

cracia. Pero el papel que juega la oposición merece consideraciones adicionales.

2.2. *La abdicación del parlamento y medidas para impedirlo*

2.2.1. La realidad política continúa apartándose del ideal del liberalismo clásico de la supremacía del parlamento como el órgano decisivo, legislando y controlando el gobierno. El predominio del poder ejecutivo es tan abrumador, que se habla de la abdicación del parlamento, siendo, como ya hemos dicho, un fenómeno común en todo el mundo. El problema no solamente surge en sistemas presidenciales —por la posición eminente del presidente elegido por el pueblo, que es al mismo tiempo jefe del Estado y del Gobierno, sino también en sistemas del parlamentarismo europeo, aunque por lo general de una manera distinta.

El papel que desempeña el parlamento ha sufrido modificaciones esenciales a través de su historia. En la monarquía constitucional el parlamento completo había actuado enfrentando al gobierno y a la administración del rey. En el presente, sin embargo —salvo el sistema suizo, que acabamos de tratar—, la mayoría parlamentaria por lo común apoya y defiende al gobierno. Solamente la minoría suele criticar y controlar al gobierno, ejerciendo de esta manera funciones esenciales parlamentarias. Llama la atención que la importancia primordial de la oposición haya sido descuidada durante tanto tiempo. Mientras que los textos constitucionales no le dedican a la misma ninguna palabra, crece el número de publicaciones sobre derecho constitucional y sobre ciencias políticas que tratan dicho problema en los últimos años.⁶⁷ Para impedir la abdicación del parlamento se tiene que fortalecer la posición de las minorías parlamentarias, pues la mayoría tiene la función legítima de apoyar al gobierno.

Otro cambio importante en el funcionamiento del parlamento, tiene las mismas raíces que el fenómeno descrito. Las decisiones parlamentarias —antiguamente— fueron los resultados de discusiones extensas, por las cuales un orador excelente podía convencer aun a los diputados que antes habían sustentado una opinión distinta. Este estilo todavía dominaba en la Cuarta República Francesa, pero tuvo que fracasar al fin. Hoy muchas veces se deplora que las discusiones vivaces son momentos escasos en los parlamentos. Carl Schmitt, ya hace medio siglo, ha señalado la tendencia de que las decisiones de importancia política no se tomen dentro del pleno del parlamento, sino en el seno de los partidos políticos. De ahí, dijo, que el parlamento funcione solamente como oficina de transformación de decisiones al aparato oficial.⁶⁸

Una razón importante del predominio actual del poder ejecutivo se fun-

⁶⁷ Cfr., Stern, *op. cit.*, *supra*, nota 57, pp. 813 y s. citando más doctrina, entre la cual se tiene que destacar la monografía de H. P. Schneider, *Die parlamentarische Opposition im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1974, Tomo I, y Brunner, Georg, *Kontrolle in Deutschland*, Köln, 1972, especialmente pp. 139 y ss.

⁶⁸ Schmitt, Carl, *Verfassungslehre* (4a. ed.), Berlin, 1965, p. 319 ("Parlament... als Bureau für eine technische Umschaltung in den staatlichen Behördenapparat").

da en la circunstancia de que el diputado particular no puede dominar todas las materias, sobre las cuales tiene que decidir. Hasta cuando se dedique a algunas cuestiones especiales y pueda usar el apoyo de una asesoría técnica funcionando bien, por lo general, no podrá alcanzar el nivel de conocimientos y experiencias de los cuales dispone la burocracia, fundándose en los expertos, no solamente internos, sino también externos.⁶⁹ Claro que también los parlamentos podrán consultar a expertos; pero, en la Cámara de Diputados alemana se ha observado la tendencia de que los especialistas parlamentarios traten de superar al gobierno al confeccionar los textos legales, sin mejorarlos de verdad y sin influir las decisiones políticas fundamentales.

2.2.2. La necesidad de fortalecer la posición del diputado y concentrar sus actividades en las cuestiones esenciales políticas es indispensable. Felipe Tena Ramírez expuso la idea de que ha llegado el tiempo de reconocer no sólo la presencia del fenómeno, sino también su justificación, en parte. Puso de relieve, que es menester desprender las necesarias consecuencias constitucionales de la circunstancia de que la legislación se pone cada vez más técnica y especializada.⁷⁰ El papel de la mayoría parlamentaria se reduce a la aprobación de los proyectos gubernamentales.⁷¹ Se debe distinguir entre la función política del órgano legislativo, que es indelegable, y la función predominantemente técnica de confeccionar normas, que presupone conocimientos especiales. No cabe duda que también en prescripciones de carácter técnico quedan contenidos aspectos políticos. Por eso no podrían ser entregadas todas las facultades legislativas técnicas al ejecutivo. El legislador debe construir las direcciones políticas necesarias.

En la Constitución mexicana se puede advertir la tendencia descrita por primera vez en la reforma de 1951, que agregó al artículo 131 un segundo párrafo, que admitió la posibilidad de facultar al ejecutivo para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación. Tena Ramírez propone crear los presupuestos constitucionales para delegar más facultades legislativas en el presidente de la república, para que el congreso encuentre más oportunidades de dedicarse a los problemas esencialmente políticos.⁷²

En Alemania, la Ley Fundamental asienta en su artículo 80 que por una ley federal podrán ser facultados para promulgar decretos ejecutivos el gobierno federal, un ministro federal o los gobiernos de los estados. La ley respectiva determinará el contenido, el fin y la dimensión de la facultad

⁶⁹ Tena Ramírez, *op. cit.*, *supra*, note 9, p. 243.

⁷⁰ Tena Ramírez, *idem.*, p. 242, *Cfr.*, también Valadés, Diego, "El poder legislativo en México", *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina*, UNAM, 1978, pp. 49 y ss. y especialmente p. 70.

⁷¹ Tena Ramírez, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 248, refiriéndose a Mirkin-Guetzevitch, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, p. 204.

⁷² Tena Ramírez, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 248. *Cfr.*, también: Estrada, Rosa Isabel, "Facultades legislativas del presidente en México", *El predominio del poder ejecutivo en Latinoamérica*, México, UNAM, 1977, pp. 249 y ss.; y La Roche, Humberto J., "Las habilitaciones legislativas y el populismo en Venezuela", *ibidem*, pp. 327 y ss.

legislativa. La comisión investigadora de la reforma constitucional se limitó en su dictamen a proponer meramente una modificación pequeña: para facilitar los decretos del ejecutivo, será suficiente establecer solamente la finalidad del decreto posibilitado por la ley.⁷³ Se pensó como una facultad originaria del gobierno, sin una ley antecedente, pero restringida por la facultad de la Cámara de Diputados de casar el decreto del gobierno. Esta recomendación, sin embargo, fue rechazada por haber suscitado dudas de algún alcance.

En Suiza, donde ya existen numerosas facultades legislativas de autoridades ejecutivas, el proyecto constitucional exige, que la ley estatuya la finalidad del decreto y los principios que determinen su contenido,⁷⁴ de una manera semejante a la República Federal de Alemania.

2.2.3. En Suiza — como especialmente en Alemania — se discute la cuestión de si el cargo parlamentario representa una ocupación profesional. Las contestaciones son distintas, no solamente entre los dos países vecinos, sino también dentro de ellos.⁷⁵ La discusión presupone que los diputados pueden ser reelegidos, como es usual en los sistemas parlamentarios. La Constitución mexicana, sin embargo, prohíbe en su artículo 59, que los senadores y diputados al Congreso de la Unión puedan ser reelectos para el período consecutivo. El lema acuñado por el héroe de la Revolución Mexicana, Francisco I. Madero, "Sufragio Efectivo, no Reelección", que se repite en todos los documentos oficiales, se refirió al presidente de la república. Sólo en el año 1933 se insertó en la Constitución la norma de que los diputados no podrán ser reelectos en el período consecutivo. Se admitió francamente que se trató de una medida política para fortalecer al poder ejecutivo y para limitar las posibilidades de independencia del Congreso.⁷⁶

Actualmente no siguen existiendo las condiciones que entonces acaso justificaron un instrumento tan radical como es la no-reelección de los parlamentarios. Pues en el presente el predominio del poder ejecutivo, como ya hemos considerado, es tan obvio, no solamente en México, sino también en muchos otros países, que se convirtió en uno de los problemas más discutidos. El Congreso Mexicano rechazó iniciativas al respecto, sin razones convincentes, en 1964. Diego Valadés puso de relieve los argumentos principales a favor de la reelección sucesiva de los diputados en el Coloquio "Evolución de la organización político constitucional en América Latina", 1976, en Oaxtepec.⁷⁷ La formación de núcleos de diputados y senadores, que pasen de un sexenio presidencial a otro, con independencia de ligas personales, podría significar un fortalecimiento del Congreso, el cual recobraría así su categoría de poder. Los diputados de la oposición, espe-

⁷³ Dictamen publicado en *Zur Sache* 3/76, pp. 189 y ss.

⁷⁴ Art. 80 del proyecto, *cfr.*, *Rapport, supra*, nota 64, p. 152.

⁷⁵ Respecto de Suiza, *cfr.*, *Rapport*, p. 146; respecto de Alemania, *cfr.*, Stern, *op. cit.*, *supra*, nota 18, p. 837 y ss. Sentencia del Tribunal Constitucional de Federación del 5 de noviembre de 1975, en la publicación oficial, tomo 40, pp. 2966 y ss. (*BVerfG* 40, 2966 y ss.).

⁷⁶ *Cfr.*, Valadés, *diego, op. cit.*, *supra*, nota 70, pp. 49 y ss. y pp. 56 y ss. Horn, Hans-Rudolf, *México: Revolution und Verfassung*, Hamburg, 1969, pp. 72 y ss. y 77, refiriéndose a Calderón Vega, Luis, *Política y Espíritu*, Morelia, 1965, pp. 62 y ss.

⁷⁷ Valadés, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 58.

cialmente el Partido Acción Nacional, destacaron esta idea en los debates parlamentarios.⁷⁸ Llama la atención que las ciencias políticas, tanto en México como en los Estados Unidos, no dediquen más estudios al partido más importante de la oposición.⁷⁹

La necesidad de una reelección sucesiva representa una continuación consecuente de las reformas constitucionales de 1967 y 1971, que se pueden considerar como primeros esfuerzos de reconocer los partidos políticos. Empero, cabe decir que la integración de los partidos de oposición todavía está bastante lejos de la auténtica apertura al pluralismo, exigida por el Partido Revolucionario Institucional, en el número 13 de su Programa de Acción de 1972. En lugar de haber fortalecido o auspiciado el pluripartidismo en México, los signos más recientes denotan una pronunciada declinación de los partidos opositoristas: el Partido Acción Nacional ha comenzado a marginarse, por pugnas internas, del proceso electoral.⁸⁰ Especialmente, no logró nombrar a un candidato a la presidencia en 1976.

La oportunidad de una reelección sucesiva podrá ser considerada también como medida apta para enmendar las relaciones entre un diputado y los electores de su distrito electoral.⁸¹ Esta solidaridad personal entre representantes y representados es la base indispensable de la democracia, como ya hemos apuntado en otra parte. Dicho principio fundamental, sin embargo, no implica la idea de mandato imperativo, como muchos exigen en Europa y América. Refiriéndose a Carl Schmitt, Felipe Tena Ramírez subrayó con toda razón, que una construcción tal haría del distrito electoral un territorio independiente, suprimiendo la unidad política.⁸² La dependencia del diputado respecto de instrucciones y órdenes de organizaciones y partidos contradiría al pensamiento fundamental democrático, de la misma manera que la dependencia del gobierno. Los representantes populares deben ser independientes frente a sus electores, cuyos deseos y necesidades, empero, deben respetar, y frente al poder ejecutivo, cuya función simultáneamente no tendrán que impedir por mera obstrucción.

2.3. Desarrollo del federalismo en México y Alemania

2.3.1. El control político del gobierno central no es el monopolio del parlamento. En estados federales desempeñan papeles similares o hasta más importantes las estructuras del federalismo, cuyo desarrollo merece considerarse más detalladas. Los Estados Unidos Mexicanos y la República

⁷⁸ Calderón Vega, *op. cit.*, *supra*, nota 76, p. 63.

⁷⁹ *Cfr.*, recientemente Mols, Manfred, *Mexiko, Die Institutionalisierte Revolution*, Colonia y Viena, 1976, p. 112. Carpizo, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 276, menciona que varias iniciativas del Partido Acción Nacional fueron aprobadas.

⁸⁰ Valadés, *op. cit.*, *supra*, nota 76, p. 55. *Cfr.*, las advertencias críticas sobre realidad política de Mols, *op. cit.*, *supra*, nota 79, pp. 181 (especialmente nota 82) y 227 y ss. y Tena Ramírez, p. 303.

⁸¹ Horn, Hans-Rudolf, "Staatsrechtsdenken und Verfassungsvergleichung in Mexiko", *Verfassung und Recht in Übersee*, Hamburg, 1977, pp. 461 y ss. y p. 471.

⁸² Tena Ramírez, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 306, citando a Schmitt, *Teoría de la Constitución*, p. 177 (versión original: *supra*, nota 68). *Cfr.*, también Sánchez Agesta, Luis, *op. cit.*, *supra*, nota 19, pp. 305 y ss. y 302 y ss.

