

## DERECHO, CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA \*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Concepto provisional de democracia desde el ángulo normativo.* III. *Influencia del sistema democrático en la creación de normas jurídicas.* IV. *Algunos instrumentos jurídicos contemporáneos orientados para lograr el desarrollo de los postulados democráticos.* V. *Los sistemas de protección jurídica de los derechos humanos.* VI. *La división de las funciones.* VII. *El Estado de justicia y la justicia constitucional.* VIII. *La función constitucional de los partidos políticos.* IX. *Los elementos jurídicos de una Constitución democrática.* X. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

1. El objeto de este breve trabajo es el de plantear algunas cuestiones relativas a la función del derecho en el Estado democrático contemporáneo, el que con frecuencia se confunde con la simple legalidad y por ello es contemplado con desconfianza por otros científicos sociales, quienes tomando en cuenta la experiencia del Estado de derecho liberal e individualista, ven en los instrumentos jurídicos un conjunto de declaraciones formales que se separan en muchos aspectos de la realidad social.<sup>1</sup>

2. También influye en el menoscabo del prestigio del derecho en la vida política y social contemporánea, la concepción primitiva del marxismo-leninismo, que veía en el fenómeno jurídico una simple superestructura derivada del sistema económico de la sociedad, que se utiliza como un instrumento de tutela de los intereses de las clases dominantes, criterio tradicional que ha sido superado a través de los principios de la llamada "legalidad socialista".<sup>2</sup>

3. Esta situación de oscurecimiento del papel del derecho en la cons-

\* Este trabajo fue presentado como ponencia en la mesa de trabajo sobre el tema del mismo nombre en el Coloquio sobre la Democracia en el Mundo Moderno, organizado por la Asociación Mexicana de Ciencia Política y la UNAM, y efectuado en esta ciudad de México durante los días 20-22 de enero de 1982.

<sup>1</sup> Cfr. un examen sobre las relaciones entre la teoría del derecho y la teoría social, en la obra de Stein, Peter, y Sand, John, *I valori giuridici della civiltà occidentale* (trad. italiana de Alessandra Maccioni), Milán, 1981, pp. 7-45.

<sup>2</sup> Cfr. entre otros, el penetrante análisis de Stoyanovitch, Konstantin, *El pensamiento marxista y el derecho* (trad. de Andrés López Acotto), en el cual también se examina su evolución posterior; véase también el ensayo del jurista español Hernández Gil, Antonio, "El marxismo y su significación jurídica", en su libro *Marxismo y positivismo lógico. Sus dimensiones jurídicas*, Madrid, 1870, pp. 13-68.

trucción y desarrollo de los sistemas políticos de nuestra época, también tuvo su expresión en los mismos juristas que sostuvieron la existencia de una "crisis del derecho" en los primeros años de esta segunda posguerra, especialmente en Europa y específicamente en los países que habían sufrido las dictaduras del fascismo y del nacionalsocialismo;<sup>3</sup> pero se ha superado paulatinamente, y en la actualidad se reconoce al derecho su función instrumental para lograr un verdadero sistema democrático, y se le ha ubicado en el campo de las ciencias sociales,<sup>4</sup> como lo demuestra la inclusión del tema en este importante Coloquio organizado por la prestigiada Asociación Mexicana de Ciencia Política.

4. Quiero aclarar, por otra parte, que estas reflexiones se realizan desde el ángulo normativo, que es el único que podemos examinar —sin desconocer, por supuesto, las aportaciones de otras disciplinas sociales, y particularmente de la ciencia política—, ya que sólo tenemos la modesta pretensión de señalar algunos aspectos en los cuales existe una vinculación de los instrumentos jurídicos, particularmente los incorporados a las constituciones modernas, y el sistema democrático de nuestra época.

## II. CONCEPTO PROVISIONAL DE LA DEMOCRACIA DESDE EL ÁNGULO NORMATIVO

5. Definir o simplemente describir un concepto de *democracia* resulta prácticamente imposible, debido a que este vocablo se ha utilizado con los más diversos significados, matices y perspectivas a partir de que los griegos iniciaron su reflexión sobre los sistemas políticos y particularmente Aristóteles intentó una caracterización del régimen democrático de su época.<sup>5</sup>

6. Por otra parte, se trata de uno de esos conceptos que se encuentra cargado de emotividad, y por ello sujeto a interpretaciones en ocasiones contradictorias, como ha ocurrido con otro vocablo con el cual se encuentra vinculado: el de Constitución, que por su carácter axiológico ha experimentado una situación similar, como lo ha puesto de relieve el joven y brillante jurista mexicano Rolando Tamayo y Salmorán.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Cfr. los clásicos estudios de Balladore Pallieri, Giorgio, Calamandrei, Piero y otros, *La crisi del Diritto*, Padova, 1953.

<sup>4</sup> Sobre la pertenencia de la ciencia jurídica al campo de las ciencias sociales, cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones sobre la investigación jurídica", en nuestro libro *Ensayos sobre metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, 1981, pp. 78-85.

<sup>5</sup> *La política* (trad. de Julián María y María Araujo), Madrid, 1970, pp. 168-203; *id.*, *La Constitución de Atenas* (trad. de Antonio Tovar), Madrid, 1970, pp. 40-129.

<sup>6</sup> *Introducción al estudio de la Constitución*, México, 1979, tomo I, especialmente pp. 173-181.

7. Por otra parte, la democracia posee disímbolos significados, pues como lo señala el clásico estudio de Carl J. Friedrich,<sup>7</sup> no sólo debe considerarse como forma política, es decir, como forma de Estado o gobierno, sino también como una forma de vida —aspecto que ha sido señalado en nuestro artículo tercero constitucional—;<sup>8</sup> pero también debe estimarse como una aspiración, como un ideal señalado en las constituciones modernas a través de principios programáticos.<sup>9</sup>

8. El mismo Friedrich señala que existen varias formas de democracia,<sup>10</sup> y podríamos agregar que dentro de cada una de ellas podemos describir matices y modalidades que en ocasiones llegan a ser sutiles, y por ello difíciles de determinar.

