicago.⁵⁹

L'elenco delle attribuzioni congressuali è piuttosto nutrito (art. 61 CG); oltre al potere di revisione costituzionale ed a quello di approvare leggi organiche (relative ai poteri dello stato, agli organi autonomi, ed ai municipi), leggi e decreti, è previsto il potere di presentare disegni di legge al Parlamento federale (art. 61.II CG), di ratificare la nomina di magistrati ed altri pubblici funzionari, di valutare la responsabilità politica dei deputati, del governatore e di altre importanti figure dell'organizzazione statale (art. 195 CG) oltre ad ulteriori funzioni.

Fondamentale la competenza ad adottare il bilancio preventivo dello Stato (*presupuesto de egresos*) oltre alla *ley de ingresos* e le altre decisioni relative alla gestione della finanza pubblica statale e locale (art. 61.XII, XIII, XVIII, XXIX, XXXIX; e. 62 CG). Si segnala, inoltre, la presenza di una disposizione volta a contenere il debito pubblico: il ricorso all'indebitamento da parte del governo dello stato, che non può comunque mai superare il 10% del totale del bilancio annuale, deve essere obbligatoriamente autorizzato dal *Congreso* a maggioranza dei 2/3 dei componenti.⁶⁰

VII. IL POTERE ESECUTIVO

Il Potere Esecutivo è configurato in forma monocratica, essendo attribuito interamente al Governatore dello Stato (art. 71 CG), con una previsione del tutto simile a quella dell'art. 80 CFM. Inoltre, le attribuzioni del

⁵⁹ Ove si stima la presenza di 300 mila guerrerensi emigrati in varie epoche.

⁶⁰ Anche queste regole costituiscono attuazione di quanto stabilito dall'art. 117. VIII CFM.

governatore non sono trasferibili e possono essere delegate solo nei casi previsti dalla Costituzione o dalla legge (art. 72 CG). Il governatore, per lo svolgimento delle sue funzioni, si avvale di segretari e funzionari pubblici (art. 87 CG), di *secretarios de despacho* (art. 87 CG) e di uffici centrali ed enti parastatali che possono essere costituiti con legge (art. 88 CG). Per l'organizzazione ed il funzionamento degli uffici posti alle dipendenze del potere esecutivo, l'art. 74 CG rinvia alla legge organica sulla pubblica amministrazione dello stato.

Il governatore è eletto a suffragio universale e diretto, con una votazione a turno unico;⁶¹ per essere eletti è sufficiente conseguire la maggioranza relativa dei voti.⁶² Il mandato, in conformità anche a quanto stabilito dall'art. 116 CFM, ha durata di 6 anni che non sono in alcun modo prorogabili, essendo esclusa la rielezione o qualunque altra forma di prosecuzione della carica ricoperta. Quali garanzie la Costituzione prevede quella di una remunerazione dignitosa ed adeguata, che non può essere ridotta in corso di mandato, e, soprattutto, quella dell'immunità costituzionale e dell'inaffidabilità (art. 82 CG). Tuttavia, al governatore si applica (come ai deputati, ai magistrati ed a altri pubblici funzionari) il titolo XIII della Costituzione, che prevede a suo carico una forma di responsabilità politica ed una di responsabilità penale, limitata ai reati di maggiore gravità.⁶³ Il *juicio político*,⁶⁴ anche nei confronti del governatore, rientra tra le competenze del *Congreso*, che può adottare una risoluzione definitiva e non impugnabile a maggioranza dei 2/3 dei membri, comminando la sanzione della destituzione dalla carica e l'interdizione temporanea (massimo per 10 anni) dai pubblici uffici.

⁶¹ Con una normativa di estremo dettaglio l'art. 77 CG indica anche il giorno dell'elezione: lo. domenica di giugno; il mandato ha poi inizio il 15 ottobre seguente (art. 72 CG).

⁶² In questo caso per espressa previsione dell'art. 77 CG, diversamente dalla Costituzione federale che rinvia ad una legge (art. 81 CFM).

⁶³ L'art. 196.2 CG stabilisce che durante il mandato il governatore è perseguibile, dinanzi alle giurisdizioni comuni, solo per delitti gravi, mentre per gli altri si potrà procedere solo dopo la cessazione dalla carica.

⁶⁴ I casi che possono dar luogo all'attivazione di questo procedimento sono indicati dall'art. 195 CG e nel loro insieme sono riconducibili ad azioni di attentato alla Costituzione ed alle sue istituzioni, abbandono dell'incarico e violazione sistematica dei diritti umani.

Si ricorda che l'istituto del *juicio político* nei confronti dei titolari delle cariche di governo e di altre autorità locali trova la prima fonte di disciplina nell'art. 110.2 CFM, più volte modificato; l'art. 108.3 CFM afferma un generale principio di responsabilità a carico degli amministratori locali.

Non sono mancati, anche nella storia recente, casi di governatori che si sono trovati nell'impossibilità di proseguire il loro mandato fino alla naturale scadenza; per fronteggiare queste eventualità la Costituzione prevede la figura del governatore *interino* o *sustituto*,⁶⁵ mentre nei casi di vacanza temporanea dall'incarico, dovuta a varie cause, che sia superiore a 30 giorni si ricorre alla designazione di un governatore *interino* o *provisional*. In ogni caso è il *Congreso* che procede all'elezione di queste figure, sempre a maggioranza dei 2/3 dei componenti. Va ricordato che nell'esperienza guerrerense si è fatto ricorso all'istituto in più occasioni; il caso più recente risale al periodo compreso tra il 2011 ed il 2015, allorché, a seguito delle dimissioni rese dal governatore Angel Aguirre Rivero, a seguito delle pressioni esercitate su di lui dal *Congreso* in conseguenza dei fatti di Ayotzinapa e Iguala del 26 settembre 2014, si procedette alla designazione successiva di un governatore *interino*, di uno *provisional* e, infine, di un *sustituto*.⁶⁶

Al governatore sono attribuite, dall'art. 91 CG, competenze assai estese e di diversa natura: di garanzia del rispetto e dell'attuazione di alcuni principi costituzionali; di indirizzo politico; di partecipazione al processo legislativo; di nomina; e, infine, di carattere amministrativo in senso proprio.

Tra le prime ritroviamo il potere di determinare le politiche pubbliche necessarie per la conservazione dell'ambiente, di garantire la protezione e la sicurezza dei cittadini e dello Stato (per questo dispone dei corpi di polizia statale e municipale e può ricorrere all'uso della forza pubblica), di garantire il diritto ad un'educazione pubblica di qualità e, con una previsione che appare di chiusura, di garantire l'effettivo esercizio dei diritti dei cittadini e di assicurare il progresso ed il benessere sociale all'interno dello Stato (art. 91-XXII CG). Una previsione, quest'ultima, che si presta ad una lettura di tipo paternalista e riassuntiva delle attribuzioni governatoriali e delle finalità che devono guidare e orientare la sua azione.

⁶⁵ Si ricorre alla prima figura se la cessazione dalla carica si consuma nei primi due anni di mandato, con nuove elezioni da tenersi in coincidenza con quelle per il primo rinnovo del *Congreso*; si procede, invece, all'elezione del *sustituto* allorché l'evento maturi negli ultimi 4 anni del mandato; in questo caso l'eletto completerà il periodo fino alla naturale scadenza (art. 85 CG).

⁶⁶ Si tratta, rispettivamente, di S. Rogelio Ortega Martínez (2014-2015), di Cienfuegos Salgado, David (2015) e, nuovamente, di Ortega Martínez (2015). In precedenza la carica di governatore interino era già stata attribuita a Aguirre Rivero (1996-1999), a seguito della destituzione di Rubén Figueroa Alcocer.

Nel rispetto della tradizione messicana, il governatore dispone dell'iniziativa legislativa (ordinaria o *preferente*), estesa alla *Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado*, della *Ley de Ingresos y del Presupuesto de Egresos* (entro il 15 ottobre di ogni anno). Egli inoltre promulga e dispone la pubblicazione delle leggi, con un potere di rinvio con osservazioni al *Congreso* entro 10 giorni dalla loro approvazione (art. 91-VII CG).

A queste attribuzioni si aggiunge la titolarità di un potere regolamentare, di natura essenzialmente esecutiva (art. 91-VI CG).

Tra i poteri di nomina, oltre a quelli relativi ai funzionari del potere esecutivo (che può rimuovere liberamente), si segnalano quelli di un componente del *Consejo de la Judicatura del Estado* e dei magistrati del *Tribunal Superior de Justicia* (questi ultimi sulla base di un procedimento condiviso con il *Congreso*).⁶⁷

In estrema sintesi, non tutte le attribuzioni riconosciute sono riconducibili alla sfera del potere esecutivo strettamente inteso; il loro ambito travalica questi confini, rendendo il governatore il fulcro della forma di governo dello Stato.

Nel periodo più recente anche nello stato di Guerrero si è assistito, come a livello nazionale, al venir meno dell'egemonia politica del PRI (Partido Revolucionario Institucional), che dal 1928 al 2005 aveva costantemente espresso il governatore (con ben 23 titolari succedutisi nella carica, ultimo della serie René Juárez Cisneros eletto nel 1999, per la prima volta in un quadro fortemente competitivo tra due candidati in grado di conseguire la vittoria a seguito dell'emersione di un secondo partito di consistenza rilevante in grado di competere effettivamente con il PRI).⁶⁸

⁶⁷ Tra le funzioni collegate con la giurisdizione anche il potere di concedere l'indulto per le condanne inflitte dai tribunali dello Stato (art. 91-XLV CG).

⁶⁸ Juárez Cisneros ottenne il 49,6% dei voti, Félix Salgado Macedonio del PRD in alleanza con altre forze di sinistra, il 46,9%. Secondo Estrada Castañón, Alba Teresa, 2. *Guerrero. Transición democrática, obstáculos y perspectivas*, disponibile en: http://dcsh.izt.uam.mx/cen_doc/cede/Anuario_Elecciones_Partidos_Políticos%20/1993_div/1993%20p.44-58.pdf, pp. 53 e ss., il cambio di prospettiva avrebbe iniziato a manifestarsi per effetto delle modifiche alle regole elettorali operate nel 1992; successivamente, già dalle elezioni del 1993, al progressivo declino del PRI avrebbe corrisposto una sensibile ascesa del PRD. Analogamente, Rodríguez Saldaña, Marcial, *Las elecciones del 6 octubre en Guerrero, cit.*, e *Elecciones locales en Guerrero: 2008, cit.*, pp. 97 e ss., che imputa alle regole ancora in vigore fino agli anni '90 del secolo scorso il difetto di aver consentito una sovra-rappresentanza del PRI; dopo la decisione di modificare parzial-

Le elezioni del 2005 hanno invece sancito la vittoria di Zeferino Torreblanca Galindo del PRD (Partido de la Revolución Democrática) e quelle del 2011 di un altro esponente del medesimo partito (il già citato Aguirre Rivero). Nell'ultima tornata elettorale, a seguito di un sessennio molto tormentato, un esponente del PRI (Héctor Astudillo Flores, attuale governatore) è tornato a ricoprire la carica.⁶⁹ Si è realizzata, quindi, una vera e propria alternanza politica alla guida dello Stato, che, come a livello federale, ha dato l'avvio ad una nuova epoca.

A questa alternanza alla guida del Potere Esecutivo ha corrisposto anche un riequilibrio della rappresentanza politica nel *Congreso*; fino al 2002 il PRI aveva mantenuto il monopolio dei parlamentari o, in una seconda fase, la maggioranza assoluta dei seggi;⁷⁰ nella LVII Legislatura (2002-2005) nessun partito riesce a raggiungere questa soglia e si determina una situazione del tutto nuova. Il fenomeno si ripete anche nelle legislature seguenti (2005-2008, 2008-2012, 2012-2015 e 2015-2018) che registrano, anche per effetto del mutamento incrementale delle regole elettorali⁷¹ e del passaggio ad un sistema misto con dei correttivi finalizzati a garantire una maggiore corrispondenza tra voti ottenuti e seggi conseguiti, una frammentazione del sistema politico e della rappresentanza parlamentare.

mente il sistema per assicurare una maggiore competitività elettorale, già nel 1996 il PRD aveva conseguito il miglior risultato elettorale della sua storia.