Federal de Alemania subrayan por sus denominaciones oficiales su estructura federal. En ambos países existían opiniones erróneas, acerca de que el federalismo es un sistema impuesto o importado. Mientras que el federalismo —en el sentido del derecho constitucional moderno— fue el producto de la propia experiencia en los Estados Unidos de América, fue adoptado por estados unitarios como Canadá, Brasil y México.

El federalismo, que había sido actitud política en su origen, siguió siéndolo al convertirse la tesis crucial del partido liberal en México, que lo defendió como forma indeclinable de libertad contra los conservadores.⁸³ Su importancia polémica ocultó durante los años de lucha, en el siglo XIX, su conveniencia real para la vida del país. Pues el sistema federal pasó por una grave crisis de anarquía. La duplicidad desordenada de impuestos y la erección de trabas arancelarias por los gobiernos locales orillaban a la bancarrota de la economía nacional. Además, el federalismo propiciaba la formación de cacicazgos locales, que hacían nacer en la población el deseo de una mayor intervención de los poderes centrales. Así se toleró la práctica, legalizada o no, de traspasar a los órganos centrales facultades que propiamente corresponden a los estados. Pero al lado de esta realidad se ha mantenido la supervivencia de las palabras, destacando la idea federalista. El ejemplo significativo es la denominación oficial de México ya señalada, que por falta de arraigo parece simbolizar el contraste entre la forma y la realidad del sistema federal mexicano, como dijo Tena Ramírez.⁸⁴ Nadie habla del "presidente de los Estados Unidos Mexicanos", como lo prescribe el artículo 80 de la Constitución mexicana. La Constitución misma usa el término "presidente de la república", por ejemplo, en los artículos 84, 86 y 88, como corresponde al lenguaje usual. Todas las constituciones estatales mexicanas hablan del "Estado libre y soberano", aunque hoy existe unanimidad de pensamiento en el sentido de que, dentro de un estado federal, los estados miembros no pueden ser soberanos.⁸⁵ Pero sería políticamente imposible, y aun imprudente, abandonar este término, por las razones aducidas. Parece indispensable conservar el término "soberano", para destacar la autonomía de los estados, que no siempre es respetada por el gobierno central.

Se ha divulgado la opinión de que el federalismo jamás ha existido en México.⁸⁶ Se ha dicho, que desde los comienzos hasta la década actual del siglo XX, México ha vivido un centralismo, atemperado en ocasiones y crudificado en otras.⁸⁷ Felipe Tena Ramírez, por otra parte, expresa su convicción de que el federalismo —como dice literalmente— "para nosotros en

⁸³ Tena Ramírez, *loc. cit.*, p. 118, *Cfr.*, Carpizo, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 291.

⁸⁴ Tena Ramírez, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 119.

⁸⁵ Tena Ramírez, *idem*, pp. 16 y ss.; Carpizo, *op. cit.*, pp. 279 y ss.; da Silva, José Alfonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Sao Paulo, 1976, vol. I, pp. 56 y s.; Stern, *op. cit.*, *supra*, nota 57, pp. 484 y ss., considerando la discusión acerca de la soberanía de los estados miembros como anticuada, p. 485, mencionando a México, p. 486. Los textos constitucionales de los estados mexicanos los reproduce Arnáiz Amigo, Aurora, *Instituciones Mexicanas*, México, 1975.

⁸⁶ Así J. Lloyd Mecham, citado por Tena Ramírez, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 119.

⁸⁷ Carpizo, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 302.

cambio representa la única realidad merecedora de nuestra atención y estudio. Es una realidad que se confunde con nuestra propia historia de país independiente, una realidad que consiste en aplicar a nuestra manera, con desvíos y alteraciones, la teoría del sistema federal".⁸⁸

2.3.2. En Alemania el desarrollo de las estructuras y formas del federalismo en gran parte estuvo condicionado por casualidades históricas, compromisos de fórmulas y el intento de ocultar esfuerzos hegemónicos.⁸⁹ El Imperio Romano de la Nación Alemana no se puede describir por criterios de las ciencias políticas modernas. Su ocaso, en 1806, dejó alcanzar a los territorios y ciudades su independencia completa, ya intentada desde mucho tiempo antes.

Al fin de las guerras napoleónicas se creó la Confederación Alemana, compuesta de estados soberanos, representados por un órgano común, el congreso de embajadores en Frankfurt. El imperio alemán de 1871, que excluyó la monarquía austriaca, era un estado federal. El primer ministro de Prusia al mismo tiempo tuvo la función de canciller del imperio. El "Consejo Federal" (*Bundesrat*) era el órgano más importante; estaba compuesto por representantes de los príncipes alemanes y de las ciudades libres. Podía dejar sin efecto por su veto todas las leyes promulgadas por el parlamento libremente elegido. En la República de Weimar no existía una representación tan poderosa de las entidades federativas que habían perdido sus príncipes. Frecuentemente se desconoce que la Constitución de Weimar era mucho menos federativa que el imperio alemán de 1871. Bajo la dominación del nacional-socialismo los estados se convirtieron en menos distritos administrativos.

Después de la Segunda Guerra Mundial, Alemania fue dividida por las cuatro fuerzas aliadas, que siguieron políticas propias en su zona de ocupación respectiva. Los americanos fueron los primeros que formaron entidades federativas. Los primeros ministros de los Estados en las zonas americana, inglesa y francesa decidieron formar un "Consejo Parlamentario" (*Parlamentarischer Rat*), formado por diputados de los parlamentos estatales, para preparar una constitución provisional. La Ley Fundamental de 1949 fue el resultado de estos esfuerzos y de la cooperación con los aliados.

La Ley Fundamental originariamente había previsto una estructuración nueva del territorio de la República Federal. Pero el único caso de una estructuración lograda fue la formación del Estado Baden-Württemberg, de tres Estados creados por las fuerzas de ocupación en 1951.⁹⁰ Fracasaron muchos intentos de realizar la exigencia constitucional. El último plan, de una comisión de expertos, ofreció un modelo de cinco y otro de seis Estados, más o menos similares respecto de sus extensiones y número de habitantes, en lugar de los once actuales, que difieren mucho. La entidad federativa más pequeña es la ciudad de Bremen, con menos de un millón de habitantes, mientras que Renania Norteña/Guestfalia

⁸⁸ Tena Ramírez, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 120.

⁸⁹ Laufer, Heinz, *Das föderative System der Bundesrepublik Deutschland*, Muni 1, 1973, p. 19.

⁹⁰ Stern, *op. cit.*, *supra*, nota 18, pp. 199 y ss.

(*Nordrhein-Westfalen*) tiene 17 millones de habitantes, más que la República Democrática Alemana completa. Con el correr de los años se consolidaron todos los Estados, aunque primariamente fueron construcciones artificiales. Para evitar un contraste obvio entre el texto constitucional y la realidad política, se reformó la Ley Fundamental en 1976, de manera que no se impone la estructuración nueva, sino sólo se admite. Es necesario hacer una aclaración respecto de la traducción de la palabra alemana *Land*. En la literatura mexicana a veces se usan los términos "territorio", "pals" o "provincia".⁹¹ Pero es preferible hablar de "Estados" como en México, pues los territorios aquí no disponían de autonomía y las "provincias" en Alemania eran las partes de los mismos Estados. Conviene usar también el término "entidad federativa", que se prefiere en las publicaciones más recientes en México.

El principio del federalismo goza de la protección especial de la Ley Fundamental, la cual prohíbe una reforma constitucional que toque a la estructura federal y a la participación de los Estados en la legislación federal. Estas cuestiones merecen reflexiones más detalladas.

2.4. *La particularidad del Consejo Federal frente al Senado*

2.4.1. En México no siempre se ha considerado a la Cámara de Senadores como parte integrante del sistema federal. En la historia hubo constituciones obviamente federativas, que renunciaron al senado.⁹² El bicameralismo en la mayoría de las democracias se distingue esencialmente del sistema de la República Federal de Alemania. El Consejo Federal (*Bundesrat*), según una sentencia del Tribunal Constitucional de la Federación, no es segunda cámara. Esta advertencia no tiene mucha importancia. El Consejo Federal —que no se debe confundir con el gobierno federal suizo, aunque tiene el mismo nombre— no es fácil de describir. Puesto que la prensa puede suponer que no todos sus lectores saben qué es el Consejo Federal, se suele añadir "la representación de los Estados". Este término no es correcto desde el punto de vista del derecho constitucional. Pues el Consejo Federal no es órgano de los Estados, sino federal. Pero no es posible otra explicación breve. Sus miembros no son elegidos por los habitantes de un Estado, como los senadores, sino que son los ministros de los gobiernos de las entidades federativas o sus mandatarios.

El sistema del Consejo Federal, consagrado con la Ley Fundamental, es el resultado de un compromiso de los constituyentes. Se rechazó la supremacía del Consejo Federal, que existió en el imperio de 1871. El parlamento, compuesto por diputados directamente elegidos, en ese caso hubiera estado impedido de ejercer sus facultades de legislación y control, que corresponden a su legitimación democrática directa. Esta deficiencia hubiera podido ser evitada por la solución del senado, cuyos miembros son elegidos por el pueblo de cada Estado. Y hubiera sido indispensable otorgar

⁹¹ De "provincias" habla por ejemplo Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, México, UNAM, 1968, p. 75; de "terroitorios" o "paises"; Aurora Arnáiz Amigo, *op. cit.*, *supra*, nota 85, p. 126.

⁹² Cfr. Valadés, *op. cit.*, (*supra*, nota 70), p. 50, y Tena Ramírez, *op. cit.*, *supra*, nota 9, pp. 145 y ss.

al senado una posición jurídica más o menos igual a la de la Cámara de Diputados (*Bundestag*). Puesto que en Alemania los partidos políticos suelen disponer de una organización rectora —la situación de los Estados Unidos de América es muy diferente— al poco tiempo los diputados y los senadores solamente habrían obedecido a sus líderes políticos. De ahí que no estuviera garantizada la oportunidad adicional de control y de la defensa de los intereses de las entidades federativas. Por las razones aludidas, se adoptó la llamada “solución atenuada” del Consejo Federal.⁹³ Éste tiene la facultad de participar en toda forma de legislación; sólo determinadas leyes necesitan, en cambio, su aprobación.

En Baviera, donde todavía se parte de la idea de la soberanía de los Estados-miembros, se deplora aún en el presente que no se haya aceptado el sistema del Consejo Federal en su forma pura tradicional. Según dicha opinión, de ese modo se hubiera podido impedir la desnaturalización del orden federativo, como fue expresado.⁹⁴ Puesto que tampoco faltan voces que critican el poder exagerado del Consejo Federal, tendremos que analizar su rango constitucional, sus funciones legislativas y la eficacia política de las mismas.

2.4.2. El rango constitucional del Consejo Federal está aclarado por el hecho de que su presidente es suplente del presidente federal, que es el jefe del Estado. Este representa a la República Federal en el ámbito del derecho internacional. Las leyes no pueden ser promulgadas sin su firma; el presidente federal tiene la facultad de negar su firma, dadas ciertas condiciones. Resulta evidente que su suplencia es de bastante importancia política. La Ley Fundamental prescribe que el presidente del Consejo Federal será elegido por el término de un año (artículo 52). La presidencia será trasladada según el “Convenio de Königstein”.⁹⁵ En Königstein, una ciudad pequeña en las montañas, cerca de Frankfurt, los Estados llegaron a soluciones sobre asuntos muy importantes, las cuales siguen jugando papeles decisivos en varios terrenos del federalismo cooperativo entre los Estados. El primer presidente del Consejo Federal fue el primer ministro del Estado más grande por su población. Según el referido convenio, debe suceder en la presidencia el jefe de la entidad federativa que tenga el segundo puesto según su población, etcétera. Los alcaldes rectores de los Estados-ciudades de Berlín, Bremen y Hamburgo, equivalen a los primeros ministros de los demás Estados.

Los miembros del Consejo Federal tienen también la facultad importante de reclamar la palabra en la Cámara de Diputados, como la tienen también los ministros del gobierno federal (artículo 43). La Ley Fundamental otorga a cada Estado por lo menos tres votos (artículo 51). Los Estados con más de dos millones de habitantes, tienen cuatro; y los Estados con más de seis millones, cinco votos. Cada Estado envía tantos represen-

⁹³ Laufer, *op. cit.*, *supra*, nota 89, p. 49. *Cfr.*, la monografía suiza sobre senado americano, Consejo Federal alemán y Consejo de estados suizo de Jaag, Tobias, *Die Zweite Kammer im Bundesstaat, Funktion und Stellung des schweizerischen Ständerates, des deutschen Bundesrates und des amerikanischen Senats*, Zürich, 1976.

⁹⁴ Laufer, *idem*, p. 65.

⁹⁵ Laufer, *idem*, p. 69.

tantes como votos tiene, pero éstos sólo pueden votar unánimemente. Berlín tiene cuatro votos, pero, por la reserva de las fuerzas aliadas al aprobar la Ley Fundamental, sus votos no cuentan cuando se refieren a asuntos que tienen eficacia exterior, es decir, leyes, contratos internacionales, etcétera. La misma regla tiene vigencia respecto de los diputados berlineses.

2.4.3. Aunque las facultades del Consejo Federal no se pueden equiparar a las de un senado en el sistema del bicameralismo, juegan papeles políticamente importantes, que se evidenciaron en tiempos recientes.