9. Dentro de estas formas, que no son sino modalidades del mismo concepto genérico de *democracia*, se ha hablado de democracia política, de democracia social y de democracia económica, las cuales no pueden coexistir separadamente, al menos en nuestra época.<sup>11</sup>

10. Y para complicar todavía más el panorama, no debemos olvidar que actualmente se han señalado al menos dos categorías fundamentales de sistemas calificados, con razón o sin ella, como democráticos, es decir, la que se ha denominado como *democracia occidental o burguesa*,<sup>12</sup> y la que se conoce como *democracia popular o socialista*,<sup>13</sup> to-

<sup>7</sup> *La democracia como forma política y como forma de vida* (trad. de Santiago Martínez Haba, y G. Wasserzieher de Martínez), 2a. ed., Madrid, 1966, pp. 13-25.

<sup>8</sup> En efecto, la fracción I, inciso a, de dicho precepto constitucional, al referirse a la orientación de la educación pública, dispone que: "a) *Será democrática, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo...*"

<sup>9</sup> Cfr. entre otros, el clásico trabajo de Crizafulli, Vezio, *La Costituzione y le sue disposizione de principio*, Milán, 1962, pp. 32 y ss.

<sup>10</sup> *La democracia como forma política*, cit. *supra* nota 7, pp. 40-53.

<sup>11</sup> La combinación de todas ellas son las que puedan dar lugar a lo que el tratadista francés Debbasch, Charles, considera como "las instituciones políticas llamadas *trabadas*" en su reciente libro *L'Etat civilisé*, París, 1979, pp. 47-76; sobre la llamada democracia social y económica, cfr. Ferrando Badía, Juan, *Democracia frente autocracia*, Madrid, 1980, pp. 79-159.

<sup>12</sup> Cfr. sobre las características entre las democracias de Occidente y las del mundo socialista, entre otros, el clásico estudio comparativo del ilustre jurista alemán Loewenstein, Karl, "Constituciones y derecho constitucional en Oriente y Occidente", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 164, marzo-abril de 1969, pp. 5-34; también puede consultarse el profundo estudio comparativo de los ordenamientos constitucionales occidentales del tratadista italiano Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado* (trad. de Héctor Fix-Zamudio), México, 1975, pp. 77-187. Se ha publicado recientemente una nueva edición italiana, la cuarta, de esta importante obra, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milán, 1980, pp. 103-318.

<sup>13</sup> Para examinar las características de las llamadas democracias socialistas, pueden utilizarse también las dos obras fundamentales señaladas en la nota anterior, Loewenstein, *op. ult. cit.*, pp. 34-52; y Biscaretti di Ruffia, *op. ult. cit.*, en la traducción

mando en consideración que dentro de este segundo sector existen varios ordenamientos que utilizan expresamente esa denominación en sus cartas fundamentales, como ocurre con la República Democrática Alemana, la República Popular Democrática de Corea y la República Democrática de Vietnam, entre otras. A su lado toda una gama de ordenamientos constitucionales de países en vías de desarrollo, que pretenden aproximarse a estos dos modelos fundamentales que reclaman la exclusividad en su connotación democrática.

11. Dentro de estos aspectos de la democracia, podemos señalar también un ángulo jurídico, lo que no significa en manera alguna un sistema de democracia puramente formal aislada de los aspectos políticos, sociales y económicos, ya que debe entenderse como el conjunto de instrumentos jurídicos que sirven de cauce a los otros aspectos y permiten su desenvolvimiento. Este sector normativo es el que se ha caracterizado desde un punto de vista tradicional con la denominación germánica de *Estado de derecho*<sup>14</sup> y la angloamericana de *la Rule of Law*,<sup>15</sup> que por supuesto no deben considerarse como conceptos estáticos sino extraordinariamente dinámicos, que en nuestra época han superado la estructura estrictamente formal del llamado *Estado de democracia clásica*, de acuerdo con la denominación del destacado constitucionalista Paolo Biscaretti di Ruffia,<sup>16</sup> para transformarse, respectivamente, en el *Estado de derecho social* y en el *Welfare State*.<sup>17</sup>

12. Resulta muy complicado pretender configurar un concepto más o menos preciso de esa *democracia* normativa, por lo que, sólo como un apoyo racional para intentar el examen de los problemas que pretendemos abordar en esta sencilla exposición, haremos el intento de configurar una idea provisional, insistiendo en la afirmación anterior, de que resulta inseparable, al menos en la actualidad, de los otros ángulos: político, social y económico de la democracia, que, además, se influyen recíprocamente.

13. Partimos, así, desde una doble perspectiva, ya que en primer término podemos afirmar que se configura un ordenamiento jurídico de-

castellana, pp. 188-260, y en la nueva edición italiana, pp. 320-463, en la inteligencia de que en esta última se examinan las constituciones socialistas más recientes.

<sup>14</sup> Sobre el concepto clásico del *Rechtsstaat*, cfr. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución* (trad. de Francisco Ayala), México, 1952, pp. 45-255.

<sup>15</sup> Sobre el concepto tradicional de *Rule of Law*, cfr. Dicey, A.V., *An introduction to the study of the Law of the Constitution*, 10a. ed., Londres, 1979 (1a. ed., 1885), pp. XCVI-CLI.

<sup>16</sup> *Introducción al derecho constitucional comparado*, cit. *supra*, nota 12, pp. 87-187.