⁶⁹ In entrambe le elezioni del 2005 e del 2011 il vincitore ha ottenuto la maggioranza assoluta dei suffragi (circa il 55% dei voti espressi); sia nelle elezioni del 2011 che del 2017 il candidato vincente era sostenuto da una coalizione di partiti (PRD e PT nel 2001, PRI e PVEM nel 2017).

⁷⁰ I dati analitici fino al 2012 sono riportati in Cienfuegos Salgado, David, *Guerrero. Historia de las instituciones jurídicas, cit.*, pp. 246 e ss.; fino al 1996 (LIV Legislatura) gran parte dei deputati era eletta dal PRI, mentre i restanti erano frammentati tra una pluralità di forze politiche; a partire dal 1996, pur mantenendo il PRI la maggioranza assoluta comincia a profilarsi un secondo partito di media consistenza che negli anni seguenti rafforzerà ulteriormente i propri consensi. A seguito delle elezioni del 2012 ben sette formazioni politiche erano riuscite ad ottenere una rappresentanza, con la maggioranza relativa appannaggio del PRD (20 parlamentari), insidiato da lontano dal PRI con 13 rappresentanti. Nella legislatura attualmente in corso (la LXI - 2015-2018) sono rappresentate al *Congreso* 7 forze politiche, con 19 deputati del PRI, 14 del PRD, 6 del PVEM e gli altri ripartiti tra i gruppi minori.

⁷¹ Come rilevato da Rodríguez Saldaña, Marcial, *Elecciones locales en Guerrero, cit.*, p. 369, si è cercato di definire regole e condizioni minime per consentire lo svolgimento del libero gioco democratico, nel quale tutti i contendenti abbiano la possibilità di accesso al potere politico.

El regime diventa multipartitico con due soggetti di dimensioni maggiori degli altri, ma non più in grado di assicurare al governatore un sostegno parlamentare sicuro.⁷²

Si replica, a livello statale, quanto avvenuto sul piano nazionale ed in altri contesti territoriali: il passaggio da un modello di “presidenzialismo” egemonico, sostanzialmente autocratico, ad una modalità di governo diviso (modalità favorita anche dalla diversa durata del mandato di governatore rispetto alla durata delle legislature congressuali). Le conseguenze sulle dinamiche istituzionali che ne derivano sono di un duplice ordine: in primo luogo il governatore non dispone di un sostegno sicuro e precostituito per l’approvazione delle proprie iniziative, ad iniziare dalle decisioni di bilancio; secondariamente diventa problematico l’accordo parlamentare tra i diversi gruppi, con conseguenze sull’attività legislativa, che può essere paralizzata o almeno rallentata.⁷³

Chiusa la stagione dell’egemonia di un solo partito ed apertasi quella di un pluralismo politico effettivo, si rende necessaria la creazione di nuovi equilibri, probabilmente anche attraverso la riscrittura di alcune regole costituzionali; al momento, tuttavia, non si è seguita la strada intrapresa dalla Costituzione federale, che, con la riforma del 2014 (operativa dopo il 2018) contaminando il modello presidenziale con elementi tratti dalle

⁷² Il sistema politico guerrerense riproduce, fondamentalmente, quello federale, con la presenza degli stessi partiti; unica differenza sostanziale rilevante può essere quella della minore consistenza del PAN rispetto al quadro generale ed a quello di altri stati, per cui l’alternanza e la competizione politica ha visto sinora protagonisti solo PRI e PRD.

Nelle more della pubblicazione di questo scritto, con le elezioni generali che si sono tenute il 1o. luglio 2018, è stato rinnovato anche il *Congreso* dello stato di Guerrero. Il risultato, sulla scia degli esiti delle elezioni federali, ha premiato il Movimento Regeneración Nacional - Morena (che ha conseguito ben 19 deputati) e le forze politiche ad esso alleate, il Partido del Trabajo e il Partido Encuentro Social (che hanno ottenuto, rispettivamente, 3 e 2 deputati), con una perdita di consensi sia del PRI (con 11 deputati) che del PRD (con 7 parlamentari). In attesa delle elezioni del nuovo governatore, per le quali si dovrà attendere il 2021, si è quindi formata, all’interno del *Congreso* una maggioranza assoluta disomogenea rispetto al governatore in carica, esponente del PRI. Si profila, quindi, una situazione di governo diviso, che oltre a indebolire l’azione del potere esecutivo, potrebbe determinare anche una situazione di maggiore instabilità politica negli anni a venire.

⁷³ Cienfuegos Salgado, David, Guerrero, *Historia de las instituciones jurídicas, cit.*, p. 249, che, ricordando come in questa fase si registra un incremento del numero di regolamenti ordinamentali (p. 246) riteneva necessario, più che nel passato, correggere il sistema con riforme della costituzione statale.

esperienze di governo parlamentari, ha introdotto l'istituto del governo di coalizione quale rimedio esperibile per garantire la formazione di una maggioranza parlamentare omogenea rispetto al Presidente e favorire la governabilità del sistema.⁷⁴

VIII. IL POTERE GIUDIZIARIO

Riprendendo una caratteristica tipica dei sistemi federali, in Messico esistono due distinti livelli di giurisdizione: federale e statale, con competenze proprie riservate alle corti istituite nei territori. Peraltro, si tratta di un federalismo diseguale, che depotenzia il ruolo delle corti statali; tutte le loro decisioni, anche quelle emesse da corti di ultima istanza, infatti, possono essere impugnate mediante il c.d. ricorso di *amparo casación* dinanzi agli organi della magistratura federale, che dispongono di un generale potere di riforma di tutte le sentenze oggetto di ricorso.⁷⁵

Per quanto le previsioni della CFM siano meno dettagliate di quelle relative alla disciplina di altri organi costituzionali, così da lasciare agli stati un margine più ampio di discrezionalità,⁷⁶ a partire dalla revisione del 1986 l'art. 116.III CFM ha obbligato gli stati ad adottare standard minimi di disciplina del sistema delle corti di giustizia, con la finalità di garantire l'autonomia e l'efficienza del potere giudiziario a livello decentrato (le costituzioni statali devono stabilire le condizioni di accesso, formazione e

⁷⁴ Sull'argomento ci sia consentito rinviare a Tarchi, Rolando, "La forma di governo del Messico: dal presidenzialismo imperiale alla parlamentarizzazione del presidenzialismo", núm. 4, 2017, pp. 887 e ss., disponibile en: *DPCE Online*, anche per ulteriori richiami alla dottrina messicana Di questa fase di transizione, con riguardo agli stati nel loro complesso, parla diffusamente Barceló Rojas, Daniel A., *op. cit.*, pp. 44 e ss., che, partendo dall'idea delle costituzioni statali come laboratori istituzionali, proponeva, dopo la revisione delle regole elettorali, una serie di riforme del sistema di governo (tra le quali l'istituzione del governo di gabinetto) per favorirne la democraticità ed una dinamica più efficace.

⁷⁵ *Cfr.* Carpizo, Jorge e Carbonell, Miguel, *op. cit.*, pp. 87 e ss., che osservano come il sistema della doppia giurisdizione non ha saputo resistere alla forza centralizzatrice che ha caratterizzato la tradizione storica del paese e notano come sussista una disparità rilevante rispetto alla qualità del servizio reso nei diversi stati federati, come tra la giustizia statale e quella federale, che dispone di maggiori mezzi materiali e può avvalersi di giudici con retribuzioni più alte. Sull'*amparo casación*, *cf.*: Serna de la Garza, José María, *The Constitution of Mexico...*, *cit.*, pp. 110, 120 e ss.

⁷⁶ Olivetti, Marco, *op. cit.*, pp. 116 e 143.

permanencia en carga dei magistrati, indicare i requisiti soggettivi necessari, stabilire le incompatibilità, prevedere il principio della giusta remunerazione).

La Costituzione guerrerense dedica alla disciplina del potere giudiziario dello stato una particolare cura, con previsioni analitiche ispirate ai principi generali della *rule of law*, con un rinvio finale alla *Ley Orgánica del Poder Judicial* per l'ulteriore disciplina della materia.⁷⁷

Il Titolo VII della Costituzione, interamente dedicato al Potere Giudiziario, declina con particolare enfasi nella sua disposizione di esordio (art. 92 CG) le finalità ed i principi cui le corti di giustizia devono ispirarsi per la svolgimento delle proprie funzioni, soprattutto per quanto concerne le garanzie del diritto di difesa.

Il sistema, nel suo complesso, appare di tipo misto, utilizzando sia elementi propri della tradizione di *common law* che di *civil law*.⁷⁸ Alla prima sono sicuramente riconducibili i principi riferiti al processo penale, espressamente definito di tipo accusatorio e orale, e consistenti nella pubblicità, nel contraddittorio, nella concentrazione, continuità ed immediatezza, oltre alla possibilità di utilizzare esclusivamente prove formate in udienza pubblica. Con un dettaglio inconsueto per un testo costituzionale, sono poi disciplinati i diritti non solo degli imputati ma anche delle vittime e delle parti offese. Tra le disposizioni meritevoli di un espresso richiamo devono essere annoverate quelle sui limiti della carcerazione preventiva (art. 92.XI CG), sull'ampio riconoscimento del diritto ad acquisire le informazioni utili per la difesa e sulla garanzia della difesa d'ufficio, sui tempi del processo; in proposito si stabilisce, infatti, che la durata massima del processo non può essere superiore ad un anno per i reati più gravi e di quattro mesi per i delitti la cui pena massima non supera i due anni di reclusione.

Di rilievo, infine, la previsione dell'art. 94.1 CG, in base alla quale al potere giudiziario deve essere garantito un finanziamento sufficiente per l'esercizio delle proprie funzioni, con un divieto espresso di riduzione rispetto alla somma stanziata nell'anno precedente.

⁷⁷ Si tratta della *Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado Libre y Soberano de Guerrero n. 129*, disponibile en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/GUERRERO/Leyes/GROLEY77.pdf>, costituita da ben 145 articoli.

⁷⁸ Sui caratteri generali del sistema giudiziario, Serna de la Garza, José María, *The Constitution of Mexico...*, cit., p. 103.

La struttura del sistema giudiziario ricalca, invece, il modello di *civil law*, essendo caratterizzato da una pluralità di giurisdizioni; oltre a quella ordinaria (civile e penale), sono infatti previsti il *Tribunal electoral* (Capitolo IV) ed il *Tribunal de lo Contencioso Administrativo* (Capitolo V), distinti e separati dalle altre giurisdizioni.

La giurisdizione ordinaria è articolata su più livelli,⁷⁹ con al vertice il *Tribunal Superior de Justicia*, che è anche l'unico soggetto ad essere disciplinato direttamente dalla Costituzione, mentre per gli altri si rinvia alla legge organica sul Potere Giudiziario. Questo organo ha le caratteristiche di una vera e propria corte suprema dello Stato; i giudici che ne fanno parte (il numero non è determinato dal testo costituzionale ma dalla legge organica) sono nominati dal governatore (art. 91.XXXIX CG), con il consenso del *Congreso* (art. 97 CG—*v. infra* in questo paragrafo); il presidente è eletto dal *Pleno* del *Tribunal* per la durata di tre anni ed è rieleggibile per una sola volta. La struttura dell'organo è di tipo plurale; oltre al *plenum*, costituito da tutti i magistrati del *Tribunal*, è prevista un'articolazione in *salas* (civili, penali, per la famiglia ed i minori), formate da tre membri, che giudicano in modo collegiale ed unitario (artt. 102 e 103 CG).