Antes de remitir un proyecto legal a la Cámara de Diputados, el gobierno federal tiene que someterlo al Consejo Federal, para que éste tenga la oportunidad de expresar su actitud sobre la iniciativa legislativa, dentro de 6 semanas (artículo 76 de la Ley Fundamental). Su decisión es preparada por comisiones especiales de cada materia legislativa, como por ejemplo la Comisión del Trabajo y Orden Social, de la Hacienda, etcétera. En las comisiones del Consejo Federal, por lo general no actúan los propios miembros del Consejo, sino otros funcionarios competentes. Sólo el presidente de la comisión suele ser un ministro de un estado. Los gobiernos estatales pueden contribuir con sus experiencias de administración, pues los estados-miembros asumen las leyes federales como asuntos propios (artículo 83). En muchos casos el gobierno federal asiente a las recomendaciones del Consejo Federal al remitir el proyecto a la Cámara de Diputados. Ésta tampoco descuida las advertencias de los expertos de la administración local, sin razones importantes. Las recomendaciones del Consejo Federal no se limitan a críticas generales, sino que articulan modificaciones textuales al proyecto legal. Prevalcen en el trabajo regular del Consejo Federal los casos sobre los cuales no existen controversias desde el punto de vista político. La causa de las divergencias puede ser que los expertos de una materia no están de acuerdo con los de otra. Por ejemplo, pueden hacer prevalecer sus intenciones los expertos de hacienda, pues no solamente disponen de conocimientos detallados sobre las partidas del presupuesto, sino que tienen más influencia en la distribución de los recursos públicos. La cuestión, como el gobierno estatal votará en el pleno del Consejo Federal, muchas veces no es resuelta por el consejo de ministros, sino por sesiones de los funcionarios de todas las secretarías, que se realizan antes de cada sesión del Consejo Federal. Puesto que dicho trabajo legislativo tiene lugar a un nivel primordialmente burocrático, es casi desconocido públicamente, y aun por los juristas que no se dedican al derecho público. En realidad se trata de un procedimiento eficaz del federalismo cooperativo; el gobierno federal empieza la discusión con las entidades federativas ya antes de someter oficialmente el proyecto legal al Consejo Federal.

La Comisión investigadora de la reforma constitucional alemana no propuso modificaciones esenciales al procedimiento descrito. Sólo respecto a lo que atañe a una reforma constitucional, fue recomendada la extensión del plazo de seis semanas a tres meses, para que el Consejo Federal pudiera expresar su opinión.⁹⁶ Así se quiere dar oportunidad también a

⁹⁶ Dictamen publicado en: *Zur Sache* 3/76, pp. 203 y ss. y 216, *supra*, nota 61.

los parlamentos de las entidades federativas de discutir la reforma intentada, que en muchos casos restringirá sus facultades legislativas.

La importancia —obviamente política— del Consejo Federal, se funda en su atribución vetar una ley aprobada por la Cámara de Diputados. Los constituyentes probablemente no previeron que mucho más de la mitad de las leyes necesitarían de la aprobación del Consejo Federal, al establecer que todas las leyes referentes a la hacienda de los estados y al procedimiento administrativo pertenecen a esta categoría.

El Consejo Federal casi nunca rechaza a priori una ley o un contrato, sin antes haber convocado a la Comisión de Conciliación (*Vermittlungsausschub*). Ésta se integra con un delegado de cada estado y del mismo número de diputados; es decir, de once representantes estatales y once diputados. La Comisión de Conciliación podrá confirmar la decisión legislativa de la Cámara de Diputados. En este caso, el procedimiento legislativo está terminado. La segunda posibilidad, es que proponga a la Cámara de Diputados aceptar las modificaciones deseadas por el Consejo Federal. La tercera posibilidad consiste en elaborar propuestas propias, que no corresponden al primer proyecto de la Cámara ni al del Consejo Federal. En el trascendente caso de la Ley Universitaria General (*Hochschulrahmengesetz*), la Comisión de Conciliación elaboró un extenso proyecto transaccional, que amalgamó los puntos de vista controvertidos de la federación y de los estados. El gobierno federal o la Cámara de Diputados, pueden a su vez convocar a la Comisión de Conciliación, cuando el Consejo Federal haya vetado una ley o un contrato. En cuanto a las leyes que no necesitan la aprobación del Consejo Federal, éste tiene la facultad de un veto relativo: la Cámara de Diputados puede anularlo por la mayoría de la mitad más uno del total de votos de sus componentes (no de los diputados presentes al momento de la votación). Cuando el Consejo Federal rechaza una ley por la mayoría de dos tercios de sus votos, la Cámara de Diputados necesita la misma mayoría (artículo 77, párrafo 4 de la Ley Fundamental) para confirmar la ley.⁹⁷

2.4.4. Desde el año 1969 las mayorías políticas en la Cámara y el Consejo Federal son diferentes. El Partido Social-demócrata de Alemania y el Partido Demócrata, los Liberales (SPD y FDP), juntos forman una mayoría parlamentaria bastante escasa. En el Consejo Federal, sin embargo, los estados gobernados por la Unión Cristiano-demócrata (CDU) y Baviera, en donde se llama la democracia cristiana "Unión Cristiano-social" (CSU), conservan la mayoría de votos. De ahí surgen algunas controversias políticas, a las cuales empero no se tiene que sobreestimar. Siempre algunos asuntos sometidos al Consejo Federal —no solamente se trata de leyes, sino también de decretos ejecutivos, que muchas veces necesitan su aprobación— son objeto de controversias políticas. Éstas, desde luego, existen respecto de algunas cuestiones importantes. Por lo tanto, cada elección en un estado

⁹⁷ El art. 81 de la Ley Fundamental puede jugar un papel muy importante en el caso de la llamada necesidad legislativa. Cuando el gobierno federal haya perdido la mayoría para decidir leyes urgentes, el Consejo Federal puede sustituir la Cámara Federal. Esta facultad —aunque hasta ahora teórica— demuestra también el alto rango del Consejo Federal.

desempeña un papel primordial por su influencia en la mayoría del Consejo Federal. Los resultados de elecciones locales, por eso, pueden incidir en la política federal de una manera decisiva. La dimisión del Canciller Federal Ehrhard en 1965, fue consecuencia especial de la victoria electoral de los social-demócratas en el estado Renania Norteña/Guestfalia. Pero también en 1974 las pérdidas de votos en elecciones locales —especialmente en Hamburgo— contribuyeron a la renuncia de Willy Brandt.

Las repercusiones de las últimas elecciones del 6 de junio de 1978 en Hamburgo y Baja Sajonia (*Niedersachsen*) son bastante grandes, pues los liberales —a los cuales pertenecen en Bonn los ministros federales de gobernación, de asuntos exteriores, de economía y de agricultura—, no alcanzaron el límite del cinco por ciento de los votos y por eso no obtuvieron ningún asiento parlamentario. En Hamburgo los social-demócratas y en Baja Sajonia la democracia cristiana ganaron mayorías absolutas seguras. Llamó la atención que algunas agrupaciones, que propiamente no se puede considerar como partidos políticos, propagando ideas de ecología de una manera radical, tuvieron más de tres por ciento de votos al participar en elecciones por primera vez. Por esos éxitos inesperados se piensa en otras asociaciones de protesta contra los partidos establecidos, especialmente en un partido que se ponga en contra del sistema de impuestos según un modelo de Dinamarca.

La próxima elección estatal, que se realizará en octubre en Hessen, ya se discute desde hace algunos meses. Pues la democracia cristiana tiene la oportunidad teórica de ganar la mayoría absoluta de los asientos parlamentarios por primera vez, mientras que hace ocho años aún jugaba un papel casi nulo en este estado, hasta en las épocas de los triunfos electorales de su líder federal Adenauer. Actualmente en Wiesbaden, la capital de Hessen, cerca de Frankfurt, gobierna una coalición de social-demócratas y liberales, como en Bonn. Por eso encontró el interés de la prensa europea la decisión de los liberales en junio de continuar la coalición actual, a pesar de las contradicciones de aquellos liberales que, en parlamentos comunales, ya cooperan con cristiano-demócratas. Su victoria tendría por consecuencia ganar la mayoría de dos tercios en el Consejo Federal. De esta manera, teóricamente, podrían decidir todos los proyectos legales del gobierno federal. Los líderes cristiano-demócratas rechazaron el reproche de quienes les imputaban la intención de debilitar al gobierno federal de esta manera. No es probable que puedan conseguirlo, pues las últimas investigaciones demoscópicas arrojan una mayoría segura para la coalición actual. La discusión política abarca las ideas de la legitimación democrática, a las cuales estamos dedicándonos en primer lugar. La función decisiva de la Cámara de Diputados —directamente elegidos— se basa en la circunstancia de que el gobierno federal sólo depende de ella. En Alemania se habla de "parlamento" meramente respecto de la Cámara de Diputados. El Consejo Federal tiene la facultad importante de participar en la legislación, pero no directamente en el gobierno. Por otra parte, tampoco puede decirse que tiene rango constitucional más bajo. La comisión investigadora de la reforma constitucional, en la cual todos los partidos parlamentarios estaban

representados, justificadamente rechazó la idea de que el Consejo Federal no dispone de la legitimación democrática necesaria.⁹⁸ Pues corresponde al principio democrático también la representación mediata: los gobiernos de las entidades federativas se derivan de parlamentos general, directa, libre e igualmente elegidos. El resultado de las discusiones extensas de los expertos constitucionales, fue que se conservara el sistema del Consejo Federal, también por la consideración de que constituye un contrapeso frente a la federación, que paulatinamente obtendrá más facultades legislativas, de las que originalmente corresponden a los estados. Este tema se discute actualmente en los parlamentos estatales.

2.5. *Antagonismos actuales entre federación y estados*

2.5.1. El primer ministro del estado libre de Baviera, Alfons Goppel, que desempeña este cargo desde hace 16 años, en su última declaración gubernamental de julio de este año reprochó al gobierno federal el estar amenazando el equilibrio entre federación y estados, al minar el federalismo. En su concepto, el ámbito de la actividad política de Baviera está limitado por las reformas a la Ley Fundamental, el cambio fáctico constitucional y las condiciones bajo las cuales serán otorgados recursos federales a los estados.

El político de Baviera tiene razón al apuntar las reformas constitucionales. La mayoría de ellas se refieren a la relación entre federación y estados. Se trata de 26 en 34 reformas que sufrió el Código Supremo durante 28 años. Casi siempre estas modificaciones llevaron consigo un fortalecimiento del gobierno federal, o el otorgamiento de más apoyo financiero a las entidades federativas.

Los estados tienen facultad legislativa, en el terreno de la llamada legislación concurrente —según el artículo 72 de la Ley Fundamental— en cuanto no la haya usado la federación. El dictamen de la Comisión de reforma constitucional no propone remedios efectivos para defender las facultades legislativas de los estados. La mayoría de la Comisión investigadora se limita a proponer que la ley federal sea necesariamente mejor definida que actualmente.⁹⁹ Pues la facultad legislativa en la materia respectiva será concedida a la federación bajo condición de que exista necesariamente una solución uniforme federal. Con establecer dicha necesidad de una manera más detallada, se quiere lograr que, en caso de controversia, el Tribunal Constitucional de la Federación pueda decidir acerca de este presupuesto constitucional. Pero los mismos jueces constitucionales ya insinuaron que siguen considerando las normas en cuestión como no justificables. Por eso un voto disorde de la comisión, recomendó que la federación no tenga la facultad legislativa, cuando el Consejo Federal lo contradiga por la mayoría de dos tercios de sus votos.¹⁰⁰

La mayoría de la Comisión no tomó en cuenta las críticas expuestas —especialmente por los estados de Alemania suriana— respecto del sistema de los recursos federales, sino que exigió un instrumento adecuado para

⁹⁸ En *Zur Sache* 3/76, p. 205.

⁹⁹ *Zur Sache* 2/77, pp. 62 y ss.

¹⁰⁰ *Zur Sache* 2/77, pp. 72 y ss.

garantizar la influencia federal en inversiones públicas y otras medidas económicas.¹⁰¹ La reforma constitucional de 1969 había introducido las llamadas funciones comunitarias, que facultan a la federación para actuar en materias de la legislación de los estados (*Gemeinschaftsaufgaben*, artículo 91 a y 91 b), y del otorgamiento de recursos federales a los estados (artículo 104 a).

Al primitivo aplauso a estas instituciones del federalismo cooperativo, pronto contrastaron las expresiones críticas y escépticas, que apuntaron la circunstancia de que se verán restringidas las facultades políticas de las entidades federativas y fortalecido el predominio de la burocracia federal, cuya consecuencia es el debilitamiento de la posición de los parlamentos estatales en materias de gran importancia. Pues éstos no podrán menos que cumplir los acuerdos de los expertos, que habrán decidido cuándo y dónde se realizará tal proyecto.¹⁰² Como los estados menos ricos, empero, necesitan los subsidios federales para promover su política de estructuración, no se ha oído su exigencia de abolir el sistema del financiamiento común. En la comisión investigadora de la reforma se dedica un voto minoritario a dicha cuestión, el cual critica la amenaza del orden federal y de la separación indispensable de las responsabilidades de federación y estados.¹⁰³

2.5.2. En México, todas las cuestiones más importantes de la educación pública pertenecen a la competencia federal (artículo 73, fracción XXV). La Constitución faculta al Congreso de la Unión para establecer, organizar y sostener en toda la República instituciones educativas de todos los niveles. La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, al contrario, no alude expresamente a los asuntos educativos, salvo la facultad federal de promulgar leyes generales sobre el derecho universitario y el fomento de universidades.