<sup>17</sup> Cfr. entre otros, el excelente estudio de García Pelayo, Manuel, "El Estado social y sus implicaciones", en su libro, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pp. 51-66.

mocrático cuando el mismo es creado por los destinatarios de las normas, es decir, cuando el mismo ordenamiento no es impuesto por un sector restringido de la comunidad, sino por su conjunto o al menos por su sector mayoritario, de acuerdo con la idea rousoniana de la "voluntad general".<sup>18</sup> Claro que esto no es tan sencillo como a primera vista parece, ya que lo ideal sería que los gobernados participaran directamente en la creación de las normas jurídicas, en especial las constitucionales —que equivaldría al contrato social del ilustre ginebrino—;<sup>19</sup> pero como esto resulta imposible en las sociedades modernas, como ya en su época lo reconocía el mismo Juan Jacobo,<sup>20</sup> es necesario encontrar los métodos para que la citada participación sea lo más amplia posible, aun de acuerdo con los sistemas representativos.

14. Nos encontramos aquí con la estrecha vinculación entre la *legalidad* y la *legitimidad*, señaladas por numerosos tratadistas de las ciencias sociales, entre ellos en el clásico estudio de Carl Schmitt,<sup>21</sup> pues inclusive el ilustre Max Weber señalaba que la creencia en la legalidad es una forma de legitimación.<sup>22</sup> En este sentido podemos afirmar que sólo se puede concebir el ángulo jurídico del sistema democrático cuando, en un primer término, las normas jurídicas son creadas por órganos legítimos, y, en un segundo lugar, cuando las propias normas están dirigidas para servir de cauce y de instrumento a los restantes sectores del sistema democrático establecido por la estructura normativa, cuya expresión fundamental se encuentra en los preceptos constitucionales.

### III. INFLUENCIA DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO EN LA CREACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS

15. Si bien son inseparables y también se influyen recíprocamente, los dos sectores jurídicos de la democracia, es decir el de la creación normativa y su orientación al desarrollo del sistema democrático, lógicamente es posible separarlos, y por ello haremos el intento de describir el primero de los señalados.

16. Podemos señalar que el problema de la legitimidad se presenta desde el momento de la creación del sistema político a través de la Cons-

<sup>18</sup> Cfr. Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social* (trad. de Enrique de la Rosa), Buenos Aires, 1961, libro II, caps. I-V, pp. 168-176.

<sup>19</sup> Cfr. Rousseau, Juan Jacobo, *cit. supra*, nota 18, libro I, cap. VI, pp. 161-163.

<sup>20</sup> Cfr. Rousseau, Juan Jacobo, *supra*, nota 18, libro III, cap. IV. Son célebres sus palabras: "Si hubiera un pueblo de dioses, se gobernaría democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres..."

<sup>21</sup> *Legalidad y legitimidad* (trad. de José Díaz García, de la edición alemana de 1968, primera ed., 1932), Madrid, 1971, pp. 3-58, 157-171.

<sup>22</sup> *Economía y sociedad* (trad. de José Medina Echavarría y otros), México, 1964; tomo I, p. 30.

titución expedida por el poder constituyente, ya que no es suficiente que se reúna una asamblea que apruebe un documento en el cual se establezcan las decisiones políticas fundamentales; sino que además es preciso que esa asamblea sea electa por el voto mayoritario de los gobernados, y, en segundo término, que se manifieste un consenso popular que apoye esas decisiones tomadas por sus representantes, y por ello es que cuando se expidió la primera Constitución escrita en el sentido moderno por el Congreso de Filadelfia, se sometió posteriormente a la aprobación de los pueblos de las antiguas trece colonias, para lograr ese consenso y, por lo tanto, su legitimación.<sup>23</sup>

17. Así, es frecuente la utilización del plebiscito y del referéndum para otorgar legitimación de las constituciones modernas, y para no señalar sino algunos ejemplos recientes, podemos destacar que fueron sometidas a referéndum las constituciones de Cuba (1976), Ecuador (1978), y España (1978). En otras ocasiones la consulta popular puede ser previa a la expedición de la carta fundamental, como ocurrió, por ejemplo, en Italia con la aprobación de la forma republicana el 2 de junio de 1946,<sup>24</sup> y en los países socialistas, particularmente la Unión Soviética, se somete el proyecto a una discusión popular para recibir recomendaciones y propuestas, y así se efectuó en forma muy amplia con el proyecto de la carta fundamental aprobada por el Soviet Supremo el 7 de octubre de 1977.<sup>25</sup>

18. Inclusive, los gobiernos autoritarios recurren al referéndum o al plebiscito para legitimar los textos de los nuevos documentos constitucionales y con independencia de los ejemplos bonapartistas muy conocidos,<sup>26</sup> tenemos un claro ejemplo en la Constitución de la República de Chile expedida por la junta militar "en ejercicio de la potestad constituyente" y sometida a la aprobación popular el 11 de septiembre de 1980 —curiosamente un intento similar del gobierno autoritario uru-

<sup>23</sup> Cfr. entre otros, a los tratadistas argentinos Sánchez Viamonte, Carlos, *El poder constituyente*, Buenos Aires, 1957, pp. 83-229. Para que la Constitución sea legítima es preciso que sea el reflejo de la auténtica voluntad popular, señala Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, tomo III, 2a. ed., Buenos Aires, 1978, pp. 222-225; en el mismo sentido Vannosi, Jorge Reinaldo A., *Teoría constitucional*, I, *Teoría constituyente*, Buenos Aires, 1975, pp. 481-502; Brent Swisher, Carl, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos* (trad. de Hugo Charny), Buenos Aires, tomo I, 1958, pp. 28-41.

<sup>24</sup> Cfr. Bobbio, Norberto, y Pierandrei, Franco, *Introduzione alla Costituzione*, 12a. ed., Bari, 1971, pp. 59-60.

<sup>25</sup> Cfr. L.I. Brezhnev, *On the Draft Constitution of the Union of Soviet Socialist Republics*, Moscú, 1977, pp. 23-31.