Le competenze sono quelle tipiche di un organo di vertice della giurisdizione (le più significative: garantire l'osservanza della Costituzione e delle leggi, interpretare le norme statali e quelle federali soggette a giurisdizione concorrente, risolvere i conflitti di competenza tra le corti di primo grado e tra le *salas* dello stesso *Tribunal*), cui si aggiungono funzioni di amministrazione della giurisdizione finalizzate a guidare l'indipendenza e l'autonomia del potere giudiziario dello stato (art. 104.II CG),⁸⁰ tra le quali è di particolare rilievo quella di nomina dei giudici delle corti inferiori, previa proposta del *Consejo de la Judicatura* (art. 104.VII CG).⁸¹

Tra i giudici speciali, il *Tribunal Electoral* è ovviamente competente a giudicare sulla protezione dei diritti politici elettorali dei cittadini, oltre che sul rispetto delle regole costituzionali e legislative nello svolgimento

⁷⁹ L'art. 92.1 CG prevede corti di primo grado, corti di controllo, giudici di pace, tribunali per i minori, corti di "juicio oral", oltre ai giudici dell'esecuzione penale.

⁸⁰ Quello dell'effettiva autonomia dei magistrati dagli altri poteri e, in particolare da quello esecutivo, anche a livello federale, è un problema storico: *cfr.* Carpizo, Jorge e Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 206.

⁸¹ Inoltre, presentare il progetto di bilancio annuale, definire politiche annuali per l'esercizio dell'azione giudiziaria per conseguire le finalità indicate nell'art. 104.IX CG, sollecitare il *Consejo de la Judicatura* ad adottare regolamenti e accordi generali.

di tutte le consultazioni elettorali, statali e municipali.⁸² Il *Tribunal*, che può essere adito solo per via di impugnazione, è la suprema autorità dello Stato in materia elettorale e le sue decisioni hanno valore definitivo e non sono impugnabili (art. 132.3 CG). Per effetto della riforma del 30 giugno 2014, l'organo ha composizione ristretta: 5 magistrati, che sono eletti a maggioranza dei 2/3 dei presenti della Camera (art. 133.1 CG). Inoltre, con la medesima riforma costituzionale si è stabilito che l'organo dovrà decidere sempre in forma collegiale (art. 132.3 CG).

Il Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁸³ integra il sistema di giustizia amministrativo dello Stato, avendo la funzione di tutelare i diritti delle persone nei confronti degli atti e delle omissioni della pubblica amministrazione statale e municipale e, quindi, di far rispettare il principio di legalità (il dettaglio delle competenze si rinviene nell'art. 138). L'organo, che viene definito come la massima autorità dello Stato in materia amministrativa e fiscale (art. 135.2 CG) e che adotta risoluzioni definitive, si articola in una *Sala superior* (formata da cinque giudici, che decidono sempre collegialmente – *en pleno*) e in *salas* regionali, secondo quanto disposto da una legge organica. La nomina dei magistrati segue le stesse regole previste per i giudici delle corti ordinarie (artt. 96 e 97).

Anche il complessivo statuto dei magistrati assume un carattere misto, combinando elementi di tradizioni diverse; così, la durata temporanea dell'incarico e i criteri di selezione su base politica dei magistrati è ripreso dalle esperienze anglosassoni,⁸⁴ al contrario, l'istituzione del *Consejo de*

⁸² Per il dettaglio delle competenze si rinvia all'art. 134 CG, oltre a quanto stabilito dalla Ley Orgánica del Tribunal Electoral del Estado de Guerrero número 457, disponibile en: [http://congresogro.gob.mx/inicio/attachments/article/662/LEY%20NO.%20457%20ORGANICA%20TRIBUNAL%20ELECTORAL%20\(31-MAY-17\).pdf](http://congresogro.gob.mx/inicio/attachments/article/662/LEY%20NO.%20457%20ORGANICA%20TRIBUNAL%20ELECTORAL%20(31-MAY-17).pdf). Sulla giustizia elettorale e la sua evoluzione storica, Corona Nakamura, Luis Antonio e Téllez Garita, Laura Lizette, *op. cit.*, pp. 58 e ss.; Rodríguez Saldaña, Marcial, *Elecciones locales en Guerrero: 2008, cit.*, p. 392; Rodríguez Saldaña, Marcial, *Las elecciones del 6 octubre en Guerrero, cit.*, pp. 100 e ss. Lo stesso autore, in altro scritto (*La reforma electoral en Guerrero, avances e insuficiencias, cit.*) evidenzia come in Guerrero le competizioni elettorali presentino, storicamente, un tasso di conflittualità molto alto.

⁸³ Anch'esso organo necessario, in quanto previsto dall'art. 116.V CFM, la cui disciplina è completata dalla Ley Orgánica del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Guerrero, n. 467, disponibile en: <http://congresogro.gob.mx/inicio/attachments/article/663/ley%20orgánica%20del%20tribunal%20de%20justicia%20administrativa%20del%20estado%20de%20guerrero%20número%20467.pdf>.

⁸⁴ Pur essendo richiesta, tra gli altri requisiti previsti dall'art. 96 CG (che definisce anche le incompatibilità), una competenza tecnica quale il conseguimento di una laurea

la *Judicatura* (artt. 160-163 CG) che, congiuntamente al *Tribunal Superior de Justicia*, è l'organo di garanzia dell'indipendenza, imparzialità, specializzazione e professionalità dei magistrati e si ispira al modello di consiglio giudiziario che, a partire dalle previsioni della Costituzione italiana del 1948, si è progressivamente diffuso nella gran parte dei paesi dell'Europa continentale, tanto da diventarne uno degli elementi tipici dello stato di diritto, per essere poi ripreso anche da varie esperienze latino-americane, tra cui anche quella messicana.⁸⁵

In particolare il *Consejo de la Judicatura* guerrerense, replica a livello locale l'omologo istituto federale introdotto nel 1994 con la revisione dell'art. 100.2 CFM;⁸⁶ esso ha una composizione mista (5 membri), in

in giurisprudenza da almeno 10 anni, la nomina dei giudici è di spettanza del governatore, con la successiva ratifica a maggioranza dei 2/3 dei componenti, previa convocazione delle persone proposte ed entro il termine di 45 giorni dalla ricezione (art. 97 CG). La mancata ratifica impone al governatore di procedere ad una nuova proposta entro 10 giorni. La durata dell'incarico è fissata in 7 anni, con possibile riconferma per altri 8, non ulteriormente prorogabili, fino al limite dei 70 anni di età. Tra le analogie con alcuni sistemi di *common law* ritroviamo anche il divieto di riduzione dell'indennità (che deve comunque essere adeguata) spettante ai magistrati per l'intero periodo di permanenza nell'incarico (art. 100.1 CG) e la soggezione ad una forma di responsabilità politica (analogia a quella dei titolari delle cariche parlamentari, di governo e di altri organi previsti dalla Costituzione) per ragioni di particolare gravità indicate nell'art. 185 CG, che può essere dichiarata dal Congresso a maggioranza dei 2/3 dei componenti, secondo modalità che richiamano le procedure di *impeachment* proprie della tradizione giuridica anglosassone. L'approvazione di una risoluzione in tal senso, che è definitiva e non impugnabile, oltre alla decadenza dall'incarico può comminare anche l'interdizione dai pubblici uffici per un periodo massimo di 10 anni.

⁸⁵ La stessa Commissione di Venezia ha raccomandato agli Stati membri del Consiglio d'Europa di prevedere un consiglio della magistratura, formato in prevalenza da giudici, a garanzia dell'indipendenza del Potere Giudiziario. *Cfr.*, in argomento, Pegoraro, Lucio e Rinella, Angelo, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 525 e ss.; Volpi, Mauro, "I Consigli di giustizia in Europa: un quadro comparato", *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, pp. 948 e ss.; D'Orlando, Elena e Montanari Laura (cur.), "L'indipendenza della magistratura in Europa e il ruolo dei Consigli di Giustizia", *id.*, 2010 n. 4.

⁸⁶ Su questo organo, Carpizo, Jorge e Carbonell, Miguel, *op. cit.*, pp. 204 e ss., che rilevano come la successiva riforma del 1999 abbia inferto un colpo fatale alla sua indipendenza, per la decisione di rimettere al *pleno* della Corte Suprema la nomina, l'assegnazione e la rimozione dei magistrati federali. Sulla necessità di istituire l'organo anche a livello statale, *cfr.* Sánchez Vázquez, Rafael, "El Consejo de la Judicatura como factor coadyuvante en el fortalecimiento de la autonomía e independencia del poder judicial en las entidades federativas", disponibile en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2921/19.pdf>; in argomento anche Olivetti, Marco, *op. cit.*, p. 142.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

parte di designazione politica (due componenti sono nominati, rispettivamente, dal governatore e dal Congresso a maggioranza dei 2/3 dei componenti), in parte eletta dai magistrati (un consigliere è eletto direttamente dai giudici di prima istanza, un secondo dal *pleno* del *Tribunal del Estado* tra i magistrati che ne fanno parte); a questi si aggiunge il presidente del *Tribunal Superior de Justicia del Estado*, con funzioni di presidente anche del *Consejo*. I consiglieri elettivi restano in carica per 3 anni, con possibilità di rielezione per un sola volta e, comunque, devono esercitare la loro attività senza vincolo di mandato (art. 162.2 CG: i consiglieri non rappresentano chi li designa ed esercitano le funzioni con indipendenza e imparzialità). Le funzioni esercitate dall'organo, che comprendono anche attività di natura normativa e regolamentare, sono quelle di amministrazione della giurisdizione (con il vincolo di rispettare l'indipendenza dei giudici – art. 160.3 CG) ed in particolare dei servizi ausiliari e delle risorse finanziarie assegnate al potere giudiziario. Del complesso di queste funzioni il *Consejo* non detiene l'intero monopolio, essendo in parte condivise col *Tribunal Superior*; questa considerazione, unita al fatto che le competenze sono limitate soltanto ai giudici ordinari ed alle modalità di composizione dell'organo, ci porta a ritenere che quello adottato, per quanto importante, sia un modello debole di consiglio giudiziario se paragonato ad altri offerti dal panorama comparatistico.

Un ruolo di grande rilievo spetta alla *Fiscalía General del Estado*, istituito quale organo autonomo e dotato di personalità giuridica e di un proprio patrimonio, che deve agire nel rispetto dei principi di legalità, obiettività, efficienza, professionalità onestà e rispetto dei diritti umani (art. 139 CG). Particolarmente felice la formula utilizzata per definire le funzioni generali del *Ministerio Público*: “*representación social de lo guerrerenses y de la naturaleza jurídica del Estado*” (art. 139.1 CG); mediante questa formula si evoca l'idea che la *Fiscalía* sia portatrice anche degli interessi generali dello stato-comunità, piuttosto che dello Stato-persona.⁸⁷ Le funzioni tipiche sono ovviamente quelle dell'esercizio dell'azione penale (rispetto alla quale non è indicata alcuna forma di obbligatorietà, risultando, quindi, discrezionale) e dei suoi corollari, oltre alla conduzione della polizia giudiziaria (art. 139.2 e 6 CG). Anche in questo caso la figura pare per larga parte modellata sugli omologhi dei sistemi di common law; il

⁸⁷ Secondo la felice intuizione di Pizzorusso, Alessandro, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, Einaudi, 1982, p. 136.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJ-UNAM.

Fiscal general è di nomina politica, all'esito di un procedimento complesso che coinvolge sia il Congresso (in prevalenza) che il governatore,⁸⁸ cui compete altresì, la potestà di rimozione del titolare per gravi motivi, salvo espressa opposizione del Congresso adotta a maggioranza dei 2/3 dei componenti (art. 142 CG). Inoltre, la funzione ha carattere temporaneo, con una durata di 6 anni non ulteriormente prorogabili.

Oltre che dal *fiscal general*, la *Fiscalía* è integrata da un *Consejo de la Fiscalía General* e da *fiscalías* specializzate⁸⁹ in particolari materie, secondo quanto stabilito da una legge organica.⁹⁰ Il compito di questi organi consiste, secondo il modello del consiglio giudiziario,⁹¹ nell'esercizio delle funzioni amministrative relative alla *Fiscalía General*, tra le quali la selezione, la nomina e la carriera dei pubblici ministeri, in modo separato rispetto al Potere Esecutivo.