Según el principio fundamental del federalismo, consagrado en los artículos 30 y 70 de la Ley Fundamental, la federación tiene solamente aquellas atribuciones concedidas expresamente por una norma constitucional. Por lo tanto los estados-miembros alemanes tienen facultades exclusivas respecto de escuelas, universidades, educación de adultos, asuntos del arte, etcétera. Aunque existen decisiones comunes de la Conferencia de los ministros estatales de educación acerca de todas las cuestiones importantes, puede suceder que se desarrollen divergencias entre los sistemas educativos de diferentes estados. El gobierno federal ha sometido un dictamen sobre los problemas estructurales del sistema federativo de educación, llamado de manera breve "dictamen de deficiencias", como ya había anunciado el canciller federal en su declaración gubernamental en 1976. Desde luego, dicho dictamen fue causa de controversias profundas. Algunos constitucionalistas lo consideran inconstitucional.¹⁰⁴ Los estados opinan que no

¹⁰¹ *Idem*, pp. 125 y ss.

¹⁰² Laufer, *op. cit.*, *supra*, nota 89, p. 25. Cfr., Stern, *op. cit.*, *supra*, nota 57, pp. 523 y ss. indicando la literatura respectiva, especialmente en nota de pie 239.

¹⁰³ *Zur Sache* 2/77, p. 151.

¹⁰⁴ Así por ejemplo, Klöpfer, Michael, "Mängelbericht verfassungswidrig", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Frankfurt am Main, 1978, pp. 121 y ss.

se puede resolver el problema de posibles divergencias con la extensión de las facultades federales, sino con la enmienda del sistema de cooperación. La discusión continúa. El gobierno federal quiere conseguir su propósito de que la federación tenga más atribuciones en el terreno educativo.

2.6. Necesidad del federalismo cooperativo

2.6.1. A pesar de las controversias actuales entre el gobierno federal y los estados, no se puede decir que el federalismo como tal esté desprestigiado en la opinión pública, acaso por el anhelo de una uniformidad sin problemas. Por el contrario, confirmaron investigaciones demoscópicas recientes, que el sistema federal tiene un consenso más amplio que nunca en Alemania. Especialmente en los primeros años después de la Segunda Guerra Mundial, se divulgó la opinión de que el federalismo habría sido impuesto por los aliados para debilitar al país, sin tomar en cuenta la tradición federal alemana. El primer ministro de Baviera expresó en su discurso ya mencionado la opinión reconocida, al decir que el federalismo es un instrumento de la libertad.

El prestigioso constitucionalista y político activo, Roman Herzog, ha llamado al sistema federal alemán "nuestro artículo de exportación decisivo constitucional".¹⁰⁵ Pues se puede advertir —especialmente en países unitarios— un interés creciente en las estructuras federativas, como forma de resolver problemas que no puede arreglar el poder central. El autor francés d'Ohson, en 1962, exigió que Francia fuera una república federal, democrática y social, refiriéndose a los modelos suizo y alemán, pues considera a las instituciones federales como el origen de la prosperidad y equilibrio de un país en donde se había descubierto un régimen verdaderamente democrático.¹⁰⁶ Actualmente en muchos países del mundo crecen los esfuerzos políticos por adoptar elementos federales. En Francia e Italia se crearon regiones, como primeros grados del federalismo. Se discuten soluciones similares en España, Portugal, Gran Bretaña, Bélgica, Checoslovaquia, que ya concedió ciertos derechos de autonomía a los Slovaques, pero también en países de África y Asia. En países que ya tienen estructuras federativas, se dedican estudios detenidos a las instituciones federativas alemanas, como en Canadá, Australia, Nueva Zelandia, Yugoslavia y otros.¹⁰⁷

Objetos preferidos de atención son el Consejo Federal, pero también el sistema de la compensación financiera entre los estados y frente a la federación y los gremios cooperativos, sea solamente entre las entidades federales, sea abarcando la federación en las llamadas comisiones federales/estatales (*Bund-Länder-Kommission*). Muy importante es también el método de repartir los impuestos entre federación y estados, que funciona

¹⁰⁵ Herzog, Roman, en una entrevista dada a la *Staatszeitung Rheinland-Pfalz*, 10 de abril de 1978, p. 3. Cfr., también Stern, *op. cit.*, *supra*, nota 57, pp. 487 y ss.

¹⁰⁴ Ohsson, G. N., *Pour une République federale Francaise*, Neuchatel (Suiza), 1962, especialmente p. 143.

¹⁰⁷ Cfr., especialmente Stern, *op. cit.*, *supra*, nota 57, pp. 486 y ss., Ermacora, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1970, pp. 640 y ss., Greilsamer, *Les mouvements fédéralistes en France en 1945 à 1974*, 1975, P. Ferrari, *Les régions italiennes*, 1972, Italia, *Problemi di diritto regionale*, el mismo y Bardusco, *Gli statuti regionale*, 1973, Martin-Retortillo, *Descentralización administrativa y organización política*, 3 tomos, 1973.

bastante bien, a pesar de las controversias naturales. Cuando se trata de leyes sobre esta materia, por lo general, la Comisión de Conciliación tiene la tarea de encontrar un compromiso aceptable.

El funcionamiento del federalismo es también tema de estudios intensivos —publicados en alemán— en los países vecinos de Alemania. En este sentido conviene citar, aparte de las investigaciones suizas, las publicaciones austríacas más recientes. Bajo el título “Federalismo como método de regulación permanente de conflicto” apareció en 1977 una impresionante colección de trabajos de distintos autores.¹⁰⁸ Merece atención especial un artículo dedicado al problema de la legitimación. El autor, Karl Weber, de Innsbruck, parte de la teoría del consenso, basándose en la filosofía política de Jean Jacques Rousseau. Mientras que la doctrina de la coacción, que tiene su origen en Hobbes, supone una contradicción insuperable dentro de los sistemas sociales basados en la naturaleza del hombre, la teoría del consenso, en cambio, se funda en la idea de estabilidad, equilibrio y el consenso de los miembros de la unidad política, que son las bases de la convivencia humana.¹⁰⁹

El federalismo no puede ser un instrumento para librar a la política de los conflictos, sino que significa regulación institucional de esos conflictos y tensiones, por una síntesis que no puede tener la meta de aniquilar los contrastes, sino de ordenarlos por un diálogo permanente, en una dialéctica abierta, fundándose en la lealtad federal.¹¹⁰

2.6.2 También en México se puede advertir un creciente interés en los problemas del federalismo. En el Coloquio internacional “Evolución de la organización político-constitucional en América Latina 1950-1975”, en 1976, Manuel Barquín Álvarez dedicó un informe detallado a algunos factores de centralización y descentralización del federalismo mexicano.¹¹¹ Después de las reformas constitucionales de 1952 y 1974, que tuvieron como resultados la elevación de los hasta entonces territorios de Baja California Sur y Quintana Roo a la categoría de entidades federativas, la república mexicana quedó integrada por 31 estados y un distrito federal. Desde el punto de vista jurídico las reformas implican la descentralización de orden normativo.

Al considerar el federalismo mexicano no será posible descuidar el sinnúmero de intervenciones federales —Barquín contó más de 50 durante la vigencia de la Constitución mexicana de 1917— cuya consecuencia direc-

¹⁰⁸ Esterbauer, Fried y otros, *Föderalismus als Mittel permanenter Konfliktregelung*, Wien, 1977.

¹⁰⁹ Weber, Karl, “Föderalismus als Instrument demokratischer Konfliktregelung”, *Föderalismus*, *supra*, nota 108, pp. 51 y ss., 52, refiriéndose a Dahrendorf, “Die Funktion sozialer Konflikte”, Dahrendorf, *Gesellschaft und Freiheit*, 1961, pp. 28 y ss.

¹¹⁰ Weber, *loc. cit.*, p. 65. *Cfr.*, recientemente Göldner, Detlef, *Integration und Pluralismus im demokratischen Rechtsstaat, Bemerkungen zur Doppelfunktion von Einheit und Gegensatz im System des Bonner Grundgesetzes*, Tubinga, 1977, abarcando la discusión de estos problemas al destacar las ideas del federalismo cooperativo y de la lealtad federal (Bundestreue).

¹¹¹ Barquín Álvarez, Manuel, “Algunos Factores de Centralización y Descentralización del Federalismo Mexicano”, *Evolución*, *supra*, nota 76, pp. 115 y ss.; Tena Ramírez, *op. cit.*, *supra*, nota 9, pp. 451 Y SS.

ta fue el derrocamiento de los gobiernos de los estados. Tales intervenciones se fundaron en una interpretación de la norma sobre la desaparición de poderes, estatuida en la fracción cinco del artículo 76 de la Constitución, que es contraria al texto expreso y a la voluntad de los constituyentes. La práctica viciosa de la aludida institución constitucional, otorgando al senado la facultad de nombrar un gobernador provisional, "cuando hayan desaparecido todos los poderes constitucionales de un estado", como dice el texto constitucional, aprovecha la inexistencia de la reglamentación requerida por la misma constitución. La ley reglamentaria está prescrita desde el año 1874: Barquín por eso habla de una "centenaria omisión".¹¹²

En el sistema del federalismo cooperativo que estamos considerando, las estructuras federales juegan papeles esenciales en el campo del desarrollo económico y social. Se abandona más y más el error principal de los estados centralizados, de arreglar todos los asuntos —hasta los detalles mínimos— en la capital, estando tan lejos de los problemas locales. En México se ha favorecido la emigración de cuadros altamente capacitados de la burocracia federal a los estados y simultáneamente la generación de fuentes de trabajo en las entidades federativas para los profesionistas del estado respectivo.¹¹³

En el terreno de la economía, se persigue la descentralización a través de varios tipos de medidas: la creación de organismos para coordinar la inversión pública y la planificación económica y el establecimiento de organismos especiales, mediante un sistema de subsidios, exenciones fiscales y asesoría técnica y financiera a las empresas que se establezcan fuera de las grandes zonas de concentración económica. Inicialmente se crearon Comités Promotores del Desarrollo Socio-Económico en los estados que tenían mayores problemas de marginación. En 1975, se establecieron en todas las entidades federativas que hasta entonces carecían de ellos. Los Comités Regionales constituyen la instancia de estudios, planificación y ejecución de los planes aprobados de desarrollo regional; son presididos por los gobernadores de los estados y tienen la función de coordinación de las acciones federales y locales.

Los pocos ejemplos mencionados bastan para demostrar que también en México —como en muchos países del mundo— se ha empezado a acercarse al federalismo cooperativo, que parece apto para resolver problemas del desarrollo.

3. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

3.1 *Concepciones actualizadas de la división de poderes*

La doctrina clásica del liberalismo atribuye el derecho exclusivo de controlar el poder ejecutivo al parlamento, único representante del pueblo. En Inglaterra sigue dominando la opinión de que el parlamento, por el cual

¹¹² Barquín Álvarez, *op. cit.*, p. 119.

¹¹³ *Idem*, pp. 120 y ss.

el pueblo ejerce su soberanía, tiene el monopolio del control constitucional. En Francia, la Constitución inspirada por el general De Gaulle en 1958, prevé el Consejo Constitucional como primer grado tímido de una jurisprudencia constitucional.¹¹⁹ Desde 1974 el Consejo Constitucional puede ser convocado también por 60 diputados o senadores, otortando así a la oposición la facultad de control constitucional de una ley antes de su promulgación.

El famoso artículo 16 de la Declaración de Derechos Humanos y Ciudadanos de 1789, asentó que una sociedad en la cual la separación de los poderes no esté determinada, carece de constitución. Se ha llamado a esta idea la aurora del contitucionalismo moderno, pero —en el mismo texto— también una utopía.¹¹⁵ Montesquieu expresó su idea fundamental en el año 1748, con las palabras “para que no pueda abusarse del poder, es preciso que por disposición misma de las cosas, el poder detenga al poder”.¹¹⁶ Su objetivo era obtener una limitación del poder como agente de decisión, por el equilibrio de sus propios elementos, para garantizar una esfera de libertad.¹¹⁷ Este problema de la división de poderes por la residencia de funciones distintas en órganos diferentes, fue ya intuido por pensadores anteriores, especialmente por Aristóteles.

Cuando Montesquieu distingue tres funciones separadas que deben residir en órganos diversos, ya se plantea el problema de la unidad del poder público. El fenómeno de la división de poder es al mismo tiempo un fenómeno de coordinación de poder. No importa si el mismo Montesquieu ya edificó su sistema sobre la base de que los tres órganos debían combinar entre sí sus actividades, como opinó el constitucionalista francés Hauriou, seguido por Sánchez Agesta, o si tiene razón Tena Ramírez al rechazar esta opinión, hablando de “torturando textos aislados”.¹¹⁸ Pues en la actualidad las doctrinas modernas parten de la necesidad de una colaboración de funciones hacia un fin común.¹¹⁹ El autor que describió de verdad el sistema constitucional de Inglaterra y no un sistema imaginado como lo hizo Mon-

¹¹⁴ Cfr., Goose, *Die Normenkontrolle durch den französischen Conseil Constitutionnel*, berlin, 1973, pp. 20 y ss.; Eisenmann-Hamon, Mosle, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, 1962, p. 439; Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, México, UNAM, 1968, pp. 64 y ss. destacando la lucha de Duguit y Hauriou en favor de una justicia constitucional.