<sup>26</sup> Especialmente el de 20 y 21 de diciembre de 1851, que asegura la reelección de Luis Bonaparte como presidente de la República, y el de 21 y 22 de diciembre de 1852, que consagra el Segundo Imperio; cfr. Moreua, Félix, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, 9a. ed., París, 1921, pp. 98-103.

guayo fracasó rotundamente—, lo que nos indica que no basta una consulta popular formal, sino que se requiere previamente de la elección de una auténtica asamblea constituyente.

19. Todavía más frecuente es la utilización del llamado *referéndum constitucional*, tratándose de la reforma de los textos constitucionales que incorporen decisiones políticas fundamentales, como está consagrado en varias cartas contemporáneas, y así se ha previsto ampliamente en la Constitución italiana de 1948,<sup>27</sup> y en la Constitución francesa de 1958, en la cual se otorgan facultades al presidente de la República para convocar la consulta popular, las que utilizó el general De Gaulle en varias ocasiones, la principal el 28 de octubre de 1962 para modificar el modo de elección del presidente de la República mediante sufragio universal, y la última de ellas el 27 de abril de 1969, cuyo resultado desfavorable determinó la dimisión del mismo general De Gaulle.<sup>28</sup>

20. Además de lo anterior, se ha establecido otro instrumento de creación jurídica de democracia semidirecta, que consiste en la *iniciativa popular* tanto de las leyes ordinarias como de la revisión constitucional prevista por el artículo 71 de la Constitución italiana de 1948,<sup>29</sup> y que se ha utilizado con frecuencia en la práctica constitucional de la Federación Suiza.<sup>30</sup>

21. Sobre estas instituciones de democracia semidirecta debemos destacar el tímido intento que se ha iniciado en nuestro país con motivo

<sup>27</sup> Cfr. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Diritto costituzionale. Istituzione di diritto pubblico*, 2a ed., Nápoles, 1981, pp. 413-424.

<sup>28</sup> El artículo 11 de la citada Constitución francesa de 1958 establece que: "El Presidente de la República, a propuesta del gobierno, mientras duren las sesiones o a propuesta conjunta de las dos Asambleas en el *Journal Officiel*, puede someter a *referéndum* todo proyecto de ley relativo a la organización de los poderes públicos o que implique la aprobación de un acuerdo de Comunidad, así como los que encaminan a autorizar la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, incida sobre el funcionamiento de las instituciones", *cfr.* Hariou, André, *Derecho constitucional e instituciones políticas* (trad. de José Antonio González Casanova), Barcelona, 1971, pp. 543-548.

<sup>29</sup> En su parte relativa dicho artículo 71 dispone que: "El pueblo ejercita la iniciativa de las leyes, mediante la propuesta formulada cuando menos por cincuenta mil electores a través de un proyecto redactado en artículos." Este precepto fue reglamentado por la ley de 25 de mayo de 1970, núm. 352; *cfr.* Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Diritto costituzionale*, *cit. supra* nota 27, pp. 412-413.

<sup>30</sup> Los artículos 120 y 121 de la Constitución suiza vigente de 29 de mayo de 1874 establecen la posibilidad de que, tanto la revisión total como la parcial de las disposiciones constitucionales, puedan efectuarse por la vía de la iniciativa popular (*Volksbegehren*), a través de una petición suscrita cuando menos por cincuenta mil ciudadanos con derecho a voto, la que en el caso de modificaciones parciales puede estar elaborada en términos generales o en forma de proyecto redactado en todas sus partes; sobre la eficacia de esta institución, *cfr.* Spota, Alberto Antonio, *Democracia directa o semidirecta en Suiza (El Landsgemeinde, el referéndum, la iniciativa popular o Volksbegehren)*, Buenos Aires, 1971, especialmente pp. 93-94; Hariou, André, *Derecho constitucional*, *cit. supra* nota 28, pp. 485-487.

de la reforma constitucional de diciembre de 1977, que adicionó la fracción VI del artículo 73 de la carta federal en relación con el gobierno del Distrito Federal, con la disposición según la cual los ordenamientos legales y los reglamentos que en la ley de la materia se determinen *serán sometidos a referéndum y podrán ser objeto de iniciativa popular*, conforme al procedimiento que la misma señale,<sup>31</sup> precepto reglamentado por los artículos 53 a 59 de la Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal promulgada el 27 de diciembre de 1978.<sup>32</sup>

22. Pero al mismo tiempo que se observa esta tendencia hacia la implantación de instrumentos de democracia semidirecta para la creación de disposiciones legislativas, incluyendo las de carácter constitucional, por otra parte y contemporáneamente se advierte la corriente contraria, cada vez más acentuada, de limitar las facultades legislativas de los órganos parlamentarios, para conferirlas al departamento ejecutivo, fenómeno que se observa también en los países de tradición parlamentaria, inclusive en Inglaterra, cuna del sistema.

23. En efecto, desde la primera posguerra (y la situación se ha incrementado en la segunda) despertó la preocupación de los grupos políticos británicos la creciente delegación de facultades legislativas del Parlamento en beneficio del gobierno, por lo que se integró por el Lord Canciller de la Gran Bretaña una Comisión Especial para el estudio de las facultades ministeriales, la cual inició sus actividades en noviembre de 1929, y rindió su dictamen el 17 de marzo de 1932, considerando que era inevitable dicha delegación de facultades legislativas, pero que debía racionalizarse.<sup>33</sup>

23A. En general se advierte en nuestra época un movimiento incontenible para fortalecer al ejecutivo en detrimento del organismo legislativo, en virtud de que los nuevos tipos de Estado, social de derecho y socialista, implican necesariamente el crecimiento constante del gobierno y de la administración, que son los que poseen los instrumentos técnicos y materiales para el desarrollo de las actividades de justicia so-

<sup>31</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, "La reforma política mexicana de 1977", en su libro *Estudios constitucionales*, México, 1980, pp. 379-382.