IX. BREVE CONSIDERAZIONE FINALE

Autorevoli colleghi messicani hanno scritto che l'alto tasso di analfabetismo della popolazione, le condizioni di povertà in cui si trova un terzo della società e il contesto di violenza ed incertezza sono ostacoli strutturali allo sviluppo della democrazia nello stato di Guerrero e costituiscono, anzi, un terreno favorevole alla conservazione dei poteri dei *cacicazgos* locali e delle relazioni clientelari, che si sono radicate da lungo tempo.⁹² Sarebbero invece necessarie per il consolidamento della democrazia una

⁸⁸ In una prima fase il Congresso compila (a maggioranza dei 2/3 dei membri) una lista di almeno 10 candidati, tra i quali il governatore selezionerà una terna, designando provvisoriamente il *fiscal general*, che viene riproposta al Congresso, il quale sceglierà (ancora con la stessa maggioranza qualificata) il titolare definitivo della carica.

⁸⁹ L'art. 140.III CG ne individua due: la *Fiscalía* per i reati in materia elettorale quella per combattere la corruzione. Sono inoltre previste *Fiscalías* regionali, agenzie del pubblico ministero, un corpo di polizia giudiziaria ed un organo per i servizi periziali.

⁹⁰ Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado de Guerrero, n. 500, disponibile en <http://congresogro.gob.mx/inicio/index.php/2017-05-01-16-02-43/organicas/104-ley-organica-de-la-fiscalia-general-del-estado-de-guerrero-numero-500>.

⁹¹ L'organo è formato da 5 membri; la presidenza è affidata al *fiscal general*, che è affiancato da membri eletti o designati, rispettivamente, dall'insieme dei pubblici ministeri, dalla *Fiscalía General* tra i suoi componenti, dalla polizia giudiziaria e dalle organizzazioni degli avvocati (art. 141 CG).

⁹² Estrada Castañón, Alba Teresa, *op. cit.*

participación más amplia de la sociedad civil, que instrumento de control del poder, el fortalecimiento de una cultura política respetuosa de los derechos humanos y la fin de los abusos y de la impunidad de los funcionarios de policía, que a menudo han llevado las relaciones entre el gobierno y la sociedad a un nivel de tensión intolerable.

Ahora, se ha escrito que la política moderna, que es inclusiva, que reconoce plenas garantías a la oposición, que es del gobierno pluralista y del consenso, que es del respeto de los derechos humanos y políticos, que es de los acuerdos entre todos los actores políticos favorables a la democracia, es el camino para permitir una plena transición democrática sin rupturas. Por esto era considerada necesaria una reforma profunda del Estado que viese en el fondo las estructuras de los poderes constituidos y fuese ampliamente compartida.⁹³

Se, por lo tanto, en un estado en el que los males crónicos de la violencia y de la pobreza comprometen el efectivo goce de los derechos, la construcción y el fortalecimiento del estado de derecho se convierte en una necesidad fundamental a perseguir:⁹⁴ en este ámbito la Constitución reformada en 2014 puede representar un punto de partida importante; el auspicio es que pueda favorecer el afirmarse de una cultura renovada, que haga propios esos valores universales en los que ella se funda y que, adquiriendo una efectiva valencia normativa, permita la realización de ese derecho al “*buen gobierno*” a menudo evocado por los defensores del derecho constitucional.⁹⁵

El paso del 2018, que se presenta como un año electoral,⁹⁶ representa un momento crucial para ver si la transición democrática en curso proseguirá su camino o sufrirá un revés.

C

⁹³ Rodríguez Saldaña, Marcial, *La reforma electoral en Guerrero*, cit., p. 17.

⁹⁴ Cienfuegos Salgado, David, *Guerrero. Historia de las instituciones jurídicas*, cit., pp. 264 y 265.

⁹⁵ Como ya, retomando Diego Valadés, para la dimensión estatal, Barceló Rojas, Daniel A., *La reforma del Estado en las entidades federativas. De la autocracia presidencial a la democracia presidencial en los estados*, cit., p. 49.

⁹⁶ Definición tomada de Rodríguez Saldaña, Marcial, “2018: año electoral”, *El Sur*, 19 de febrero de 2018; se renuevan: la presidencia de la República, el todo el Congreso de la Unión (128 senadores y 500 diputados) y, a nivel estatal, además de los órganos de gobierno de muchos municipios y *regidurías étnicas* también ocho gobernadores y diversas asambleas legislativas y, entre ellas, también el Congreso guerrerense.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El juicio de amparo, la Constitución de Querétaro de 1917, y su influjo sobre la Constitución de la Segunda República Española*, volumen 1, España, Dykinson, 2017, 1143 pp.

Dos estados hermanos unidos geográficamente y en su génesis histórica, pero que debido a su madurez que dan las vicisitudes del paso del tiempo adquirieron una identidad propia, Campeche y Yucatán,¹ aun discuten la progenitura del que será reconocido como el padre del juicio de amparo, don Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá. La historia, por todos conocida, es que nuestro héroe nació en Bolonchenticul, Yucatán, localidad que en 1858 se separaría de tal estado para erigir el nuevo estado de Campeche, entonces ¿cómo pronunciarse sobre su origen?

La anterior es una necesaria reflexión que nos genera la lectura del formidable libro: *El juicio de amparo, la Constitución de Querétaro de 1917, y su influjo sobre la Constitución de la Segunda República Española*, vol. I, del profesor de la Universidad Complutense, el doctor Francisco Fernández Segado.

En el transcurso de seis capítulos, el profesor Fernández nos da una lección de la dialéctica del juicio de amparo desde una visión histórica sistemática. Estos seis capítulos son: 1. El juicio de amparo mexicano. Aspectos generales. Antecedentes históricos de la institución. 2. Los instrumentos de garantía constitucional en el primer constitucionalismo mexicano: de la Constitución de Apatzingán (1814) a las Leyes Constitucionales de 1836. 3. Manuel Crescencio Rejón y el nacimiento del juicio de amparo en el proyecto de Constitución de Yucatán, de diciembre de 1840. 4. El voto particular de Mariano Otero, el Acta de Reformas de 1847 y la implantación del juicio de amparo a nivel federal. 5. El juicio de amparo en la Constitución de 1857, en sus leyes reglamentarias y en la jurisprudencia

¹ Sobre la separación y surgimiento del Campeche como estado puede, véase Collí Ek, Víctor Manuel, *Campeche, historia de las instituciones jurídicas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 3-33, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2889-campeche-historia-de-las-instituciones-juridicas>.

de la Suprema Corte de Justicia. 6. La Revolución de 1910-1917, el proceso constituyente y la Constitución de 1917. El inicio de una nueva era constitucional, la del constitucionalismo social.

El profesor Fernández Segado en la introducción nos da dos explicaciones básicas de las razones de esta monumental obra: primera, como “modesto” —y lo pongo entre comillas porque aceptar esta afirmación del autor sería desconocer la naturaleza reservada, humilde y de bonhomía que lo caracteriza, y en vista de que se trata de una obra de una gran profundidad del amparo mexicano— homenaje al centenario de la Constitución mexicana; segunda, es un volumen que forma el primero de dos tomos sobre el amparo mexicano, en el primero se abordan los antecedentes previos a 1917, aunque como él mismo afirma, no termina sin una “cierta atención” a la dimensión social de 1917; el segundo tomo profundizará en 1917 y la influencia que tendrá en el desarrollo del constitucionalismo español.

Son muchos los temas que se deberían comentar de la exposición de nuestro profesor en una obra tan vasta como la que nos ofrece; sin embargo, la disposición de espacio nos obliga a referirnos a los que más han llamado nuestra atención, dentro de esos temas encontramos los siguientes.

En primer lugar, la “mexicanidad” del juicio de amparo, que conlleva una reflexión, esta institución jurídica que tiene tallada la preocupación por la defensa de los derechos humanos, una luz en momentos convulsos de nuestro país como es la separación de Yucatán de la República Mexicana (Constitución Yucateca) y la invasión de los Estados Unidos de América² (Acta de Reformas), momentos definitorios de la identidad nacional, sello que le da esencia igualmente al juicio de amparo, ¿qué tanto necesita este juicio de nuestro pedigrí, del derecho comparado para ajustarse a los tiempos actuales?

Otro tema de gran discusión y significación histórica-política, que nos deja ver que el autor es un gran conocedor no sólo de la institución jurisdiccional sino también de nuestra identidad constitucional, es el de la excesiva reglamentación de la carta fundamental mexicana, el profesor,

² No podemos dejar de citar, al hablar de este periodo de la historia mexicana, las lapidarias palabras de Lucas Alamán expresadas a fines de 1947: “El día 3 del próximo diciembre se completan tres siglos cabales de la muerte de Hernán Cortés. ¿Quién hubiera podido pensar en aquella época que, a los tres siglos de la muerte del gran conquistador, la ciudad que él sacó de sus cimientos había de estar ocupada por el ejército de una nación que entonces no había tenido ni el primer principio?”. *Cfr.* Rosas, Alejandro y Molina, Sandra, *Érase una vez México 2. Del grito a la revolución*, México, Planeta, 2018, p. 90.

después de revisar las voces más autorizadas sobre sus implicaciones, se pronuncia acerca de la dimensión cuantitativa de las reformas que ha tenido, por un lado, no le parece lógico, pues no todas las reformas han sido necesarias y oportunas afirma, con lo que estamos de acuerdo, pero discrepa respecto de que sea un síntoma de que se crea en ella, como afirmarían algunos constitucionalistas mexicanos.

En el capítulo sobre Rejón y su influencia, el maestro Fernández Segado hace una revisión profundamente interesante sobre el desarrollo y lecturas del pensamiento de su ideario, como se podrá observar a lo largo de la obra, es un agudo defensor de la importancia del pensamiento de este jurista yucateco-campechano, en sus palabras: “la obra de Rejón es el punto de partida indiscutible del juicio de amparo mexicano, por cuanto el yucateco establece las grandes líneas maestras de la institución, que serán con posteridad seguidas a nivel nacional”, enumerando algunas de ellas: 1. Establecimiento de un procedimiento específico. 2. La determinación de la sede judicial. 3. La existencia de una violación de un derecho para su procedencia. 4. Legitimación del agraviado. 5. La autoridad pública como presunto responsable. 6. La relatividad de los efectos de la sentencia.

Una lección que aprendemos muy bien del profesor Segado es la expresión de la triple dimensión de la aportación rejoniana o su aportación sistémica, que comprende al juicio de amparo y el control difuso de constitucionalidad.

En primer lugar, tenemos el amparo; concluiríamos en una doble instancia y que nos atrevemos a aventurar, comprensible desde una visión jerárquica de la capacidad de decidir de los jueces en el desarrollo de este juicio. Ya que, por un lado, tenemos los artículos 53 y 22 del Proyecto de Constitución yucateca. En éstos se determinaba la facultad de la Corte Suprema de Yucatán para conocer del juicio de amparo sobre actos de la legislatura o providencias del gobernador o ejecutivo. Pero, por otro lado, se establecía la posibilidad de realizar un juicio político a la Corte Suprema por “abusos” en los juicios de amparo. Baste decir que estamos totalmente de acuerdo con el profesor Segado de que esta última medida “dejaba a la Corte Suprema bajo la guadaña del Congreso”. Por otro lado, tenemos el llamado “amparo de barandilla”, que facultaba a los jueces de primera instancia a amparar a quienes pidieran su protección contra actos de cualquier funcionario que no correspondiera al orden judicial. Es interesante

cómo el profesor Fernández Segado trae a la atención la explicación que Echánove Trujillo da sobre esta doble dimensión del amparo, en concreto, “la búsqueda del modo más rápido y eficaz de proteger las garantías individuales, toda vez que la Suprema Corte yucateca residiría sólo en Mérida, mientras que los jueces de primera instancia se hallaban ubicados en cinco de las poblaciones del Estado...”.