¹¹⁵ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 238.

¹¹⁶ Cfr., Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 212.

¹¹⁷ Sánchez Agesta, Luis, *op. cit.*, *supra*, nota 19, p. 462.

¹¹⁸ Tena Ramírez, *op. cit.*, p. 217, en contra Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, Madrid, 1927, pp. 165 y 379, Sánchez Agesta, *op. cit.*, *supra*, nota 19, pp. 463 y ss.

¹¹⁹ Carpizo, *op. cit.*, *supra*, nota 9, p. 244, Fix-Zamudio, *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, 1977, pp. 15 y 16; Herzog, Roman, *Allgemeine Staatslehre*, Frankfurt, 1971, pp. 232 y ss.; Stern, Klaus, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, München, 1977, p. 628; Brunner, Georg, *Kontrolle in Deutschland*, Köln, 1972, pp. 35 y ss., sobre las doctrinas de las funciones, pp. 46 y ss., Lippert, *Bestellung und Abberufung der Regierungschefs und ihre funktionale Bedeutung für das parlamentarische Regierungssystem*, Berlin, 1973, p. 47; Nawiasky, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, 1958, pp. 61 y s.

tesquieu, fue el economista inglés Walter Bادهot. En su principal obra *La Constitución Inglesa*, publicada en 1867, puso de relieve el carácter cooperativo de los elementos distintos del sistema parlamentario inglés, al describir muy exactamente el funcionamiento real de las instituciones políticas. El funcionamiento y el rango del tercer poder en las épocas de Montesquieu, no se puede comparar con los tribunales contemporáneos. Entonces nadie podía pensar en tribunales administrativos o constitucionales. Por eso es imposible que una doctrina moderna de la división de poderes se limite a las ideas de Montesquieu, quien todavía no podía pronosticar el control judicial, que no solamente garantizará la libertad individual sino también la defensa de la constitución.

El principio de la división de poderes no puede entenderse en la actualidad con la rigidez con la cual fue implantado en muchos textos constitucionales, pero posee todavía significación, en cuanto es necesario distribuir las diversas funciones entre los órganos estatales para lograr su equilibrio recíproco y evitar la concentración de poder.¹²⁰ El concepto moderno de la división de poderes abarca también las estructuras federativas, que tienen la misma meta de frenar al poder central. Para evitar que las controversias entre la federación y los estados-miembros siempre sean resueltas en favor del centralismo, se necesita un órgano neutral. La cuestión fundamental de la defensa de la constitución ya era discutida desde el comienzo del constitucionalismo moderno, aunque muchas veces sin darse cuenta de la dimensión del asunto, como se puede ver al contemplar el desarrollo constitucional de México.

3.2. *Amparo mexicano y recurso constitucional alemán*

3.2.1. En la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 se introdujeron, sin una plena comprensión, dos instituciones para la tutela de las normas constitucionales. Se atribuyó al Congreso Federal la facultad de reprimir las violaciones a la Carta Federal, teniendo su antecedente en la Constitución española de Cádiz de 1812. Al mismo tiempo se confirió a la Suprema Corte Federal, esta vez por influencia de la Constitución estadounidense, la competencia para decidir sobre las infracciones de la constitución y leyes federales.¹²¹

En las llamadas Siete Leyes Constitucionales de 1836, de índole unitaria, se efectuó el primer intento de establecer un órgano protector de la constitución de carácter político, nombrado Supremo Poder Conservador, que se inspiró en el sistema similar establecido de la Constitución Francesa de 1799. El Supremo Poder Conservador nunca funcionó en la realidad, por sus facultades desorbitadas, y fue abolido formalmente en el año 1841. En la actualidad, la institución procesal y constitucional más importante, es el juicio de amparo. En primer término, el amparo surgió —también con este nombre— en la Constitución del estado de Yucatán de 1841 basado en el proyecto elaborado por Manuel Crescencio Rejón. Fue el primero

¹²⁰ Fix-Zamudio, *loc. cit.*, *supra*, nota 119, p. 16.

¹²¹ Fix-Zamudio, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", *Memoria de El Colegio Nacional*, tomo VIII, No. 3, 1976, pp. 141 y ss. y p. 146.

que en Latinoamérica determinó la consagración legal de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. En el ámbito nacional el amparo fue establecido en el Acta de Reformas, que introdujo modificaciones a la Constitución Federal de 1824, que entró en vigor en 1947. Se considera al jurista y político Mariano Otero como el segundo padre del amparo, pues él redactó el proyecto básico de la citada Acta de Reformas. En el artículo 25 del propio documento constitucional se implantó la disposición calificada como "fórmula Otero", que todavía subsiste en el artículo 107, fracción dos, de la Constitución vigente. De acuerdo con esta norma, la sentencia que otorgue la protección, no debe contener declaraciones generales, de manera que cuando se impugna la inconstitucionalidad de una ley, dicha tutela se traduce en la inaplicabilidad del ordenamiento impugnado exclusivamente en beneficio de la parte reclamante. Los miembros del Congreso Constituyente de 1856-1857 establecieron en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857 los lineamientos fundamentales del juicio de amparo, algunos de los cuales han llegado hasta el presente. Aunque originariamente se trató sólo de un instrumento procesal para la tutela de las llamadas garantías individuales, su ámbito protector se fue ampliando en forma paulatina.

La Constitución mexicana de 1917 recogió la evolución anterior y estableció en sus artículos 103 y 107 los lineamientos esenciales del juicio de amparo, particularmente en el segundo, que asienta las bases de la institución de una manera bastante detallada. En su evolución, la esfera protectora del amparo de tal manera se extendió, que a partir de entonces, salvo pocas excepciones determinadas en la misma constitución y en la ley reglamentaria, el amparo protege todo el orden jurídico nacional, desde los más elevados preceptos constitucionales hasta las disposiciones de un modesto reglamento municipal, lo que explica la complejidad que ha asumido la institución actualmente, como expone con mucha claridad Héctor Fix-Zamudio.¹²² Este autor describe cinco funciones diversas, que son: la tutela de la libertad personal, como el proceso de *Habeas Corpus* de origen inglés; acción y recurso de inconstitucionalidad; medio de impugnación de las sentencias judiciales; reclamación de los actos y resoluciones de la administración activa, y finalmente, la protección de los derechos sociales de los campesinos sometidos al régimen de la reforma agraria.

En nuestro estudio merecen atención especial los medios para combatir las leyes inconstitucionales. Según Fix-Zamudio el amparo contra estas leyes actualmente asume una configuración doble en el sistema mexicano: la acción de inconstitucionalidad implica un ataque frontal contra el ordenamiento legislativo. Las disposiciones legislativas que se estiman contrarias a la Carta Federal, se impugnan por medio de un verdadero proceso, en el cual figuran como contrapartes del reclamante los órganos del estado, que intervinieron en el procedimiento legislativo. La segunda vía para la impugnación de las leyes inconstitucionales, Fix-Zamudio la ha calificado como recurso de inconstitucionalidad. Éste tiene su apoyo en el artículo 133

¹²² *Op. cit.*, *supra*, nota 121, pp. 149 y ss. y 151.

de la Constitución mexicana no combate directamente un ordenamiento legal, sino la legalidad de una resolución ordinaria. A través de ella, se decide previamente si son constitucionales las disposiciones legislativas aplicadas por el tribunal que pronunció dicha sentencia. Se puede hablar de una cuestión "prejudicial" o "incidental". Los jueces locales se niegan sistemáticamente a decidir las cuestiones de inconstitucionalidad, que les son planteadas por las partes en los procesos ordinarios.

Aunque existe una corriente doctrinal que pugna por la supresión de la llamada "fórmula Otero", que ya cumplió su misión histórica, en México todavía no se acepta el modelo de las Cortes Constitucionales europeas, pero tampoco la acción popular de inconstitucionalidad introducida en Colombia y Venezuela en el siglo anterior y más recientemente en El Salvador y Panamá. Se considera lento e ineficaz el sistema actual de los efectos particulares de la sentencia de inconstitucionalidad.¹²³

Las razones que en el siglo pasado justificaron la solución de la fórmula Otero, no siguen existiendo. Después de desórdenes internos y conflictos graves entre la federación y los estados, entonces dominaba el temor entendible de que la autoridad y el prestigio del poder público resultasen perjudicados cuando una ley ordinariamente promulgada fuese declarada nula. Se quería, como lo expresó el diputado Arriaga, "que las leyes absurdas, que las leyes atentatorias sucumban parcialmente, paulatinamente, ante fallos de los tribunales, y no con estrépito ni con escándalo en un palenque abierto a luchas funestas entre la soberanía de los estados y la soberanía de la federación".¹²⁴ La situación actual es completamente diferente. Cuando se trate verdaderamente de "leyes absurdas" o "leyes atentatorias", parece preferible desde el punto de vista del orden político y de su prestigio, que se decida la cuestión de una manera rápida y obligatoria.

3.2.2. En Alemania, por mucho tiempo prevalecieron las opiniones que querían confiar la guarda de la constitución a un órgano político. Carl Schmitt proponía que el presidente del Reich dentro de la Constitución de Weimar fuese el protector nato o el guardián de la constitución, porque éste, por estar colocado por encima del juego de los partidos, representaba el poder neutral e independiente, capaz de mantener la integridad de la Constitución.¹²⁵ Pocos años después, el mismo presidente del Reich, v. Hindenburg fue aquel que trasladó el poder a Adolf Hitler. Las doctrinas alemanas del derecho constitucional y de la teoría general del estado alcanzaron un nivel internacional tan impresionante, que nadie en el mundo que discuta cuestiones fundamentales del derecho constitucional, puede descuidar autores como Schmitt, Heller, Smend y sus contemporáneos. Pero

¹²³ Fix-Zamudio, *loc. cit.*, *supra*, nota 119, p. 159. *Cfr.*, Horn, Hans-Rudolf, "Das Amparo-Verfahren in Mexiko", *Verfassung und Recht in Uebersee*, Hamburgo, 1968, pp. 162-174.

¹²⁴ Citado por Tena Ramírez, *op. cit.*, *supra*, nota 9, pp. 165 y ss.

¹²⁵ *Cfr.*, Tena Ramírez, *op. cit.*, *supra*, nota 9, pp. 518 y ss., refiriéndose a Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, 1931, p. 103. En alemán: "Der Hüter der Verfassung" (El guardián de la constitución), *Archiv für öffentliches Recht*, tomo 55 (1929), pp. 161 y ss., *Der Hüter der Verfassung*, 1931 (2a. ed. 1969) *cfr.*, Stern, *op. cit.*, *supra*, nota 119, pp. 150 y ss.

los mismos constitucionalistas alemanes de la república del Weimar no podían prever que la constitución, investigada por ellos con tanta agudeza, fuese sustituida por un movimiento del barbarismo, que renunciaba completamente a causas razonables, fundándose en ideas netamente emocionales como sangre y suelo, reclamando —según la palabra de Ortega y Gasset— “el derecho de no tener razón”.

El destino de la república de Weimar inspiró a los constituyentes la idea de crear medidas eficaces para proteger los valores principales de las constituciones después de la Segunda Guerra Mundial. Fue preciso rechazar las ideas de los constitucionalistas de Weimar, que en la realidad política habían contribuido al debilitamiento del orden constitucional, pues admitieron la existencia de leyes ordinarias que podían modificar el orden constitucional, sin que el procedimiento estuviese consagrado, en la constitución misma. Además, ellos habían considerado los derechos fundamentales consagrados en la constitución, como meras frases programáticas sin eficacia obligatoria. En las constituciones de los estados —y después de la federación— ya se adoptaron normas expresas para evitar que se repita dicha evolución que peligró aniquilar las normas básicas.

Es verdad que en la República de Weimar existió una Corte estatal (*Staatsgerichtshof*), que tenía que decidir sobre controversias entre diversos órganos centrales y entidades federativas. Pero fracasó en el caso famoso del gobierno legal de Prusia, que fue destituido por el canciller v. Papen, en 1932, el mismo que un año después contribuyó esencialmente a la toma de poder por Hitler.

Las constituciones de varias entidades federativas, fundadas antes de la República Federal de Alemania, contuvieron normas sobre una justicia constitucional, especialmente en Baviera, Hessen y Renania-Palatinado. En el ámbito federal, la Ley Fundamental de Bonn creó, de acuerdo con el modelo de Austria, un Tribunal Constitucional de la Federación (*Bundesverfassungsgericht* - artículo 93).¹²⁶ No se trata de una Suprema Corte como en México, que decide también sobre casos jurídicos sin importancia constitucional. Existen a su lado Cortes Supremas de lo civil, penal, administrativo, social, del trabajo y de lo fiscal.

Originariamente el texto constitucional no se refirió expresamente a la competencia más importante del Tribunal Constitucional de la Federación, sino que dejó esto librado a la Ley Reglamentaria. Ésta introdujo en 1951 el recurso de inconstitucionalidad, que por primera vez en Alemania había consagrado la Constitución del Estado Libre de Baviera de 1919.¹²⁷ Con toda razón se adoptó este recurso en el texto de la Ley Fundamental, en 1968, por su importancia eminente (artículo 93, primer párrafo, núm. 4 a). De acuerdo con dicha norma, el Tribunal Constitucional decide sobre recursos de inconstitucionalidad de cualquier persona que afirme que han sido violados sus derechos fundamentales por el poder público. La Ley

¹²⁶ Cfr., Fix-Zamudio, *Veinticinco años, supra*, nota 114, sobre la Constitución austríaca de 1920, pp. 16 y ss., sobre Alemania occidental, pp. 74 y ss.