<sup>32</sup> El citado artículo 53 hace la distinción entre el referéndum y la iniciativa popular establecidos en la reforma de diciembre de 1977 al artículo 73, fracción VI, base 2a. de la carta federal: "El referéndum es un método de integración directa de la voluntad de los ciudadanos del Distrito Federal en la formación, modificación o abrogación de ordenamientos legales y reglamentos relativos al Distrito Federal. La iniciativa popular es un método de participación directa de los ciudadanos del Distrito Federal para proponer la formación, modificación o derogación de ordenamientos legales y reglamentos relativos al Distrito Federal..."

<sup>33</sup> Este dictamen intitulado "Informe sobre la Comisión especial de poderes ministeriales" se transcribe en su traducción al castellano en la obra del tratadista argentino, Blendel, Rodolfo, *Introducción al estudio del derecho público anglosajón*, Buenos Aires, 1947, pp. 159-309.

cial, y por ello el constitucionalista y politólogo francés Maurice Duverger afirmó en su significativo y magnífico libro *La monarquía republicana* que los gobiernos contemporáneos tienden a concentrarse en la persona de un presidente o jefe de gobierno, quien conduce la política nacional e internacional; pero que a diferencia de los monarcas autoritarios del pasado, son designados popularmente en forma directa o indirecta, y se encuentran limitados tanto en el tiempo de su encargo como por otros órganos del poder, así como por factores políticos, económicos, tecnocráticos y sociales.<sup>34</sup>

23B. Así, mientras por un lado se amplía a través del referéndum y la iniciativa popular la participación de los gobernados en la creación de disposiciones legislativas sobre cuestiones esenciales —o que en un determinado momento se consideran como tales—, en la actividad legislativa permanente los representantes de los propios gobernados en los parlamentos delegan sus facultades de creación normativa a los gobiernos, los que por otra parte son los que presentan la mayor parte de las iniciativas legislativas tratándose de las materias que conservan los propios parlamentos.<sup>35</sup>

24. En nuestro país, en el cual, como ocurre con el resto de los ordenamientos latinoamericanos, existe una tradición de un ejecutivo fuerte y de un legislativo débil;<sup>36</sup> se observa claramente la concentración de facultades legislativas en el Ejecutivo federal, pues además de algunas que le atribuye directamente la misma Constitución en aspectos de salubridad general (artículo 73, fracción VI, bases 1a. a 4a.) y particularmente con la de expedir reglamentos (artículo 89, fracción 1), el presidente de la República puede obtener delegación de facultades legislativas en dos hipótesis, según el artículo 49 de la misma carta federal; en primer término, en el supuesto del artículo 131, segundo párrafo, de la misma ley suprema, para regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional y para realizar cualquier otro propósito en beneficio del país, y que en la práctica se ha

<sup>34</sup> *La monarchie republicaine, ou comment les démocraties se donnent des rois*, París, 1974, pp. 45-98.

<sup>35</sup> Debido a este fenómeno el tratadista norteamericano McGregor Burns, James, *Gobierno presidencial* (trad. de Rafael R. Quijano), México, 1967, pp. 416-417, sostiene: "Si los siglos XVI y XVII se caracterizaban en el mundo occidental por el gobierno de los monarcas con poder centralizado; y si el siglo XVIII fue la gran época de las asambleas populares y de las legislaturas, y si el siglo XIX y principios del XX constituyeron una etapa de formación de partidos, ¿es posible que estemos ahora en una época en todo el mundo, de gobierno ejecutivo?..."

<sup>36</sup> Cfr. Valencia Carmona, Salvador, "Las tendencias constitucionales del ejecutivo latinoamericano", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 31-32, enero-agosto de 1978, pp. 133-156, y el libro del mismo autor *Poder Ejecutivo latinoamericano*, México, 1979.

otorgado anualmente desde su establecimiento en 1951, y, en segundo lugar, en el caso de facultades extraordinarias, que de acuerdo con el artículo 29 constitucional, sólo se pueden conferir en las situaciones de emergencia, como las que se produjeron durante la Segunda Guerra Mundial en la que participó nuestro país.<sup>37</sup>

25. A lo anterior debe agregarse que a través del derecho de iniciativa que otorga al mismo presidente el artículo 71, fracción I, de la Constitución federal, el mismo ha presentado un porcentaje abrumadoramente mayoritario de los proyectos de ley aprobados por el Congreso sin modificaciones sustanciales<sup>38</sup> (fenómeno que se presenta también en aquellos países en los cuales el gobierno cuenta con una mayoría de partidarios en el parlamento), incluyendo las numerosas reformas al texto de la carta federal de 1917 y que han superado generosamente las doscientas.<sup>39</sup>

#### IV. ALGUNOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS ORIENTADOS PARA LOGRAR EL DESARROLLO DE LOS POSTULADOS DEMOCRÁTICOS

26. En relación con el segundo aspecto que podemos aislar sólo para efectos de estudio, las normas jurídicas, y en especial las consagradas en los documentos constitucionales, sirven de cauce para la implantación de los valores políticos, sociales y económicos de la democracia moderna.

27. Como sería imposible hacer un repaso de los instrumentos que el propio constitucionalismo moderno ha establecido para lograr que esos valores supremos se realicen y se desarrollen en la realidad, haremos una descripción sumaria de algunos de ellos, sólo como un ejemplo para demostrar el importante papel que desempeña el derecho en las sociedades contemporáneas y que no siempre se le reconoce en su verdadera extensión.

28. En primer lugar se han perfeccionado los instrumentos tradicionales establecidos para la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana reconocidos en las mismas cartas fundamentales, tales como el *habeas corpus*,<sup>40</sup> dirigido a la protección de la libertad perso-

<sup>37</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 2a. ed., México, 1979, pp. 99-109.