En segundo lugar, el control difuso de constitucionalidad. En el apartado de “Previsiones generales”, existía una cláusula que decía: “En la administración de justicia arreglarán los jueces sus fallos a lo prevenido en esta Constitución, prescindiendo de lo dispuesto contra ella en las leyes o decretos del Congreso del Estado”, que afirma el profesor Fernández Segado, su fuente de inspiración se encuentra en el párrafo segundo del artículo VI de la Constitución estadounidense. Para nuestro profesor, esto revelaba que los constituyentes yucatecos conocían la cláusula de supremacía de la que derivaban el control difuso de la constitucionalidad, y encomendaban a los jueces estatales la protección del texto constitucional. Es un antecedente parcial del artículo 126 de la Constitución de 1857 y del artículo 133 de la Constitución mexicana actual.

Una idea que debemos resaltar en la exposición es la relativa a la cuestión de ¿por qué el amparo surgió en Yucatán? El autor reconoce la existencia de diversas hipótesis por parte de la doctrina mexicana, como la influencia de Tocqueville, la visión liberal, la lucha por el federalismo o el centralismo en el que Yucatán era partidario, que la defensa de los derechos humanos fueran un asunto del régimen interior de los estados, etcétera, pero que —indica nuestro autor— no establecen un lazo causal evidente entre la interrogante y su respuesta, por lo que se atreve a aventurar una vía novedosa de respuesta.

La lectura del desarrollo constitucional en Guatemala en la época deja ver la instauración de un control difuso constitucional, en sede judicial de inaplicación de la ley y aplicación directa, en el caso, del derecho constitucional. En la hipótesis del profesor Fernández Segado, los textos fundamentales de Guatemala como el del 11 de septiembre de 1837 permean un conocimiento de la *supremacy clause* estadounidense, la concepción francesa del papel del Poder Legislativo, pero como expresamos líneas arriba, dejan ver en su diseño un reconocimiento de inaplicación de la ley por parte de los jueces ante una contradicción con un derecho o precepto de la ley fundamental, y esto fue una realidad en Guatemala entre 1838 y 1845.

La conocida cercanía geográfica, cultural, política, ideológica entre Yucatán y Guatemala en la época de desarrollo del amparo por Rejón, hace preguntar al autor “¿No pudo influir de algún modo la experiencia guatemalteca, que llevaba dos años y medio vigente cuando Rejón procedió a elaborar el Proyecto de Constitución yucateca, sobre el político mexicano?”; aunque la hipótesis la deja en eso, le parece importante —y estamos convencidos de que es así— “lanzar esta idea”, si bien en Guatemala no existía el amparo, sí se deja ver una preocupación importante por la búsqueda de vías procesales para la protección de los derechos. Esta cercanía y la alta probabilidad de que un jurista educado como Rejón conociera la normativa y la preocupación por los derechos en el vecino Estado, dotan de pertinencia a la hipótesis propuesta.

Otra afirmación muy atinada del autor, una lectura de política constitucional mexicana, es cuando al referirse a las razones del principio de relatividad de las sentencias de amparo, como un rasgo que se ha caracterizado como aportación de Otero, fue importante para el “establecimiento, estabilización y desarrollo de juicio de amparo”, siguiendo el pensamiento del ahora ministro de la Corte mexicana, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, concebirlo como controlador y con efectos generales no le hubiera vaticinado un gran futuro en el México del siglo XIX y durante el régimen priista.

Sobre el diseño del amparo en la Constitución de 1857, nuestro autor afirma que, si observamos sus rasgos generales, seguiría el diseño de Otero de una década anterior, con algunas modificaciones. Estos rasgos generales, delineados por el autor son: se trata de un juicio *ad hoc*, no un recurso, que se inicia frente a la jurisdicción federal, a petición de parte y dirigido contra la autoridad responsable —un rasgo que lo hace diferente del sistema del *judicial review*—; un rasgo peculiar que lo hace diferente del amparo del Acta de Reformas, es que mientras ésta no permitía su procedencia contra autoridades judiciales, sino únicamente contra el Ejecutivo y el Legislativo, en 1857 se podía dirigir contra cualquier autoridad incluidas las judiciales; el “mascarón de proa”, como expondría el autor, el principio de relatividad de las sentencias.

Otro tema analizado por el autor es el relativo al amparo en negocios judiciales, hace una extensa y muy completa exposición de la evolución de su existencia y las discusiones que ha generado a lo largo de nuestra historia constitucional. Sin duda, éste es un tema de profundas repercusiones para el federalismo mexicano, ya que toca fibras sensibles de la actividad

y responsabilidades estatales, como el relativo a la independencia judicial, nos explicamos, pero no sin antes indicar cómo el autor resume, siguiendo el pensamiento del maestro Héctor Fix-Zamudio, la discusión histórica sobre la procedencia de este tipo de amparo. En esta discusión, reafirma nuestro autor, podemos encontrar tres líneas de desenvolvimiento: la primera, más ajustada al modelo estadounidense, sustentada por Ignacio Mariscal, quien sostenía que el amparo debía proceder sólo en caso de infracciones directamente a preceptos constitucionales y en las tres hipótesis indicadas en el artículo 101 de la Constitución de 1857; la segunda, sustentada por Vallarta, quien afirmaba que debía proceder nada más en materia penal; la tercera, la que terminaría por imponerse, que afirmó la existencia de una garantía constitucional general para impugnar todas las resoluciones judiciales en las que no hubiera existido una aplicación correcta de una disposición legal secundaria.

Ahora bien, esta institución que se decidiría por la tercera postura, como bien afirma el autor, indicábamos, toca fibras sensibles de nuestro constitucionalismo y régimen federal, en específico, lo que tiene que ver con la independencia judicial local, en donde desde el Constituyente de 1917, se argumentó que se carecía precisamente de esa independencia judicial de los jueces locales en favor de solidificar la existencia de cacicazgos locales en la figura del gobernador del estado. Se discutió en el Constituyente de 1917 si debía darse definitividad a las sentencias locales y se decidió que no, justamente por esta razón. Y casi 100 años después, el imaginario político-social es el mismo, esto lo hace ver el intento de darle mayor autonomía a los jueces locales en sus decisiones y menos intervención de la justicia federal vía el amparo judicial en la reforma constitucional de amparo de 2011, donde hubo en la iniciativa un punto que tocaba este tema, pero que desafortunadamente se decidió no autorizar.

La iniciativa sugería un cambio en dos líneas: el fortalecimiento de la autonomía de los tribunales locales, en conjunción con una facultad deliberativa de los Tribunales Colegiados de Circuito —quienes conocen en la justicia federal de este amparo judicial— acerca de cuáles asuntos abordar y cuáles no. Para lograr estos fines, la propuesta implicaba dos criterios de selección: importancia y trascendencia.

Como señalaba la iniciativa presentada, el objetivo no era eliminar el amparo judicial o directo, más bien era disminuir la intervención de la justicia federal en el ámbito local, ¿cómo quería lograrse esto? Mediante

el mantenimiento del control de la constitucionalidad directa y en casos específicos, proceder únicamente por importancia y trascendencia, apoyando a la consolidación de los tribunales locales que las emitieron, como órganos definitivos.

Aunado a lo anterior, se delineaba un tercer filtro, consecuencia natural del nuevo sistema propuesto, que el tema en estudio fuera de constitucionalidad y no de legalidad, que la intervención de la justicia federal se diera cuando el asunto implicara no violaciones a las “garantías de legalidad” sino una violación directa a la Constitución mexicana.

Como se puede ver, la propuesta generaría en su implementación un sistema novedoso, implicaba una apertura a consolidar la capacidad de decisión de los poderes judiciales locales. Desafortunadamente esta iniciativa no fue aprobada en las comisiones respectivas por las razones siguientes:

Por otro lado, estas comisiones dictaminadoras coinciden en términos generales con los argumentos contenidos en la iniciativa en el sentido de que hoy en día los poderes judiciales locales gozan de una mayor autonomía e independencia frente a los poderes legislativos y ejecutivos de las entidades federativas. Asimismo, que la confianza en ellos ha ido aumentando, sustentada principalmente en las reformas al artículo 116 constitucional y en aquellas normas y acciones que van abriendo en nuestra sociedad las puertas de un Estado de Derecho, sin embargo, estas comisiones no comparten la propuesta contenida en la iniciativa en el sentido de limitar en ciertas materias la procedencia del juicio de amparo directo, fijando como criterios de admisión de la demanda de amparo directo la *importancia* y *trascendencia*.

En efecto, si bien por un lado se reconoce la importancia de atender la problemática generada a partir del abuso de este instrumento de tutela constitucional, por otro, consideramos que es posible dar atención a dicha problemática a través de medidas diversas a las planteadas en la iniciativa con la finalidad de no afectar el derecho de acceso a la justicia consagrado en el artículo 17 constitucional.³

³ La iniciativa puede ser consultada en: Cámara de Senadores, *Gaceta del Senado*, sesión del 10 de diciembre de 2009. El texto de la iniciativa señalaba: 107. Fracción III, inciso a), cuarto párrafo: “El amparo a que se refiere este inciso será procedente cuando, además de los requisitos que para ello se establecen, las sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio entrañen la fijación de un criterio de importancia y trascendencia en los términos que precise la ley reglamentaria”. Fracción V, último

Como se puede ver, el tema abordado por el autor tiene una gran importancia en nuestro derecho constitucional y de amparo, es un tema pendiente para el federalismo.

La oportunidad que el profesor Francisco Fernández Segado me da para reseñar su impresionante obra es motivo de gran orgullo para mí, sin embargo, pretender abordar cada uno de los temas que analiza es una tarea titánica aun al nivel y extensión de crítica de libro, pero algo sí puedo decir con total convicción, es un trabajo absolutamente necesario de analizar cuando se quiera estudiar el amparo mexicano.

Me he dado a la tarea de exponer únicamente algunos temas que —siendo todos interesantes— me invitaron a la reflexión, aprendizaje, y que ojalá a quien lea estas líneas le parezca de la misma forma y con estas palabras plasmadas lo inviten a leer la obra en su integridad.

No queda más que expresar la gran expectativa que me ha creado y la espera ahora inminente de la aparición del segundo tomo que, sin duda consultaré y espero tener de nuevo el honor de reseñar.

C

Víctor COLLÍ EK*

párrafo: “En todos los casos a que se refiere esta fracción, la procedencia del juicio de amparo se regirá por lo establecido el inciso a) de la fracción III del presente artículo”.

* Profesor investigador en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche, México, y líder del Cuerpo Académico “Derechos Humanos y Problemas Constitucionales”. Miembro del SNI. Correo: vimcolli@uacam.mx.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

FERRAJOLI, Luigi, *Constitucionalismo más allá del Estado*, Madrid, Trotta, 2018, 96 pp.

En la obra del profesor Luigi Ferrajoli podemos encontrar explicaciones bastante lúcidas de las transformaciones paradigmáticas del derecho y del constitucionalismo. En esta obra, presenta diversas reflexiones en torno a la necesidad de refundar el constitucionalismo ante las severas crisis que sufre. Para ello presenta este libro en dos grandes partes: la primera, enfocada en el nacimiento y crisis del paradigma constitucional y los posibles escenarios de expansión y expectativas del constitucionalismo; y en una segunda parte, se enfoca en las cuestiones relacionadas con la necesaria refundación de la política, a partir de una revisión de las etapas paradigmáticas del derecho, comenzando con el nacimiento del positivismo jurídico, la emergencia del constitucionalismo rígido y las expectativas sobre un tercer cambio de paradigma.

Es lugar común, en la obra del profesor Luigi Ferrajoli, la reflexión en torno al nacimiento del paradigma constitucional durante el siglo XX, el cual estuvo marcado por los males de las experiencias dictatoriales en Europa, las atrocidades cometidas por éstas y los conflictos bélicos, pero también por la superación de dichas penurias a través del replanteamiento de la política, la democracia, la dignidad de la persona, las relaciones entre Estados y las estructuras institucionales de estos. Así, en el primer capítulo de este libro, se puede encontrar las causas y caracteres de la renovación constitucional de la posguerra, animada a partir de la promulgación de diversos documentos jurídicos, como la Carta de la ONU en 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, las Constituciones japonesa, italiana y alemana de 1946, 1948 y 1949, en lo que comenzó a cobrar fuerza la idea de que los consensos mayoritarios no podían fungir más como la única forma de legitimación de los sistemas políticos y que era indispensable la incorporación de diversos límites y vínculos establecidos por los derechos fundamentales y la división de poderes, binomio

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*
Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IIJ-UNAM.

fundamental del constitucionalismo y herencia del artículo 16 de la Declaración francesa de 1789.