¹²⁷ Fix-Zamudio, *op. cit.*, *supra*, nota 114, p. 75.

Reglamentaria establece una restricción ya que exige el agotamiento de los recursos ordinarios ante los demás tribunales, salvo de que se trate de un asunto de importancia general o amenace al recurrente un perjuicio grave e irremediable en el caso de que se le remita previamente a la vía ordinaria. No nos es posible describir todas las facultades del Tribunal Constitucional de la Federación alemana. Nos limitaremos, como al considerar el amparo mexicano, a la cuestión crucial de la inconstitucionalidad de leyes federales. La Ley Reglamentaria alemana concede aquel remedio, que Fix-Zamudio ha llamado la acción de inconstitucionalidad, que se dirige directamente contra la ley como tal. El reclamante puede ser una entidad federativa, el gobierno federal, la tercera parte de los diputados de la Cámara Federal, pero también un ciudadano particular (artículo 93, primer párrafo, núms. 2 y 4 a) En estos casos se habla del control abstracto de las normas.

A su lado, existe la posibilidad del control concreto de las normas (*konkrete Normenkontrolle*) según el artículo 100 de la Ley Fundamental. Es de carácter incidental o prejudicial, como el recurso de inconstitucionalidad en el sentido que apuntaba Fix-Zamudio. Los tribunales ordinarios no tienen la competencia de rechazar una ley constitucionalmente promulgada, como inconstitucional. Esta declaración es de monopolio del Tribunal Constitucional de la Federación. Por eso los tribunales están obligados a someterle el caso, cuando opinan que la ley que tendrían que aplicar es inconstitucional.

En uno y otros casos, la resolución del Tribunal Constitucional de la Federación tiene eficacia general, se declara la inconstitucionalidad del ordenamiento combatido. La consecuencia de la sentencia judicial es la derogación de la ley en cuestión, en cuanto la decisión es publicada en el diario legislativo (*Bundesgesetzblatt*).

3.3. Organización de la justicia constitucional

3.3.1. Las conclusiones de la justicia constitucional quedarían en un plano abstracto si se descuidase el problema de su funcionamiento. Ciertos derechos pierden su valor, cuando los tribunales no conceden la tutela jurídica dentro de un plazo adecuado. Por lo tanto, la organización de la justicia constitucional no es solamente cuestión técnica sino crucial desde el punto de vista de los principios fundamentales del derecho. De ahí que merezcan algunas advertencias los esfuerzos —tanto en México como en Alemania— para resolver el problema grave de que, en la mayoría de los casos, el reclamante tiene que esperar la decisión final demasiado tiempo.

El Constituyente de Querétaro quiso que la Suprema Corte se integrara por once ministros y funcionara siempre el pleno, regresando así al sistema que había consagrado la Constitución de 1857, hasta la reforma de 1900. La necesidad, sin embargo, de nuevo impulso la división en salas. El tiempo ha hecho olvidar la antigua discusión sobre la unidad de la jurisprudencia, que en verdad era superflua. Pues cada sala tiene a su cargo una materia distinta. Contradicciones entre ellas sólo pueden surgir en los escasos puntos que les son comunes, y para estos casos las reformas de 1951 enco-

miendan al Pleno de la Corte la resolución.¹²⁸ Actualmente existen cuatro salas, formada cada una por cinco magistrados, que tanto la Constitución como la ley reglamentaria denominan "ministros". Existen también cinco magistrados supernumerarios, cuya función esencial es suplir a los titulares. Actualmente integran una sala auxiliar, para resolver aquellos juicios de amparo que se estiman de rezago y que le encomienda el Tribunal en pleno (artículos 94 y 98 de la Constitución mexicana).¹²⁹

En segundo término conocen del juicio de amparo los Tribunales Colegiados de Circuito, que fueron establecidos en las reformas de 1951 con el objeto de auxiliar a la Suprema Corte de Justicia. Se integran por tres magistrados y se distribuyen actualmente en diez circuitos de amparo. En la ciudad de México residen además siete tribunales de este tipo. Deciden los juicios de amparo de una sola instancia, pero también en segunda instancia sobre un recurso de apelación impugnando la sentencia de un juez federal de distrito. En la actualidad funcionan 63 jueces de distrito, distribuidos en las principales poblaciones del país, generalmente las capitales de los estados, 10 de ellos en la ciudad de México. Ante ellos se promueve el amparo de doble instancia. La tramitación es sumamente sencilla, inspirada en los principios de oralidad, concentración y economía procesales.

Varias normas sirven a la meta de prevenir atrasos.¹³⁰ En el mismo texto constitucional se consagró la obligación del procurador general de "hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita", como se dice en el artículo 102, segundo párrafo, de la Constitución mexicana. Por otra parte, la gran acumulación de juicios de amparo, en especial tratándose de la impugnación de sentencias judiciales, actos administrativos y —recientemente— también de disposiciones legales que se estiman inconstitucionales, ha determinado la introducción a partir de 1951 de la obligación de las partes de impulsar el procedimiento. La sanción de inactividad procesal puede ser la terminación del procedimiento sin resolverse el asunto en cuanto al fondo. La frecuencia con que se aplica esta sanción fue criticada, pero cabe decir que indica el número excesivo de juicios de amparo que recargan en forma considerable la actividad de los tribunales federales, mientras que las partes abandonan a menudo la tramitación y no informan a los tribunales, cuando exista una causa, por la cual ya no sea necesaria la continuación del proceso.¹³¹ La necesidad de dichas medidas procesales está iluminada por las investigaciones sobre el atraso de la Suprema Corte de Justicia. En el año 1950 el número de asuntos pendientes de resolución por la Suprema Corte de Justicia ascendía a 37,881. En 1975, en cambio, sólo llegan a 2,823.¹³²

¹²⁸ Cfr., Tena Ramírez, *op. cit.*, *supra*, nota 9, pp. 504 y ss.

¹²⁹ Fix-Zamudio, *Introducción*, *supra*, nota 121, p. 171.

¹³⁰ Me refiero por ejemplo al sobreseimiento por falta de actividad procesal.

¹³¹ Fix-Zamudio, *op. cit.*, *supra*, nota 121, P. 170.

¹³² Fix-Zamudio, *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina 1950-1975*, México, UNAM, 1978, pp. 7 y ss. y p. 23, publicado también bajo el título "México: El organismo judicial (1950-1975)", *Verfassung und Recht in Ubersee*, 1977, pp. 391 y ss.

3.3.2. Al considerar la organización del Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania se debe tomar en cuenta que el recurso constitucional no abarca tantas funciones como el amparo mexicano. Presupone generalmente el agotamiento de los recursos ordinarios ante los demás tribunales, como ya hemos dicho. En el caso del Tribunal Constitucional de la Federación, se puede continuar la discusión terminada ya en México, de si debe decidir en pleno o en salas. Pues en Alemania no se trata de una división del trabajo tan clara como actualmente en México. Muchas veces se habló de un "tribunal gemelo", ya que se trata de dos salas separadas, cada una de ocho jueces, según la ley reglamentaria. La constitución sólo dice que el Tribunal Constitucional se compone de jueces federales y otros miembros. Esto significa que los jueces constitucionales parcialmente deben venir de las Cortes Supremas Federales. Serán elegidos los jueces de cada sala por mitades, por la Cámara de Diputados y el Consejo Federal. El Tribunal Constitucional de la Federación no reside en la capital federal, sino en Karlsruhe, donde se encuentra también la Suprema Corte, que es competente para los asuntos civiles y penales.

Los tribunales de Karlsruhe tienen los mismos problemas que la Suprema Corte de Justicia en México y en la mayoría de los demás países: les agobia el gran número de los casos pendientes. Por lo tanto, tampoco en Alemania faltaron esfuerzos radicales para reducir el número de los casos. Originariamente, la Ley Reglamentaria sobre el Tribunal Constitucional de la Federación solamente había previsto la posibilidad, que sigue existiendo, de rechazar por unanimidad las acciones obviamente inadmisibles o infundadas (párrafo 24). Puesto que no se había supuesto la interposición de tantos recursos constitucionales, fue inevitable introducir un procedimiento investigador preliminar en 1956. Una comisión de tres jueces constitucionales fue facultada a examinar esta clase de recursos, que pueden ser rechazados "cuando de la decisión no puede esperarse el esclarecimiento de un problema de derecho constitucional, ni nace para el reclamante de la denegación de la decisión de fondo un perjuicio grave e inevitable".

El poder de dichas comisiones de admisión es el objeto de la investigación especial de un abogado, publicada en 1977.¹³³ El noventa y cuatro por ciento de todos los casos pendientes en el Tribunal Constitucional son recursos constitucionales. Al fin del año 1976 eran 33,707 de 35,791 del total de casos desde el año 1951. La mayoría de los recursos constitucionales, es decir noventa y siete por ciento de ellos, nunca llegan a una de las salas, sino que fracasan en una comisión de los tres jueces. En la publicación aludida se exponen casos en los cuales un recurso, antes rechazado como "obviamente infundado", fue concedido después por una sentencia de la sala.¹³⁴ Dicha práctica plantea dudas graves desde el punto de vista del derecho constitucional. Parece justificada la exigencia de que, por lo menos las decisiones de las seis comisiones de admisión, sean publicadas para que

¹³³ Sailer, Christian, "Verfassungsbeschwerde im Zwielficht", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1977, pp. 303-310.

¹³⁴ Sailer, *idem*, p. 305.

los constitucionalistas puedan discutirlos.¹³⁵ De lo contrario, surge el peligro de que la eficacia del recurso constitucional, consagrado como derecho esencial en el texto de la Ley Fundamental, sea perjudicado. Bajo estas condiciones, tampoco el argumento del trabajo excesivo del Tribunal puede ser aceptado: cuando no hay otro remedio, se tiene que crear una sala más.

3.4. *Extensión de las competencias del Tribunal Constitucional de la Federación por su propia jurisprudencia*

La sentencia del Tribunal Constitucional de la Federación, que declara nula una ley, tiene vigor legal (párrafo 31 de la Ley Reglamentaria). Los constituyentes y el legislador parten de la idea de que sólo existen dos posibilidades: confirmar la ley como constitucional o abolirla, de suerte que es considerada como no existente de antemano. La ley no otorgó una facultad tercera. En muchos casos, sin embargo, el Tribunal opina que una ley, propiamente, no es constitucional, pero, a pesar de todo, no considera como solución adecuada declarar nula la ley, sin más. Entonces expone sus puntos de vista, que justifican el supuesto de la inconstitucionalidad, pero deja al mismo tiempo la oportunidad al legislador de modificar la ley dentro de un plazo determinado. El Tribunal se funda en la norma de la Ley Reglamentaria (párrafo 35) que dice, que él mismo puede determinar quién ejecute su sentencia, y regular la manera de la ejecución.

El ejemplo más importante de esta categoría, es la sentencia del año 1975 sobre la seguridad social de la mujer. El Tribunal Constitucional había juntado varios recursos constitucionales y procesos incidentales, debidos a decisiones judiciales, por las cuales las normas legales respectivas habían sido consideradas inconstitucionales y fueron sometidas al Tribunal Supremo. Formalmente los recursos fueron rechazados, pero la circunstancia de que —según la sentencia— se restituyeron los gastos necesarios a los reclamantes, demuestra también, en el sentido del derecho procesal, que ellos consiguieron en el fondo la meta intentada. La decisión de la justicia constitucional declaró las normas impugnadas conformes a la ley fundamental, solamente en el sentido expuesto por el tribunal, de una manera bastante detallada. Esto significa que el legislador está obligado a modificar la Ley del Seguro Social, de suerte que corresponda a la idea de la igualdad. El plazo para que sea aprobada la ley necesaria, está determinado también por el Tribunal, que habló del fin del período legislativo siguiente al próximo, es decir, 1984.¹³⁶ De manera similar decidió el Tribunal Constitucional de la Federación sobre los recursos constitucionales de padres divorciados que deben pagar el sustento para sus niños sin tener ninguna reducción de impuestos. En este caso, asimismo, el Tribunal declaró la infracción al principio de la igualdad y la consiguiente obligación del legislador de encontrar una regulación justa.¹³⁷ Se puede advertir que el

¹³⁵ Häberle, *Juristenzeitung* 1975, p. 297; Sailer, *loc. cit.*, *supra*, nota 133, p. 309.

¹³⁶ Sentencia de la primera sala del Tribunal Constitucional de la Federación del 12 de marzo de 1975, publicada en la edición oficial, tomo 39, pp. 169 y ss. (= BVerfG 39, 169), p. 195.

¹³⁷ Sentencia de la primera sala del 8 de junio de 1977, (BVerfG 45, 104).