<sup>38</sup> Cfr. González Casanova, Pablo, *La democracia en México*, 3a. ed., México, 1969, pp. 29-33.

<sup>39</sup> Cfr. Valadés, Diego, "Problemas de la reforma constitucional en el sistema mexicano", en el volumen colectivo *Cambios constitucionales*, México, 1977, pp. 191-209, id. "La Constitución reformada", en la obra *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 2a. ed., México, 1979, tomo XII, pp. 13-191.

<sup>40</sup> La bibliografía sobre el *habeas corpus* angloamericano es muy amplia, por lo que nos limitamos a algunos estudios en relación con los Estados Unidos. "Develop-

nal, o el derecho de amparo en los ordenamientos latinoamericanos, como una aportación de nuestro país a dicha protección,<sup>41</sup> y se han creado otros para extender dicha protección a un ámbito más amplio, como ocurre con la institución de origen escandinavo del *Ombudsman* o las acciones procesales colectivas para hacer efectivos los derechos de los grupos sociales (*class actions*).

29. En segundo lugar resulta conveniente hacer referencia, así sea superficial, a las transformaciones que ha sufrido el viejo principio de la división de poderes, que no ha perdido su validez en cuanto su propósito esencial de evitar la concentración del poder público en un órgano o en un sector reducido de la comunidad política.<sup>42</sup>

30. También resulta útil describir de manera sucinta la creciente tendencia, que puede considerarse irreversible no obstante las acaloradas controversias que sigue produciendo, de someter la interpretación de las disposiciones constitucionales a la apreciación de tribunales especializados, es decir, a la jurisdicción constitucional, que ha tenido un desarrollo excepcional en esta segunda posguerra, inclusive en algunos países de América Latina.<sup>43</sup>

31. Finalmente, y para reducir nuestro examen a los aspectos más significativos, es preciso hacer mención de la función que desarrollan los partidos políticos (reconocidos actualmente como instituciones de carácter constitucional), en la realización de los principios de la democracia moderna.<sup>44</sup>

ments in the Law, Federal *habeas corpus*", exhaustivo comentario en *Harvard Law Review*, marzo de 1970, pp. 1040-1280; para otros países angloamericanos, Sharpe, R. J., *The Law of "habeas corpus"*, Oxford, 1976; y para el ámbito latinoamericano, García Belaúnde, Domingo. *El habeas corpus en el Perú*, Lima, 1979; y Sagüés, Néstor, P., *Habeas corpus*, Buenos Aires, 1981.

<sup>41</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo en Latinoamérica", en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1977, México, 1978, pp. 101-138; *id.* "El juicio de amparo latinoamericano", en la obra colectiva *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vázquez del Mercado*, México 1982, pp. 193-245.

<sup>42</sup> El distinguido constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez ("La crisis de la división de poderes", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núms. 35-36, julio-diciembre de 1947, p. 153) considera: "Que por la naturaleza misma de las cosas el poder limite al poder es la fórmula sencilla y genial que admite aplicarse por igual al mecanismo ideado por el pensador francés (barón de Montesquieu) que a cualquiera otro que invente el hombre en su anhelo nunca completamente satisfecho, de impedir el abuso del poder..."; Fix-Zamudio, Héctor, *El sistema presidencial y la división de poderes cit. supra* nota 36, pp. 2599-263.

<sup>43</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica", en *Anuario Jurídico*, México, IX, 1982, pp. 379-417; *id.* *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, 1980, pp. 135-156.

<sup>44</sup> Por lo que se refiere a Latinoamérica, *cfr.* Ruiz Massieu, José Francisco, *Normación constitucional de los partidos políticos en América Latina*, México, 1974, y Montaña, Jorge, *Partidos y política en América Latina*, México, 1975.

## V. LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS

32. Desde los inicios del constitucionalismo moderno se reconoció el valor esencial de los derechos de los gobernados, en un principio exclusivamente en su ámbito individual —las llamadas garantías individuales— y se concretaron en las declaraciones clásicas de derechos, la francesa —con alcance universal— del Hombre y del Ciudadano de 1789;<sup>45</sup> las de las constituciones de los Estados americanos,<sup>46</sup> y posteriormente en las primeras diez enmiendas de la Constitución Federal de los Estados Unidos.<sup>47</sup>

33. Sin embargo, la concepción individualista de tales declaraciones, dirigidas exclusivamente al ámbito de la libertad personal frente a las autoridades públicas, tuvieron una aplicación muy restringida y en ocasiones puramente declamatoria, salvo algunos aspectos reducidos a la libertad personal protegida por el tradicional *habeas corpus*, especialmente los países angloamericanos,<sup>48</sup> y algunos otros derechos individuales que lograron su protección desde la segunda mitad del siglo pasado en nuestro país a través del juicio de amparo establecido definitivamente en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857, y que tuvo repercusión en algunos ordenamientos centroamericanos.<sup>49</sup>

34. La situación anterior provocó una actitud de escepticismo hacia la eficacia y el alcance práctico de los derechos humanos consagrados en las constituciones de democracia clásica, y desde sus comienzos el pensamiento marxista, incluyendo a su fundador, hizo una crítica de tales declaraciones que estimó como puramente formales y establecidas en interés de las clases dominantes de la sociedad burguesa.<sup>50</sup>

35. Sin embargo, podemos observar una transformación esencial tanto en la concepción y alcance de los derechos humanos como en los instrumentos jurídicos de protección, la que comenzó en la primera posguerra y correspondió a nuestra Constitución Federal de 1917 iniciar

<sup>45</sup> Cfr. entre otros Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, México, 1956.

<sup>46</sup> Cfr. el clásico estudio comparativo de Jellinek, Jorge, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* (trad. de Adolfo Posada), Madrid, 1901, en el cual confronta la declaración francesa de 1789 con las declaraciones contenidas en las constituciones locales de los Estados Unidos durante la guerra de independencia; Perry, Richard L., y John C. Cooper, *Sources of our liberties*, Nueva York, pp. 301-386.