En este nuevo paradigma es relevante hacer mención del resquebrajo de la soberanía interna a través del diseño de los sistemas y procedimientos de control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, pues representan una manera de limitar los poderes absolutos, como la omnipotencia de las mayorías parlamentarias. Mientras que, en la vertiente externa, ésta se ve comprometida a partir de la subordinación de los Estados a los contenidos de la Carta de la ONU, a los derechos fundamentales y al principio de prohibición de la guerra, lo que sin duda representa una versión renovada del derecho internacional, pues hasta antes de estos sucesos, este orden jurídico era entendido como un sistema de relaciones entre Estados soberanos, meramente pacticio, y por lo mismo reflejo de la ley del más fuerte.

Ahora bien, aunque la herencia constitucional del siglo pasado pudiera fomentar cierto optimismo, la realidad es que asistimos a diversos procesos constituyentes propiciados por el alejamiento de la política de los materiales normativos, piénsese, por ejemplo, en aquella idea de la globalización como ausencia de derecho público colmada por el derecho privado, lo que ha derivado en una inversión de la jerarquía democrática de los poderes, es decir, ya no son las fuerzas sociales materializadas en los partidos políticos las encargadas de tomar las decisiones políticas, sino que, lo que ha denominado en otros trabajos como poderes salvajes, son los que se imponen a los gobiernos e instituciones nacionales e internacionales.

Con base en el carácter formal del paradigma constitucional, es posible su exportación a otros ámbitos para hacer frente a la actual crisis de la democracia y el constitucionalismo. Y es que como señala Ferrajoli, la estructura de dicho paradigma se puede caracterizar por las relaciones jerárquicas entre normas supraordinadas y subordinadas, y por ello, puede aplicarse en otros foros y contextos distintos al meramente estatal, por ello en el segundo capítulo de la obra, Ferrajoli sugiere cuatro nuevas articulaciones del paradigma constitucional: 1) un constitucionalismo de carácter social; 2) un constitucionalismo de derecho privado; 3) un constitucionalismo de los bienes fundamentales, y 4) un constitucionalismo supranacional o de derecho internacional. Con base en estas consideraciones podemos decir que el constitucionalismo contemporáneo, lejos de ser relacionado con material normativo meramente estatal o nacional, podría ser entendido como una dinámica lógica que bien puede materializarse fuera de las fronteras estatales.

Respecto de la primera expansión del paradigma constitucional, si bien tuvo una primera etapa en el diseño del Estado social paternalista a través de los derechos sociales, en el Estado constitucional actual, estos derechos se configuran como expectativas positivas en la esfera pública, y ya no como una concesión benévola del Estado. Para Ferrajoli, la consolidación de un constitucionalismo social responde a una necesidad de carácter económica que se resume en el mejoramiento de la calidad de vida de las personas que tendrá repercusiones en la productividad y la riqueza colectivas, y que, por ello, los gastos que implican la garantía de los derechos sociales no deben entenderse como un pasivo en las finanzas públicas, sino más bien como una inversión pública productiva.

El segundo escenario de expansión del paradigma constitucional es el relacionado con el sometimiento a vínculos y garantías a los poderes económicos privados, el cual pretende romper con la tradición liberal caracterizada por el diseño estatal únicamente capaz de imponer límites meramente negativos, por lo regular asociada a derechos de libertad, por lo que el Estado se legitimaba a través de la garantía de las libertades y la autonomía individual. Sin embargo, para el profesor italiano, estos límites meramente negativos han provocado la irrupción de un absolutismo de los poderes económicos, de los “poderes salvajes”, lo que ha provocado un desafortunado contubernio entre los poderes del mercado y el poder político, lo cual ha erosionado gravemente la democracia.

Otro escenario de expansión del paradigma constitucional es el relacionado con los bienes fundamentales. Y es que para el profesor Luigi Ferrajoli, aunque los avances tecnológicos han hecho posible la producción de bienes artificiales, también han propiciado la destrucción de algunos bienes naturales vitales como el aire, la integridad del medio ambiente. Por ello, cabría la posibilidad de preguntarse si las categorías con las cuales nos aproximamos a los derechos subjetivos atribuibles a las personas podrían servir para diseñar técnicas de tutela y protección de estos bienes, como la creación de una carta internacional de los bienes fundamentales, así como la equiparación de los bienes fundamentales a los derechos.

La última posibilidad de expansión del paradigma constitucional que sugiere Ferrajoli es la de un constitucionalismo global, que, aunque difícil e improbable, es al mismo tiempo, la más necesaria y urgente. Y es que en la era de la globalización, resultaría ingenuo pensar que los problemas de los países y sociedades más pobres y vulnerables pueden ser afrontados

con ópticas y estrategias meramente nacionales, pues piénsese por ejemplo en el papel que juegan las decisiones tomadas en organizaciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la Organización de las Naciones Unidas, e incluso aquellas que son tomadas por actores de carácter privado como las empresas multinacionales.

Como ya adelantábamos, la propuesta del profesor Ferrajoli tiene como eje rector el carácter formal del paradigma constitucional, y por ello es factible su expansión en un nivel supraestatal. Es importante destacar, que la idea de una dinámica constitucional en sede supraestatal no significa, en ningún momento, la sugerencia de la reproducción de las formas e instituciones estatales, sino más bien la consolidación de técnicas, funciones e instituciones de garantía adecuadas y eficaces en ese nivel. Si bien pudieran existir algunas manifestaciones embrionarias de esta expansión del paradigma constitucional, como la Corte Penal Internacional, aún se muestra bastante débil respecto de lo que Ferrajoli denomina “garantías secundarias”, que son aquellas encaminadas a intervenir en contra de las violaciones de los derechos fundamentales. Sin embargo, por lo que hace a las garantías primarias, aquellas relacionadas con la protección de los derechos, el panorama luce aún menos alentador, pues las instituciones que pudieran enfocarse en ello, aún lucen bastante débiles, y resultaría necesaria su reforma estructural para que pudieran cumplir eficazmente con la misión que les tendría deparada un constitucionalismo global.

En la segunda parte de este trabajo, enfocada en la refundación de la política necesaria a partir de su erosión y vaciamiento auspiciada por los procesos deconstituyentes, el profesor Ferrajoli sostiene que los derechos pueden ser tanto como protegidos o fortalecidos pero también atacados o destruidos por la política, no necesariamente por métodos violentos propios de las experiencias dictatoriales, sino también con métodos “pacíficos”, por ejemplo a través de la implementación de políticas contrarias a los contenidos de los textos constitucionales o la subordinación de los poderes políticos a los poderes del mercado.

Este fenómeno ha provocado el progreso de las instituciones judiciales en un papel de garantía secundaria de los derechos fundamentales, reflejo de la regresión y fracaso de las instituciones políticas y administrativas en tanto garantías primarias. Muestra de esto es el diseño institucional del sistema judicial europeo, en el que se puede asistir a la construcción de un derecho constitucional común de carácter jurisprudencial y funcionamiento

multinivel, que ha fungido como un remedio adecuado a la decadencia de las instituciones nacionales. Esto no significa que las instancias judiciales nacionales o internacionales deban asumir una función protagónica, sino que en todo momento deben entenderse como subsidiarias en caso de que las garantías primarias fallen.

Luigi Ferrajoli culmina este trabajo con algunas disertaciones sobre la posibilidad de una refundación de la política a la luz de las necesidades actuales provocadas por la crisis de la democracia, el Estado y el constitucionalismo. Estos procesos de refundación posibles se enfrentan no tanto a la falta de alternativas o propuestas, sino más bien a actitudes aparentemente “realistas” y a la falta de voluntad política en diversos sectores para echarlas a andar.

La obra del profesor Ferrajoli es esfuerzo teórico en torno a la concepción del constitucionalismo como un instrumento para hacer frente a la grave crisis y erosión de categorías conceptuales clásicas como Estado o democracia, que a pesar de las distintas voces que se muestran pesimistas respecto de la idea de la expansión del constitucionalismo por considerarla utópica, valdría la pena recuperar el argumento expuesto por el autor en el que sostiene que lo verdaderamente utópico es la creencia de que las cosas pueden mantenerse como están sin que la humanidad se condene a un futuro en condiciones insostenibles de violencia, desigualdad y de destrucción del medio ambiente, y que por ello la humanidad y el propio constitucionalismo sólo tienen futuro si este último se materializa más allá del Estado.

C

Mario MOLINA HERNÁNDEZ*

* Ayudante de profesor y tesista de licenciatura en la Facultad de Derecho de la UNAM, México. Becario del programa PAPIME Manual Interactivo de Derecho Constitucional. Contacto: <https://orcid-org/0000-0002-9822-1359>. Correo: mmolinah95@gmail.com.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

RAMOS-KURI, Manuel (coord.), *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre la fertilización in vitro*, 2a. ed., México, Centro de Investigación Social Avanzada-Universidad de San Sebastián, 2017, 265 pp.

A partir del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, un grupo de expertos en los tópicos de derechos humanos, bioderecho, filosofía y medicina, tanto de México como de otros países de nuestra región, hicieron un estudio científico en torno a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), condenatoria para Costa Rica, al exigirle legalizar la reproducción artificial asistida, así como la implementación de dichas técnicas en su sistema de seguridad social. Además de obligarla a pagar una indemnización —para cada una de las parejas demandantes— de 25 mil dólares americanos.

Grosso modo, el primer capítulo elaborado por los profesores costarricenses Ligia de Jesús Castaldi y Jorge Andrés Oviedo Álvarez, versa sobre “La redefinición del derecho a la vida desde la concepción, reconocido en la Convención Americana”. Los autores refieren a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como el tratado internacional donde la protección al derecho a la vida encuentra fundamento, concretamente en el artículo 4 (1): “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Por tanto, la CADH reconoce el derecho a la vida desde la concepción, dotándolo de una protección de largo alcance, incluso mayor que la prevista, tanto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como en la Carta Africana de Derechos Humanos y más allá del propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En congruencia con el citado precepto de la CADH, antes del 28 de noviembre de 2012, fecha de la sentencia del caso *Artavia Murillo*

y otros (“*Fecundación in vitro*”) vs. *Costa Rica*, la CoIDH ya se había pronunciado sobre el derecho a la vida, como el derecho más básico de los seres humanos y su reconocimiento, presupuesto necesario para garantizar el libre ejercicio y disfrute de todos los demás derechos. Algunos de sus fallos relacionados con este derecho: *Caso de los Hermanos Gómez-Paquiyaury vs. Perú*. *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* y *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*.

Por tanto, el derecho a la vida —incluye al concebido no nacido— no puede tampoco ser arrebatado o suspendido y su reconocimiento no puede ser revertido por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) de acuerdo con las normas de interpretación de la CADH, fijadas en el artículo 29.

Como aportación relevante, los autores enfatizan el carácter absoluto del derecho a la vida, incluyendo el del concebido no nacido, entiéndase no en el sentido de las excepciones calificadas, por ejemplo, la legítima defensa, sino en tanto no puede ser derogado o suspendido ni siquiera en caso de emergencia. Todo esto a tenor del artículo 27 (2) de la CADH, al prescribir que el derecho a la vida no es derogable, ni lo son tampoco las garantías judiciales para su protección. En tal virtud, la derogación de la vida del concebido no nacido autorizando su muerte o destrucción —*ad libitum*— de sus padres o de un médico, sería por tanto una violación de dicho principio.