Tribunal Constitucional también ejerció a veces directamente funciones de legislador. No solamente abolió la Quinta Ley de la Reforma del Derecho Penal, concerniente al aborto criminal, sino que creó normas detalladas, que tuvieron vigencia hasta que el parlamento aprobó una ley que correspondía a la convicción de los jueces constitucionales, quienes no admitieron el aborto dentro de plazos determinados.¹³⁸

De la misma manera procedieron los jueces de Karlsruhe en la sentencia del 13 de abril de 1978, que suscitó gran perplejidad del gobierno federal. Fue aniquilada la Ley sobre el Servicio Militar y el Servicio Civil, que había derogado el llamado examen de conciencia, prescrito para aquellos que se niegan al servicio militar por razones de su convicción personal. Se trató de un proceso iniciado por la oposición en la Cámara Federal y en los estados de Baviera, Baden-Württemberg y Renania-Palatinado.¹³⁹

Otro ejemplo de la actitud del Tribunal alemán, que difiere de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia respecto a las cuestiones políticas, es la decisión intermedia de admitir un procedimiento que, propiamente, no está previsto en las normas constitucionales y legales. Se trata de un procedimiento incidental, interpuesto con posterioridad a que una corte superior administrativa hubiese elevado el asunto, por no saber si la Ley Atómica corresponde a la Constitución, en cuanto admite categorías nuevas de centros atómicos.¹⁴⁰

Al considerar los casos citados, surge la pregunta de si el Tribunal Constitucional ha usurpado poderes legislativos. Claro que no faltan voces de constitucionalistas y políticos que critican la jurisprudencia, desde el punto de vista de la división de poderes. Pues de verdad cabe preguntarse, si a veces los jueces constitucionales obedecen a las normas legales, o si las inventan, sin tener facultades expresamente otorgadas por la constitución o la ley. El resultado de las reflexiones, causadas por tales objeciones, sin embargo, es en el sentido de que la jurisprudencia, obrando de la manera descrita, contribuye esencialmente a conservar el orden constitucional. El principio de la división de poderes no significa, como hemos visto, la separación pura de las funciones respectivas, sino su coordinación. El procedimiento flexible evita consecuencias no adecuadas, que resultarían de la derogación inmediata de una ley. Así, se toma en cuenta que se vería perturbado más intensamente el orden jurídico, si leyes importantes fuesen bruscamente declaradas nulas también para el pasado, y simultáneamente el tribunal consiguiese el cumplimiento de postulados esenciales de la justicia social y de la igualdad. De ahí que el prestigiado constitucionalista Otto

¹³⁸ Sentencia de la primera sala del 25 de febrero de 1975, (BVerfG 39, 1).

¹³⁶ Sentencia de la primera sala del Tribunal Constitucional de la Federación del 12 de marzo de 1975, publicada en la edición oficial, tomo 39, pp. 169 y ss. (= BVerfG 39, 169), p. 195.

¹³⁷ Sentencia de la primera sala del 8 de junio de 1977 (BVerfG 45, 104).

¹³⁸ Sentencia de la primera sala del 25 de febrero de 1975, (BVerfG 39, 1).

¹³⁹ Sentencia de la segunda sala, publicada en: *Die öffentliche Verwaltung*, 1978, pp. 507 y ss.; *cfr.*, Ipsen, Jörn, "Wehrdienst, Ersatzdienst und Pflichtengleichheit", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1978, pp. 153 y ss.

¹⁴⁰ Sentencia de la segunda sala del 31 de enero de 1978.

Bachof, aprecie la jurisprudencia constitucional como progreso indispensable. Pues hubiera sido imposible que los constituyentes y legisladores hubieran previsto todas las implicaciones de la justicia constitucional, que no tenía antecedentes en Alemania.¹⁴¹

Existen paralelismos obvios con la discusión sobre la fórmula de Otero en México. Pues cada declaración general sobre la inconstitucionalidad de una ley, tiene la desventaja de que se afecta el prestigio del poder público, pero también la práctica se ve perjudicada de una manera considerable.

En la discusión alemana, frecuentemente se usa el término que viene del derecho constitucional de los Estados Unidos de América: "*judicial self restraint*"; la reserva necesaria de los jueces al decidir sobre actos legislativos, la autolimitación judicial, desempeña un papel esencial para conservar el equilibrio entre los poderes.¹⁴² En la doctrina alemana se tiene que destacar, como medida importante para conservar la validez de la ley impugnada sin descuidar los postulados constitucionales, la llamada interpretación conforme a la constitución (*verfassungskonforme Auslegung*).¹⁴³ Claro que también esta facultad otorga gran influencia política al Tribunal Constitucional de la Federación, pues una interpretación auténtica de normas puede limitar a los demás poderes públicos de una manera restrictiva.

Aunque, desde luego, los tribunales deben seguir decidiendo flexiblemente, sobre las consecuencias de sus decisiones y su ejecución, parece preferible asentar los principios más importantes, del tipo descrito en la Ley Reglamentaria. En México se podría introducir una regulación semejante. Así se podría encontrar un compromiso en la discusión sobre la fórmula de Otero. La declaración general no tendría que significar la nulidad inmediata —con todo su alcance— sino bajo ciertas condiciones solamente, pro futuro, o según la doctrina de la interpretación conforme a la constitución, hallar una limitación adecuada.

3.5. *La auto-exposición del Estado*

En la doctrina alemana más reciente se discute sobre las actividades públicas del estado según el concepto de "auto-exposición del estado", palabra todavía no aceptada por los diccionarios.¹⁴⁴ No puede decirse, sin embargo, que se trate de un problema típico de nuestros días. Siempre

¹⁴¹ Bachof, Otto, "Der Richter als Gesetzgeber?", *Festschrift zum 500-jährigen Bestehen der Tübinger Juristenfakultät*, Tübinga, 1977, pp. 177 y ss. Cfr., en el mismo sentido, Moench, Christoph, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden, 1977, aduciendo razones convincentes en contra de una nulidad automática; en contra Zeiler, Horst, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, pp. 1473 y s.

¹⁴² Cfr., entre las publicaciones más recientes, Kriele, Martin, "Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung. Zum Problem des judicial self-restraint", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, pp. 777 y ss., Achterberg, Norbert, "Bundesverfassungsgericht und Zurückhaltungsgebote", *Die öffentliche Verwaltung*, 1977, pp. 649 y ss.

¹⁴³ Zippelius, Reinhold, "Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen", *Festgabe Bundesverfassungsgericht*, tomo 2, 1976, pp. 108 y ss. Prümm, Hans Paul, *Verfassung und Methodik*, Berlin, 1977.

¹⁴⁴ Quaritsch, Helmut, *Die Selbstdarstellung des Staates*, Berlin, 1977, en este tomo: Krünger, Herbert, *Von der Staats...*

dependió el prestigio de un sistema político, también de la manera de presentarse al público.

El Tribunal Constitucional de la Federación dedicó consideraciones profundas a estas cuestiones. La sentencia del 2 de marzo de 1977 merece atención especial, porque describe los límites del poder ejecutivo, tratando en este punto problemas fundamentales de la legitimación del sistema gubernamental.¹⁴⁵ La oposición parlamentaria de la Cámara Federal se había insurgido contra la propaganda del gobierno federal, hecha con publicaciones pagadas con recursos públicos, durante la campaña electoral de 1976. Los jueces declararon la infracción de los principios de la soberanía popular, de la integridad del proceso electoral y de la igualdad de oportunidades de los partidos participantes en el sufragio. El tribunal considera estos principios irrenunciables, como forma de garantizar la legitimación democrática.

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Constitucional significa el primer grado de una descripción de la auto-exposición legítima del estado, aunque no se usa este término. Las informaciones precisas del gobierno deben respetar los principios de la neutralidad política y el bien común, estribándose en el consenso básico, situado entre el orden político y la voluntad del ciudadano. Como se ha dicho en un comentario a la decisión judicial, se atribuye de nuevo al estado un valor propio.¹⁴⁶ Las informaciones adecuadas de la publicidad son las bases indispensables del funcionamiento de la democracia. La relación específica entre gobernantes y gobernados es la cuestión esencial del derecho constitucional y de las ciencias políticas. Por eso se dedica mucha atención a las formas de participación del pueblo en el poder público. Pero se descuidó hasta hace poco tiempo el hecho obvio de que los órganos del estado siempre influyen en la opinión y en las actitudes de la población, por todas sus actividades y también por sus omisiones. No cabe ninguna duda de que los poderes públicos tienen la función legítima de actuar y presentarse como tales al público. De lo contrario se negarían a sí mismos.

Los órganos del estado tienen el privilegio de usar los símbolos nacionales como medidas clásicas de la identificación de un pueblo. En Alemania hubo dificultades a este respecto, que se deben calificar de absurdas. La República de Weimar adoptó la bandera de la Revolución de 1848, con los colores negro, rojo y oro. Los conservadores, sin embargo, preferían los colores del imperio de 1871, negro, blanco y rojo, que todavía tenían vigencia para los buques mercantiles. La Ley Fundamental de 1949 consagró expresamente que la bandera será negro, rojo y oro, mientras que la Constitución mexicana concede la facultad de regular esta cuestión al legislador ordinario. Nadie espera que haya modificaciones en este aspecto; los libros de derecho constitucional ni siquiera mencionan la posibilidad jurídica. En Alemania, en cambio, se tuvo problemas más complicados respecto del himno nacional. El presidente federal Heuss había propuesto uno, que fue

¹⁴⁵ Sentencia de la segunda sala, en *BVerfG* 44, pp. 125 y ss.

¹⁴⁶ Seifert, *Die öffentliche Verwaltung*, 1977, p. 289, Stern, *loc. cit.*, p. 226.

rechazado por la población. También el hombre contemporáneo necesita símbolos para su existencia nacional, que no se pueden alterar según los rasgos actuales de la moda. Después de la Segunda Guerra Mundial, cuando estaban prohibidas todas expresiones nacionales, durante uno de los primeros campeonatos internacionales de deporte, surgió la pregunta, qué himno se habría de tocar después de una victoria de un deportista alemán: se escogió la canción actual del carnaval, que empieza por las palabras "Somos los indígenas de Trizonesia" (se refiere al terreno actual de la República Federal, que antes se componía de las tres zonas de ocupación occidentales, llamado "Trizona").

En los países industrializados los ciudadanos tienen dificultades crecientes para identificarse con su estado, al cual consideran un instituto de servicios, del que se quejan, como se lamentan en otros países sobre las criadas. Las últimas elecciones ya mencionadas en Hamburgo y Baja Sajonia demuestran una ola de protesta que confirma las preocupaciones de algunos observadores sagaces, acerca de que podría surgir el problema de la imposibilidad de gobernar.¹⁴⁷ Ejemplos impresionantes representan las iniciativas populares en contra de la construcción de pilares atómicos, centrales eléctricas convencionales, aeropuertos, autopistas, etcétera. Los tumultos causados por tales movimientos no corresponden a la reputación de los alemanes, pero tampoco a la de los japoneses, que realizaron actividades iguales, aun cuando se les atribuye ser aficionados al orden cívico y al progreso técnico.¹⁴⁸

Por otra parte, llama la atención que países en vías de desarrollo —donde el progreso económico y social es obvio, a pesar de retrocesos inevitables y de la continuación de situaciones injustas— posibilitan a sus ciudadanos el sentimiento de pertenecer a la unidad política, de la cual están orgullosos, como el niño en el pueblo remoto de Chiapas, que me saludó con las palabras "somos mexicanos". La "mexicanidad" no solamente representa un término abstracto de las ciencias políticas, sino una realidad social. Se trata de un aspecto de un fenómeno complejo que vamos a considerar desde el punto de vista que se ha denominado "consenso básico".

3.6. *El consenso básico*

3.6.1. En la actualidad cabe decir que todos sistemas políticos se refieren a la idea democrática, para legitimar el poder ejercido por ellos; también en los países en donde la oposición no está representada en el parlamento, sino que se encuentra en la cárcel. La legitimación del poder ejecutivo se realiza en elecciones periódicas, como ya hemos visto en la primera parte de nuestras reflexiones. En el sistema representativo, la separación entre representantes y representados no significa la disolución

¹⁴⁷ Cfr. especialmente Hennis, Wilhelm y otros, *Regierbarkeit, Studien zu ihrer Problematik*, Stuttgart, 1977.

¹⁴⁸ Sobre el problema de las iniciativas populares frente a las autoridades estatales; cfr., más recientemente, Zippelius, Reinhold, *Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft)* (6a. edición), Munich, 1978, pp. 135 y s.

de los lazos esenciales entre electores y elegidos. En cambio, el consentimiento popular sigue siendo la base vital de cada orden político. Por eso no es de extrañar que sea el objeto principal, no solamente de las ciencias políticas, sino también del derecho constitucional. Ya hemos mencionado los conceptos de respaldo, adhesión real, apoyo popular, etcétera. El consentimiento esencial no solamente se expresa en el acto del sufragio, sino que sigue siendo la base de la vida pública todo el tiempo.