<sup>47</sup> Cfr. Perry, Richard L., y John C. Cooper, *supra cit.* nota 46. pp. 418-433.

<sup>48</sup> Cfr. *Supra*, nota 40.

<sup>49</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo en Latinoamérica*, cit. *supra* nota 41, pp. 118-119.

<sup>50</sup> Cfr. Marx, Carlos, "Sobre la cuestión judía", en el volumen *La sagrada familia y otros escritos* (trad. de Wenceslao Roces), México, 1962, p. 2.

este movimiento al consagrar los primeros derechos sociales en beneficio de los grupos marginados de obreros (artículo 123) y campesinos (artículo 27), que anteriormente sólo habían sido regulados por leyes ordinarias,<sup>51</sup> y dicho desarrollo continuó con la Constitución Alemana de Weimar de 11 de agosto de 1919.<sup>52</sup>

36. A partir de entonces y con mayor vigor en la segunda posguerra se observa claramente una evolución muy acelerada en las cartas fundamentales de esta época, dirigida a incorporar al lado de los clásicos derechos individuales frente a las autoridades públicas, los calificados como derechos sociales que toman en cuenta la estructura grupal de la sociedad y protegen en especial a aquellos que se encuentran en situación más desfavorable. Tales derechos implican la intervención activa de los órganos del poder para asegurar su aplicación, pero que también trasciende a los de naturaleza individual.<sup>53</sup>

37. Nos encontramos muy alejados de la idea clásica de las "garantías individuales", puesto que el mismo legislador constituyente reconoce la necesidad de otorgarle una nueva dimensión, y para seguir con nuestro sistema de señalar algunos ejemplos, el que nos parece más preciso es el contenido en el artículo 39 de la Constitución italiana de 1948, en cuya parte conducente se expresa que: "... Es tarea de la República renovar los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".<sup>54</sup>

38. Pero al lado de la convicción que ya hemos señalado, de que no basta una simple declaración jurídica para lograr la eficacia de la tutela de los derechos fundamentales, en virtud del carácter instrumental de las normas jurídicas, sino que se requiere la modificación de los facto-

<sup>51</sup> En relación con el nacimiento y desarrollo de los derechos sociales consagrados en la carta fundamental de 1917, pueden citarse entre otros, los siguientes trabajos: Trueba Urbina, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo*, México, 1971; *id.* *Derecho social mexicano*, México, 1978; Mendieta y Núñez, Lucio, *Derecho social*, 3a. ed., México, 1980; Campillo Sáinz, José, *Los derechos de la persona humana. Los derechos sociales*, México, 1962; Reyes Navares, Salvador, "Apunte histórico sobre los derechos sociales", en la obra *Los derechos sociales del pueblo mexicano*, tomo I, México, 1979, pp. 145-252.

<sup>52</sup> Cfr. Bühler, Ottmar, *La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, trad. de José Rovira Armengol, Barcelona, 1931, pp. 121-150.

<sup>53</sup> Cfr. un panorama de los derechos sociales, comprendidos dentro de lo que el autor califica de "libertad social", Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed. Buenos Aires, tomo V, 1979, pp. 387-404.

<sup>54</sup> Cfr. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Diritto costituzionale. cit. supra* nota 29, pp. 740-744.

res sociales, políticos y económicos (podemos agregar también los de carácter cultural); las mismas constituciones contemporáneas han incorporado instrumentos jurídicos, que con la colaboración de los factores señalados, están dirigidos a tutelar y lograr la realización de los propios derechos fundamentales.<sup>55</sup>

39. Este aspecto de los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos es uno de los más dinámicos del derecho constitucional de nuestra época, y podemos distinguir dos sectores, uno de carácter procesal, calificado con una frase afortunada del distinguido jurista italiano Mauro Cappelletti como "jurisdicción constitucional de la libertad",<sup>56</sup> y el segundo formado por otros medios jurídicos.

40. Dentro de la citada jurisdicción constitucional de libertad es posible señalar varios instrumentos procesales que están dirigidos específicamente a la tutela de los derechos fundamentales por su tramitación breve y sencilla y por el carácter reparador de sus efectos, y dentro de ellos quedan comprendidos el *habeas corpus* angloamericano; el *derecho de amparo* iberoamericano; los recursos constitucionales de varios países europeos; la revisión judicial del derecho estadounidense, etcétera.<sup>57</sup>

41. También podemos incorporar a los anteriores algunos medios procesales que no están conformados para la tutela de los derechos humanos pero que funcionan en esta dirección cuando no existen los de carácter especial, tales como los tribunales administrativos —el Consejo de Estado francés es el ejemplo más significativo—<sup>58</sup> o también los procedimientos para exigir la responsabilidad política y penal de los funcionarios de alta jerarquía que han infringido los citados derechos humanos.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos", en el libro colectivo *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, 1974, pp. 169-176.

<sup>56</sup> *La jurisdicción constitucional de la libertad* (trad. de Héctor Fix-Zamudio), México, 1961; Cascajo Castro, José Luis, "La jurisdicción constitucional de la libertad", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 199, 1975, pp. 149-198.

<sup>57</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio procesal comparativo*, cit. supra nota 55, pp. 173-186.

<sup>58</sup> La bibliografía es amplísima, por lo que nos limitamos a señalar dos trabajos en los cuales se señala específicamente la función tutelar del Consejo de Estado en la protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, Batailler, Francine, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, París, 1966; Franck, Claude, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil Constitutionnel et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, París, 1974.