Para los autores, lo anterior tiene implicaciones de primer orden dado el carácter fundamental e inderogable del derecho a la vida desde la concepción. Por ello, éste debe prevalecer en todos aquellos casos en donde se plantee un supuesto conflicto con otros derechos, por ejemplo, el derecho a la privacidad o derecho a la integridad personal de la mujer. La jurisprudencia de la CoIDH ha insistido: “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos”.

Por lo demás, el derecho a la vida implica también su carácter inherente. Es decir, que el derecho a la vida no puede ser mediatizado o instrumentalizado, ni siquiera en aquellos supuestos en los cuales se presume necesario para la consecución de determinados resultados, ya sea la experimentación en pro de la salud humana o la implementación de técnicas de reproducción asistida.

Asimismo, la CoIDH ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación

negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción.

Recapitulando el caso, dos peticiones fueron presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) *Gretel Artavia Murillo vs. Costa Rica* (anteriormente *Ana Victoria Sánchez Villalobos vs. Costa Rica* y Petición 12.361. *Daniel Gerardo Gómez, Aida Marcela Garita y otros vs. Costa Rica*) alegando que Costa Rica violaba los derechos humanos reconocidos en la CADH al prohibir la fertilización *in vitro* (en adelante FIV), técnica de reproducción artificial que resulta en la destrucción y congelamiento de embriones humanos, al igual que en abortos llamados eufemísticamente “reducciones embrionarias”.

Toda vez que la Corte Suprema costarricense prohibió la práctica de la FIV desde el año 2000, debido a la previsible destrucción y pérdida embrionaria inherente al procedimiento. La negativa no era absoluta, pues preveía circunstancias bajo las cuales la FIV podría ser constitucional, siendo éstas que la técnica evolucionara en el futuro de manera que la FIV no implicara muerte embrionaria, ya sea de manera previsible o deliberada. Inicialmente, al grupo de peticionarios lo acompañaban dos empresas proveedoras de FIV, “Costa Rica Ultrasonografía S. A.” y el “Instituto Costarricense de Fertilidad”, ambos solicitaban ser consideradas víctimas en el caso, alegando daños materiales, así como reparaciones pecuniarias por parte del Estado. No obstante, la CIDH rechazó tener competencia *ratione personae* sobre esas compañías, por no ser personas físicas, y por lo tanto no estar protegidas por la CADH.

Aparte de la sentencia condenatoria a Costa Rica, la CoIDH también concluyó que el embrión humano no es persona, redefinió la concepción la cual comienza —según los jueces— en la implantación y no en la fecundación, por lo cual el artículo 4 (1) de la CADH, permite amplias excepciones a la vida del no nacido, incluyendo algunas formas de aborto.

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena) la interpretación del artículo 4 (1) de la CADH se debe llevar a cabo de buena fe y conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos, teniendo en cuenta su objeto y fin. Por tanto, una interpretación así debería concluir que el artículo 4 (1) de la CADH protege al ser humano no nacido contra todo aborto intencionalmente provocado y contra todo acto voluntario tendente

a su destrucción, ya que la CADH claramente protege la vida humana *in utero* desde el momento de la concepción y no a partir del nacimiento.

Aunado a lo anterior, los autores dejan entrever la parcialidad y prejuicios ideológicos de tres jueces que conocieron del caso, el entonces presidente de la CoIDH, Diego García Sayán, la juez Margarette Maculay, así como del juez Alberto Pérez Pérez. Finalmente, los autores sostienen que las interpretaciones históricas, sistemáticas o evolutivas de los tratados de derechos humanos son para extender el alcance de los mismos establecidos en instrumentos internacionales, no para reducirlos. En *Artavia*, la CoIDH logró revertir los derechos del embrión humano, a partir del momento de su concepción, reconocidos por los Estados parte desde la adopción de la CADH.

El capítulo segundo, sobre “Los posibles efectos continentales del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, a la luz del actual estado del derecho internacional de los derechos humanos”, del profesor chileno Max Silva Abbot. El artículo es un análisis crítico de la reglas de interpretación que la CoIDH ha ido dándose a sí misma, en los textos internacionales inspiradores de sus sentencias y en el llamado control de convencionalidad, a la luz del caso *Artavia*.

De los primeros, la CoIDH es intérprete última y legítima, siendo, además, una instancia definitiva e inapelable (artículo 67). Apoyándose en el *Convención de Viena*, la CoIDH ha ido elaborando un conjunto de reglas cuya aplicación hace que, a la postre, el sentido y alcance que ella acaba atribuyendo a los tratados invocados, sea a veces muy diferente del contenido mismo del Tratado.

Las reglas de interpretación han sido elaboradas tanto vía jurisprudencial como de opiniones consultivas. Ante todo, para la CoIDH, los tratados deben interpretarse no tanto según su tenor literal, ni atendiendo a las circunstancias históricas de surgimiento, tampoco a las intenciones de sus redactores, sino de una perspectiva *evolutiva, dinámica y progresista*. En consecuencia, bajo esta visión, los derechos humanos no son autónomos, sino interdependientes, razón por la cual deben interpretarse unos a la luz y en coordinación con los restantes, de una forma sistemática para su reforzamiento.

Además, para la CoIDH el principio *pro homine*, según el cual se buscará la interpretación más favorable a las víctimas, protege de manera más eficaz un derecho determinado y aminora en lo posible sus restricciones, razón por la cual puede fundar sus veredictos en otras normas, ya sea

nacionales o internacionales, si es que ellas, de acuerdo con su criterio, protegen mejor el derecho en cuestión.

Por ende, los cánones de interpretación que la CoIDH ha ido dándose a sí misma, sus posibilidades reales de no acatar los que verdaderamente dicen los tratados, de modificarlos e incluso de cambiarlos, es la denominada interpretación *mutativa por adición*. Entonces, para fundamentar sus fallos, la CoIDH invoca, además de otros tratados, ya sean universales o regionales ajenos al sistema interamericano, también a documentos no vinculantes, el llamado *soft law* internacional —sólo los tratados internacionales poseen efectos vinculantes o son derecho duro (*hard law*)— e incluso jurisprudencia, ya sea de tribunales internacionales, así como de tribunales constitucionales o cortes supremas de diversos países. Y no simplemente para dar apoyo o reforzar argumentos tomados de la CADH y otros tratados vinculantes, sino también para ir modificando su sentido. Para Silva, la CoIDH, no toma en cuenta el margen de apreciación, como sí lo hace, por ejemplo, el Tribunal de Estrasburgo.

Respecto del control de convencionalidad, apunta que la CoIDH puede desconocer una norma del orden interno de un Estado por ser contraria a lo dispuesto por la CADH (más precisamente, a la interpretación que de la misma haga la CoIDH, sin perjuicio de acudir en esta labor a otros documentos internacionales) también los jueces nacionales pueden dejar de aplicar una norma interna por el mismo motivo, incluso de oficio.

Además, vincula al Poder Judicial de los Estados a tener en cuenta a la CADH y la interpretación que de la misma realiza la CoIDH en sus fallos, control difuso: todos los órganos vinculados a la administración de justicia, o sea, todos los jueces están obligados a ejercer *ex officio* el control de convencionalidad.

Para la CoIDH, los jueces locales vendrían a ser algo así como sus delegados (se les considera incluso como jueces interamericanos). Por tanto, están llamados a aplicar directamente la normativa internacional ya interpretada por la CoIDH en sus fallos, así como en la interpretación contenida en sus opiniones consultivas. Más aún, la normativa internacional, al ser superior a la de los propios Estados, tendría preeminencia incluso sobre las mismas Constituciones nacionales. La única excepción admitida para que prime la normativa interna es que ella sea más favorable a los afectados, en virtud del principio *pro homine*.

Para Silva, las dos consecuencias del fallo a la luz de la interpretación de la CoIDH, la primera, *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, es fruto de las

peculiares reglas de interpretación utilizadas por la CoIDH, modificando y contrariando el sentido original de la CADH. La segunda, relacionada con el estatuto jurídico del no nacido, porque desconoce su calidad de persona (pese a ser miembro de la especie humana); además señala que su pseudo-protección no puede oponerse a otros derechos considerados más fuertes; y que su eventual tutela se hace a través de los derechos de la madre. Por esta razón la CoIDH pareciera pretender abrir las puertas para el aborto legal en todo el continente.

El capítulo tercero, “Interpretación del artículo 4.1: Revisión y Análisis de la práctica ulterior de los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, de la profesora mexicana Aracely Ornelas. Destaca, por señalar a los Estados que protegen la vida desde la concepción, en congruencia con el artículo 4 (1) de la CADH. Antes de la firma de la CADH, solamente Ecuador y Paraguay habían hecho, en sus ordenamientos constitucionales, un reconocimiento explícito de la protección de la vida desde la concepción. Posterior a la firma de la CADH, El Salvador, Guatemala, Perú, Honduras, Chile y República Dominicana incorporaron en sus Constituciones el reconocimiento expreso del estatuto jurídico del *nasciturus*, con base en la CADH. Argentina, una década después de la ratificación de la CADH, estableció en su Constitución como facultad del Congreso, la de aprobar un sistema social especial e integral que protege a los niños necesitados desde la gestación (artículo 75.23).

Señala una mención al presidente de Uruguay, Tabaré Vázquez, cuando el 14 de noviembre de 2008, vetó la ley que autorizaba el aborto a petición de la mujer (Ley de Salud Sexual y Reproductiva), durante las primeras doce semanas de gestación; arguyó que, dada la condición de persona otorgada por la CADH al no nacido, antes de consentir una ley de este tipo, Uruguay tendría que separarse de la CADH.

Respecto a la legislación del manejo de los embriones humanos, en las consideraciones de la CoIDH sobre derecho comparado, se menciona a Brasil, Chile, Colombia, Guatemala, Perú, México y Uruguay, lugares con una regulación de algún aspecto relacionado con la práctica de la FIV. Los ejemplos anteriores son en su mayoría de carácter prohibitivo (prohibición de clonación humana, del uso de técnicas de reproducción asistida con fines diferentes a la procreación humana, del uso de procedimientos que apunten a la reducción embrionaria, de congelación de embriones para su transferencia diferida). Solamente Argentina (Ley de Acceso a las Téc-

nicas de Reproducción Humana Asistida, 2013) y Uruguay (Ley 19.167 Reproducción Humana Asistida) tienen una legislación referente al tema.

A raíz del Pacto de San José, ninguna de las islas caribeñas, exceptuando a Barbados, ha liberalizado el aborto. Además, la autora aporta el dato de la cantidad de países que han declarado el día oficial del “niño por nacer”, en sintonía con la CADH, a saber: El Salvador, Argentina, Guatemala, Costa Rica, Nicaragua, República Dominicana, Perú, Honduras y Chile.

Derivado de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo del Cairo (1994), Guatemala rechazó la interpretación del aborto como un derecho reproductivo o sexual, o como servicio de salud reproductiva, en virtud de la incompatibilidad con la CADH, en el mismo sentido se opusieron El Salvador y República Dominicana, Honduras hizo una reserva, manifestando que el aborto no se podía considerar un método de planificación familiar, Ecuador lo secundó, manifestando su rechazo al aborto en virtud de sus obligaciones derivadas de compromisos internacionales, igualmente Paraguay y Argentina.

El capítulo cuarto, a cargo del profesor mexicano Hugo Saúl Ramírez, “Sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica* y los principios de imparcialidad y precaución”. Ahí se cuestiona la imparcialidad de los jueces de la CoIDH, por los prejuicios, la pertinencia y la oportunidad, ya que los jueces no valoraron los datos aportados por la comunidad científica —experta en el análisis de la realidad— como argumento para la interpretación de una norma jurídica.

Los errores cometidos en el uso de datos científicos en torno al desarrollo embrionario, así como el sesgo de prejuicios con los que la CoIDH desacreditó afirmaciones y datos científicos en torno al fenómeno de la concepción, supuso un atentado contra su propia imparcialidad y en consecuencia contra su autoridad como intérprete del contenido y alcance de los derechos humanos. También los excesos cometidos en la sentencia, al considerar que el embrión humano no es persona ni sujeto de derechos. Además, al redefinir la “concepción” como implantación en el útero materno, en lugar de la “fertilización”, deja a los embriones humanos —creados en tubos de ensayo— desprotegidos legalmente.