Los deseos y la voluntad de la población no pueden ser descuidados completamente, ni siquiera en regímenes totalitarios. El consentimiento popular no se limita, sin embargo, al aspecto empírico, que es el objeto de investigaciones de las ciencias políticas o meramente de técnicas de la demoscopia. La constitución perdiera su sentido como fundamento de la vida política, cuando su observancia dependiera de actitudes, opiniones o emociones de la población, que pueden cambiar muy rápidamente. Cada constitución tiene un núcleo de normas esenciales, que están protegidas frente a mayorías casuales. La Ley Fundamental de Bonn estatuye en su artículo 79, párrafo 3, expresamente que no será admisible una modificación que toque la estructura federativa, la participación de los estados en la legislación o los derechos humanos. Dichas normas fundamentales se fundan en el consenso invariable, en el cual se funda la constitución. La diferencia entre consentimiento actual y consenso básico se puede aclarar con un ejemplo de la historia alemana, al cual hace referencia también Jorge Carpizo en su libro *La Constitución Mexicana de 1917*.¹⁴⁹ Adolf Hitler obtuvo en los primeros años de su dominación grandes mayorías en los plebiscitos. Aunque, desde luego, hubo manipulaciones y opresiones —se debe añadir que el partido nazi nunca tuvo mayorías iguales a los partidos democráticos actuales en elecciones libres— es necesario admitir que el régimen de Hitler podía apoyarse en un respaldo grande de la población, por lo menos en los primeros años, pero también, por ejemplo, en el tiempo de la llamada reunificación de Austria con el Imperio. Al suponer que democracia es gobierno de mayoría de cualquier manera, se podría afirmar que el régimen nazi habría correspondido a la soberanía popular. El concepto de democracia, sin embargo, no puede ser reducido al principio de la sola mayoría, sino que presupone ideas de contenido, es decir, que se tienda a la justicia, como lo expresó Carpizo.

La palabra "justicia" vamos a usarla en el contexto de nuestras consideraciones en el doble sentido que tiene en el idioma español. En primer lugar, la justicia abarca el sistema de valores consagrados en la constitución, como lo son la dignidad humana y la justicia social. En segundo lugar, la justicia en el sentido de poder judicial, cuya función es la defensa de los valores constitucionales básicos.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Carpizo, *op. cit.*, *supra*, véase nota 9, p. 342. Sobre el estado constitucional moderno, *cfr.*, Friedrich, Carl J., *Der Verfassungsstaat der Neuzeit*, Berlín, 1953; sobre un problema actual en este tema, *cfr.*, Matz, Ulrich, "Extremisten im öffentlichen Dienst", *Die Öffentliche Verwaltung*, 1978, pp. 464 y ss. y p. 465.

¹⁵⁰ *Cfr.*, Fix-Zamudio, *op. cit.*, *supra*, nota 114, pp. 12 y ss., publicado en alemán en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1976, pp. 649 y ss.

3.6.2. El término "consenso básico" (*Grundkonsens*) juega un papel crucial, especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la Federación, para describir el sistema de valores, sobre cuya necesidad existe unanimidad en el pueblo.¹⁵¹ Este orden de valores comúnmente reconocidos nunca puede consistir en un sistema rígido, del cual se podría desprender las soluciones a los problemas controvertidos de una manera matemática. Pues el valor principal es la libertad; las sociedades modernas se caracterizan por opiniones variadas y opuestas. Por eso el principio del pluralismo es punto de partida esencial del orden jurídico.

El concepto de consenso básico abarca ideas que fueron expresadas especialmente en la doctrina de Rousseau sobre la voluntad general, aunque, desde luego, no se pueden equiparar los términos. Un homenaje a Jean Jacques Rousseau parece adecuado no solamente por razones históricas, al tomar en cuenta que este año se cumple el segundo centenario de su muerte, sino, en primer lugar, por la causa de que sus ideas principales siguen teniendo validez en la actualidad, especialmente de acuerdo con interpretaciones modernas de sus obras. No es por mera casualidad, que investigaciones más recientes no pueden menos que hacer referencia a Rousseau al tratar temas cruciales de las ciencias políticas o del derecho constitucional.¹⁵²

Desempeña un papel decisivo una publicación que el mismo Rousseau no consideró como una de sus obras magistrales. Por lo general, se suele hablar simplemente del "Contrato Social", aunque este título abreviado no señala el tema más importante de sus consideraciones, sino la segunda parte del título completo, que reza: "Del contrato social o los principios del derecho político".¹⁵³

Rousseau no quiso describir el contrato social como evento histórico, cuyo resultado fue el origen del estado moderno. La voluntad general, en cambio, es la base continua que garantiza al mismo tiempo la libertad personal y su protección por un orden político, pues la libertad no se puede imaginar aislada de los demás ciudadanos. Éstos, simultáneamente, son participantes del poder supremo y súbditos de las leyes. La voluntad general difiere esencialmente de la voluntad de todos o de la mayoría, que puede alejarse de la voluntad general y del bien común, abarcados por ella. Destaca que la república no puede prosperar cuando la voluntad general no se consiga, frente a las opiniones y los intereses divergentes.¹⁵⁴

La interpretación moderna de Rousseau se funda también en sus demás obras. En su famoso artículo para la enciclopedia, describió las obligaciones del ciudadano, que preferirá la justicia al instinto. En sus "Cartas escritas en las montañas" presenta una flexibilidad de los términos políticos que posibilita armonizarles con principios que comúnmente se supone que

¹⁵¹ Cfr., por ejemplo la sentencia citada en nota 145, p. 146, y Podlech, Adalbert, en Jakobs, *Rechtsgeltung und Konsens*, Berlín, 1976, pp. 9 y 25.

¹⁵² Cfr., Schieder, *op. cit.*, *supra*, nota 147, pp. 32 y ss.; Johnson, pp. 51 y s., y la literatura en las notas siguientes.

¹⁵³ Maste, Ernst, "Rousseau-Kulturphilosoph und Staatsdenker".

¹⁵⁴ Maste, *loc. cit.*, p. 35; también, *supra*, 2.6.1., nota 109.

fueron rotundamente rechazados por Rousseau, como la división de poderes y hasta el sistema representativo.¹⁵⁵ Dicha elasticidad de las nociones rousseauianas explica también las divergencias de las interpretaciones de su raciocinio. Por el carácter obligatorio del sistema político descrito por él se han criticado sus ideas, desde el punto de vista de un liberalismo exagerado y unilateral. Bertrand Russel simplemente afirmó que Hitler fue el "fenómeno consecuente de Rousseau".¹⁵⁶

Tales afirmaciones son tan falsas como las opuestas, que atribuyen a Rousseau un concepto ilimitado de la libertad. El constitucionalista suizo Max Imboden puso de relieve la exigencia rousseauiana de que el hombre como ciudadano deje los límites de su conciencia particular y se acerque a la participación verdadera y responsable en la comunidad.¹⁵⁷ Rousseau no se limitó a la mera descripción de hechos, sino que quiso investigar si puede darse en el orden vital cívico cualquier principio de una forma gubernamental legítima e incontestable.¹⁵⁸

3.6.3. Nuestras reflexiones de los principios y las fuentes de la democracia, demuestran que no contradice a la soberanía popular la creación de medidas jurídicas eficaces, para garantizar los valores constitucionales sobre los cuales existe un consenso básico. La constitución es la base de la libertad, pero no puede sustituir el consenso básico cuando falta, ni actuar sin los instrumentos necesarios de acuerdo con los principios de un estado del derecho. Por eso se ha nombrado al juicio de amparo como el instrumento de la libertad. La Suprema Corte de Justicia en México y el Tribunal Constitucional de la Federación en Alemania, primordialmente, tienen la función esencial de defender la constitución y sus valores principales. La Constitución mexicana de 1917 y la Ley Fundamental de 1949 consagraron los derechos humanos en sus primeros artículos, para subrayar su importancia. Los constituyentes mexicanos escogieron el término "Garantías individuales", que señala el aspecto procesal indispensable. La justicia constitucional tiene la tarea de la "racionalización del poder", como lo expresó Boris Mirkine Guetzevitch.¹⁵⁹ El consenso básico abarca no solamente los derechos individuales, sino también sociales, a los cuales se dedicaron los constituyentes mexicanos de una manera más detallada que en Alemania, en donde se consagró meramente el principio general del

¹⁵⁵ Reibstein, Ernst, *Volksouveränität und Freiheitsrechte*, Freiburg/München, 1972, tomo 2, p. 203.

¹⁵⁶ *Philosophie des Abendlandes (History of Western Philosophy)*. Frankfurt sobre el Meno, 1950, p. 567; *cfr.*, también, Talmon, *Die Ursprünge der totalitären Demokratie (The Origins of Totalitarian Democracy)*, Köln y Opladen, 1961.

¹⁵⁷ *Rousseau und die Demokratie*, Tubinga, 1963, pp. 24 y s.

¹⁵⁸ Zippelius, Reinhold, *Evangelisches Staatslexikon* (2a. edición). Stuttgart-Berlin, 1975; "Freiheit", p. 746.

¹⁵⁹ *Las nuevas constituciones del mundo*, Madrid, 1931, pp. 56 y s.; *cfr.*, Fix-Zamudio, *op. cit.*, *supra*, nota 114, p. 11, y "Die Rationalisierung der Macht im neuen Verfassungsrecht", *(österreichische) Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1929, pp. 161 y ss. y p. 173; *cfr.*, Motz y Pernthaler, Esterbauer (ed.), *Föderalismus*, Wien, 1977, p. 18.

estado social. Se reconoce el funcionamiento impresionante de la justicia constitucional alemana también en el extranjero.¹⁶⁰

Las ventajas decisivas de una justicia constitucional convencieron también a la mayoría de la comisión de expertos, al preparar la revisión total de la Constitución en Suiza, aunque una minoría fuerte repetía los argumentos conocidos en contra de un fortalecimiento del poder judicial. En favor de un control constitucional de leyes federales fueron aducidas las razones siguientes:

1. El proceso legislativo —que intenta la creación de normas generales— no siempre puede tomar en cuenta los derechos individuales, de una manera suficiente.
2. Las normas constitucionales no deben ser violadas por normas que tienen rango más bajo que ellas.
3. Puesto que gobierno y parlamento son poderes políticos, es menester un factor de integración que actúe fuera del proceso del poder político.
4. Corresponde a la realidad política, también en Suiza, que decisiones de entidades federativas sean controladas desde el punto de vista de la legalidad.
5. La democracia abarca no solamente el principio de la mayoría sino también la idea del estado de derecho.

Por las razones aducidas, el proyecto sometido de una nueva Constitución, propone la introducción de recursos constitucionales por infracción a los derechos constitucionales, primordialmente a los derechos humanos y políticos (artículo 109 del proyecto).¹⁶¹ Se otorga, sin embargo, la impugnación de las leyes federales, solamente por la vía incidental. El recurso constitucional no se puede dirigir directamente en contra de una ley, como en la República Federal de Alemania.

Aunque la norma proyectada todavía no entra en vigor, representa otra comprobación de la exactitud de los pronósticos de Héctor Fix-Zamudio, de que no será posible prescindir de un sistema constitucional de justicia.¹⁶² aunque tampoco en la actualidad faltan las expresiones de reserva, frente a lo que Carl Schmitt denominaba la “politización de la justicia” y que otros tratadistas han calificado de “gobierno de jueces”, “judicracia” o “gobierno judicial”.¹⁶³ Las preocupaciones estarían justificadas cuando se intentara absolutizar los principios constitucionales y deducir de ellos

¹⁶⁰ Cfr., especialmente las investigaciones detenidas de Kommers, Donald P., *Judicial Politics in Western...*

¹⁶¹ *Rapport de la Commission d'experts pour la préparation d'une revision totale de Constitution fédérale*, Berne, 1977, pp. 177 y ss. (*Bericht der Expertenkommission*, pp. 177 y ss.).

¹⁶² Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, *supra*, nota, 114, p. 150.

¹⁶³ Fix-Zamudio, Héctor, *idem*, p. 152; cfr., entre otros, Dichgans, Hans, *Vom Grundgesetz zur Verfassung*, Düsseldorf, Wien, 1970, pp. 154 y ss., destacando la soberanía del parlamento (p. 192), y Eckertz, Rainer, “Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts und die Eigenheit des Politischen”, en la revista *Der Staat*, 1978, pp. 183 y ss., deplorando la índole política de las sentencias del Tribunal Constitucional. La función social de la justicia constitucional es reconocida por von Arnim, Hans Herbert, *Gemeinwohl und Gruppeninteressen*, Frankfurt, 1977.

conclusiones obligatorias, a la manera matemática. En el ámbito del derecho, como en las demás disciplinas atinentes a la vida social, no domina la lógica de lo racional, sino la lógica de lo razonable o la lógica de lo humano, como lo expuso Luis Recaséns Siches, al formular las tendencias principales de la teoría moderna del derecho.¹⁶⁴ En la lógica de lo humano —usado este término en sentido amplio— se funda también el consenso básico, representando la legitimación de un orden político.

HANS-RUDOLF HORN

¹⁶⁴ Recaséns Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, 1963, pp. 499 y ss. y 512 y ss., *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica "razonable"*, México, 1971: *cfr.*, Horn, Hans-Rudolf, "Über Luis Recaséns Siches, Panorama des Rechtsdenkens im 20. Jahrhundert", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1965, pp. 57 y ss. y p. 80, próximamente en la misma revista, "Die Logik des Humanen"; *cfr.*, también del mismo autor, "Individualisierte Normen in Rechtsprechung und Verwaltung", en Perelman (ed.), *Études de Logique Juridique*, Bruxelles, 1976, pp. 79 y ss. y 89 y ss. (norma individualizada) y "Die Natur der Sache als juristischer Argumentationstopos im situativen Bezug", *Rechtstheorie*, 1977, pp. 165 y ss., y "Rechtsstaat und Elektrizität", *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1977, pp. 13 y ss. (tratando problemas actuales de la jurisprudencia administrativa).