Por lo que hace a los capítulos quinto y sexto, de la autoría de los profesores mexicanos Agustín Herrera y José Antonio Sánchez Barroso, una frase puede sintetizar su contenido: “La dignidad humana corresponde a todo ser humano desde la concepción”.

Como epílogo, los dos últimos capítulos a cargo del profesor mexicano Manuel Ramos Kuri, contienen una explicación del concepto biológico de la concepción, así como de la fecundación, embrión, fertilización, gametos, infertilidad, salud materna, entre otros, para ayudar al lector no familiarizado con dichos términos a tener una idea clara de su contenido y alcance. Para concluir, que las técnicas de reproducción asistida no son un derecho humano como pretende la CoIDH en el consabido fallo.

C

Alberto PATIÑO REYES*

* Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México. ORCID: 0000-0003-4722-192X. Correo: alberto.patino@ibero.mx.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 42, enero-junio 2020

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos. Un paso en la consolidación del Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, 118 pp.

Los mecanismos procesales que protegen derechos colectivos son una manifestación del profundo impacto de la tendencia de los Estados sociales de derecho en los siglos XX y XI. En este sentido, el Estado social de derecho ya no reconoce únicamente la concepción individual del derecho, propia del Estado liberal clásico, sino que amplía su espectro de protección a los intereses colectivos de todo el conglomerado social.

En Colombia, las acciones colectivas, están reconocidas en la Constitución Política de 1991, en sus artículos 87 y 88, y desde su creación se han convertido en un instrumento garante de los llamados derechos de solidaridad. En este sentido, el maestro Santofimio explica cómo la acción popular dota de sustento material al derecho administrativo, dentro de un nuevo paradigma jurídico que implica una transformación de la concepción clásica de la medida provisional, transmutando su objeto a la eficaz protección de los intereses y derechos colectivos del conglomerado social.

En este orden de ideas, el maestro Santofimio plantea un nuevo paradigma sobre la efectividad de las medidas cautelares en las acciones populares, traspolándolas desde su esfera individualista y subjetiva, a una órbita colectiva que se represente la multiplicidad de herramientas que debe tener el juez para proteger de forma efectiva los derechos e intereses colectivos. Por tal razón, el autor concibe la hipótesis de que las medidas cautelares en estos procesos deben esencialmente innominadas, atípicas, modelos en blanco, sujetos a la iniciativa del juez contencioso para su posición objetiva, concreción, alcance e imposición, buscando la obtención inmediata de remedio provisional adecuado para hacer prevalecer el interés de la comunidad contra la agresión que puede estar sufriendo.

Con base en el anterior planteamiento, el maestro Santofimio estructura su esquema en 11 capítulos, que argumentativamente se presentan de la siguiente forma. En primer lugar, explica la naturaleza de los procesos de acción popular en Colombia y sus generalidades; en segundo lugar, hace un recuento sobre los elementos procedimentales de los procesos de acción popular; en tercer lugar, explica los efectos de las sentencias de estos procedimientos y en último lugar hace un análisis de las medidas cautelares, en una perspectiva general a la acción colectiva, y en particular a cada interés y derecho colectivo que tradicionalmente se protege con este tipo de acciones.

Frente al primer punto, el autor define a la acción popular como el conjunto de pretensiones que por vía de acción cualquier persona en nombre de la comunidad puede reclamar o solicitar ante las autoridades judiciales con el propósito de que se profiera medidas preventivas, condenatorias o restauradoras de los derechos e intereses colectivos violados o amenazados. Haciendo una construcción material de la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa, el maestro Santofimio identificó diferentes intereses y derechos colectivos, objeto de protección de las acciones populares, ente otros: el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el medio ambiente y la libre competencia económica.

Frente al segundo punto, y en lo relativo a los elementos procesales de las acciones populares, hay que denotar que se rigen por las normas dispuestas en la Ley 472 de 1998 (ley que regula las acciones populares y de grupo). En este sentido, el autor hace un análisis de las particularidades de la composición de los sujetos procesales, el objeto del proceso y demás elementos, que son característicos al procedimiento de la acción popular.

Con relación a los sujetos, el autor profundiza explicando que en estos procedimientos se tiene como sujeto activo a todo el conglomerado social, a través de cualquier miembro de la comunidad afectada o amenazada, en sus derechos e intereses colectivos. Por otro lado, la parte pasiva de la relación procesal es el presunto responsable público o privado, conocido o indeterminado que dañe o ponga en peligro o amenaza, los derechos o intereses generales. En relación con este punto, concluye acertadamente el autor que en las acciones populares no existe en estricto sentido partes procesales, ya que es un proceso encaminado a proteger derechos e intereses

colectivos y el afectado es el entero del conglomerado social, y el extremo pasivo podría ser incluso indeterminado.

Frente al tercer punto, el maestro Santofimio hace un análisis sistemático de las normas que regulan la materia, y de las tesis jurisprudenciales relevantes; destaca que las sentencias de las acciones de grupo tienen unas particularidades, necesarias para cumplir con el objetivo de esta acción procesal. En primer lugar, el fallo debe tener un efecto material concreto que reconozca si existe el peligro de la vulneración a los intereses colectivos y lo solucione; en segundo lugar, sus efectos deben recaer sobre todo en la comunidad y sus resoluciones deben ser de carácter general; en tercer lugar, la sentencia podrá contener una condena o disposiciones preventivas y protectoras, o que frenen actos administrativos e incluso contratos, este fallo hará tránsito a cosa juzgada, con efecto entre las partes y sobre toda la comunidad.

De esta forma, el autor destaca la importancia de las consecuencias materiales efectivas, de los fallos en el marco de la acción popular. Es claro que en el marco de este procedimiento, los jueces gozan de mayor discrecionalidad en la interpretación objetiva de los derechos constitucionales, haciendo un análisis con base en el principio de proporcionalidad, de las implicaciones de la protección de los derechos e intereses que se pretenden proteger. En este punto se hace evidente la importancia de la hipótesis del maestro Jaime Orlando Santofimio, puesto que aunque el procedimiento de la acción colectiva es por naturaleza garantista, es inútil sin una interpretación amplia sobre el decreto de medidas cautelares, ya que si bien el procedimiento dota de herramientas al juez para realiza un fallo que responda a la protección de los derechos e intereses colectivos, éstos pueden ser violentados irremediablemente, sin una herramienta pronta que surja previa a la sentencia del juez.

Frente al cuarto y último lugar, concretamente en lo relativo a las medidas cautelares en los procesos de acciones populares, el autor hace hincapié en que son una de las principales innovaciones en el nuevo esquema del proceso contencioso administrativo. Esta nueva tendencia de libertad en el decreto de medidas cautelares, y en su innominación, se ajusta a la naturaleza de los conflictos que tienen como objeto derechos e intereses colectivos, ya que de seguir con la tesis de la taxatividad de las medidas cautelares en los procesos judiciales, se desnaturalizaría la acción popular.

Por otro lado, el maestro Santofimio hace una postulación genérica de algunos contenidos que deben tener las medidas cautelares en las acciones populares. Estas son medidas que podrían de forma general prevenir el acaecimiento de un perjuicio irremediable. En este sentido, el autor identifica entre otras: ordenar la cesación inmediata de actividades dañosas; y ordenar que se ejecuten los actos necesarios para respetar y garantizar derechos, cuando haya conducta potencialmente perjudicial o dañina de la omisión del demandado.

No obstante, el autor reconoce, como lo ha hecho la jurisprudencia, que la imposición de estas medidas previas pueden afectar desproporcionadamente otros derechos e intereses colectivos. Por esto, destaca que la oposición a las medidas previas sólo podrá fundamentarse en causales específicas, como lo son: evitar mayores perjuicios al derecho que se pretende proteger; evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público, así como eliminar al demandado perjuicios cuya gravedad sea tal que le haga prácticamente imposible cumplir un eventual fallo desfavorable. Por lo tanto, el criterio de taxatividad de las medidas cautelares, en el marco de las acciones de grupo, se invierte, siendo aplicado sólo en las excepciones al decreto de las mismas.

Finalmente, el autor expone algunas consideraciones sobre los elementos que deben tener las medidas cautelares, con base en la naturaleza de los intereses o derechos colectivos. De tal forma, a continuación expondré algunas de las consideraciones que hace el autor sobre las medidas adecuadas para la protección de cada interés colectivo.

En relación con la protección del medio ambiente se deben tener en cuenta los diferentes desarrollos jurisprudenciales y normativos nacionales e internacionales sobre el principio de protección, esto se concreta materialmente en la aplicación de una interpretación favorable para el medio ambiente. Frente a los límites de la aplicación práctica del principio de precaución, el autor destaca la importancia de la provisionalidad de la medida y la aplicación del test proporcionalidad en su decreto.

Respecto a la moralidad administrativa, cabe resaltar que las medidas deben ser dirigidas a garantizar que el servidor público se ajuste al bloque de legalidad, evitando la comisión de conductas antijurídicas en el marco de su función pública. Por otro lado, y frente a los derechos colectivos relativos al urbanismo, el autor señala que las medidas deben ir encaminadas a exi-

gir el cumplimiento de deberes legales de las autoridades administrativas relacionadas con este tipo de derechos.

Con relación a la defensa del patrimonio económico, es claro que el juez debe realizar un riguroso test de proporcionalidad y razonabilidad, ya que no puede afectar otros intereses públicos. Adicionalmente, el maestro Santofimio señala que además de estos criterios, el juez popular deberá contar con los elementos de juicio suficientes que le permitan verificar la presencia del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* a fin de que la medida sea necesaria y jurídicamente viable.

En lo referente a la salubridad y la seguridad pública, y los servicios públicos, el maestro Santofimio destaca que en la mayoría de los casos que afectan estos intereses públicos, se podría aplicar de forma analógica y adecuada lo dicho sobre el principio de precaución en lo relativo a la protección del medio ambiente. No obstante, hay que resaltar la importancia de exhortar a las autoridades competentes con el fin de que realicen las medidas necesarias para proteger estos derechos.

El autor del libro concluye de forma sucinta que las acciones populares son la herramienta idónea para proteger los derechos e intereses colectivos. Además, resalta la importancia de esta acción en los desarrollos normativos y teleológicos del derecho a partir del Estado social de derecho, que supera la concepción de los derechos colectivos a partir de pretensiones individuales. Por último, destaca que las instituciones contenciosas administrativas, ya no tienen como objetivo la defensa del individualismo, sino que están en proceso de transformación hacia la garantía de la tutela colectiva y hacia la visión humanista del derecho.

El libro *Acciones populares y medidas cautelares en defensa de los derechos e intereses colectivos*, del maestro Jaime Orlando Santofimio, nos explica cómo se materializa el principio de solidaridad, que proviene del Estado social de derecho, y cómo se logra garantizar efectivamente los derechos e intereses colectivos. En este sentido, el autor logra explicar de forma esquemática cuáles son los efectos de las acciones colectivas sobre los derechos de las personas, y cómo se garantizan a través de la interpretación adecuada de las medidas cautelares.

Es posible concluir que las acciones colectivas son la materialización de los principios y derechos colectivos, que se presentan de forma abstracta en el ordenamiento, y pocas veces los legisladores regulan de forma eficaz su cumplimiento y protección. Las acciones colectivas, como las acciones

populares, son una oportunidad para aplicar el principio democrático desde la comunidad, haciendo que sus opiniones y reclamos sean relevantes en esferas más elevadas del poder de decisión, sin necesidad de la representación política.



Alejandro SANABRIA RODELO*

* Abogado por la Universidad Externado de Colombia, Colombia. Investigador de la Cátedra UNESCO de esta misma universidad. Asociado en el estudio jurídico Nuñez y Asociados Abogados —Abogados Consultores—. ORCID: 0000-0001-7716-0940. Correo: sanabria.rodello@gmail.com.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.