<sup>59</sup> Estos procedimientos son considerados como medios represivos de la defensa de la carta fundamental; cfr. Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, Madrid, 1934, p. 126, quien los define como "Todo aquel conjunto de responsabilidades, desde las más altas que la Constitución o una ley constitucional imponen al jefe del Estado, a los ministros y altos funcionarios, las que fija la ley de organización judicial y, por fin, el código penal contra todos los atentados constitucionales".

42. Pero al lado de los medios de carácter procesal que se plantean ante los tribunales, especializados o no en materias constitucionales, se han creado otros instrumentos jurídicos, algunos de ellos de una inmensa repercusión, en especial la institución de origen escandinavo conocida con el nombre de *Ombudsman*, y que brevemente puede describirse como el funcionario designado por el Parlamento (comisionado parlamentario) o por el gobierno (*Executive Ombudsman*), que tiene como función esencial la de recibir y tramitar de manera informal las reclamaciones de los afectados por la actividad administrativa, y como resultado de esta investigación formular recomendaciones no obligatorias para las autoridades respectivas, con el deber de rendir informes periódicos al órgano del poder que lo ha designado —respecto del cual conserva autonomía— sobre la labor realizada y sugiriendo las reformas administrativas y legales necesarias para perfeccionar la propia actividad administrativa,<sup>60</sup> y su éxito ha sido tan espectacular que se ha extendido con diversas denominaciones en numerosos ordenamientos contemporáneos, inclusive pertenecientes a diversas familias jurídicas, por lo que ha sido calificada sin exageración como "institución universal",<sup>61</sup> y tiene su equivalente en la *Procuratura*, que según el modelo soviético funciona en los diversos ordenamientos de los países socialistas, y que también posee como función esencial recibir y tramitar las quejas de los afectados por autoridades y organizaciones sociales y proponer soluciones inmediatas.<sup>62</sup>

43. Pero además de las anteriores, existen dos sectores de gran importancia en la vida moderna en la cual se han introducido instrumentos jurídicos de protección: el relativo a la tutela de los débiles

Por lo que se refiere al ordenamiento mexicano, *cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "Las garantías constitucionales en el derecho mexicano", en *Anuario Jurídico*, México, III-IV, 1976-1977, pp. 71-88.

<sup>60</sup> La bibliografía sobre esta institución es impresionante, por lo que nos limitamos a señalar cuatro obras comparativas que contienen una amplia información, Rowat, Donald C. *El Ombudsman* (trad. de Eduardo L. Suárez), México, 1973; Gil Robles y Gil Delgado, Álvaro, *El control parlamentario de la administración (El Ombudsman)*, 2a. ed., Madrid, 1981; Mortari, Constantino y otros, *L'Ombudsman (il difensore civico)*, Torino, 1974; Stacey, Frank, *Ombudsman compared*, Oxford, 1978; así como nuestro trabajo, Fix-Zamudio, Héctor. "Reflexiones comparativas sobre el *Ombudsman*", en *Memoria de El Colegio Nacional, 1979*, México, 1980, pp. 99-148.

<sup>61</sup> *Cfr.* Legrand, André, "Une institution universelle: *L'Ombudsman*", en *Revue internationale de droit comparé*, París, 1973, pp. 851-861.

<sup>62</sup> *Cfr.* sobre las funciones similares entre el *Ombudsman* y la *Procuratura*, Puget, Henri, "Le contrôle de la administration, les systèmes classiques, *l'Ombudsman* et la *Procuratura*", en *Revue internationale de droit comparé*, París, 1965, pp. 5 y ss; Hazard, John N., *Socialisme et humanisme*, París, 1965, pp. 23-24; Boim, Leon, "Ombudsmanship in the Soviet Union", en *American Journal of Comparative Law*, verano de 1974, pp. 510-540.

en el consumo frente a los proveedores —en nuestro país a cargo de la Procuraduría Federal del Consumidor—,<sup>63</sup> y la protección de los gobernados en relación con los efectos de la informática moderna en poder de las autoridades administrativas, y se pueden señalar al respecto a las comisiones y a los comisionados establecidos recientemente en los ordenamientos de Francia<sup>64</sup> y de la República Federal de Alemania,<sup>65</sup> instituciones que no se encuentran tan alejadas del derecho mexicano tomando en cuenta la consagración del derecho a la información en el artículo 6º de la Constitución federal, por las reformas de diciembre de 1977.<sup>66</sup>

## VI. LA DIVISIÓN DE LAS FUNCIONES

44. El viejo principio de la división tripartita de los poderes, tal como fue expuesto por los pensadores políticos John Locke<sup>67</sup> y Carlos María de Secondat, Barón de Montesquieu,<sup>68</sup> que constituyó un dogma del constitucionalismo clásico del siglo XIX (y que todavía se proclama en su formulación tradicional en el artículo 49 de nuestra Constitución Federal),<sup>69</sup> ha sufrido una completa transformación en las cartas

<sup>63</sup> Cfr. Barrera Graf, Jorge, "La ley de protección al consumidor", y Codinach, María de Lourdes, "Protección al consumidor", ambas en *Jurídica*, núms. 8 y 10, julio de 1976 y julio de 1977, 194-202; Ovalle Favela, José, "Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en México", en *Anuario Jurídico*, V. 1978, México, 1979, pp. 37-54, reproducido posteriormente en su libro *Estudios de derecho procesal*, México, 1981, pp. 253-270.

<sup>64</sup> Cfr. Lions, Monique, "La ley francesa núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, relativa a la informática, los ficheros y las libertades", en *Gaceta informativa de legislación y jurisprudencia*, México, núm. 27, mayo-agosto de 1979, pp. 431-438; Lemasurier, Jeanne, "Vers une démocratie administrative; du refus d'informer au droit d'être informé", en *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, París, septiembre-octubre de 1980, pp. 1239-1269.

<sup>65</sup> Cfr. Berg, Wilfried y Kimminich, Otto, con el mismo título "La legge Federale sulla Protezione dei Dati" (Das "Bundesdatenschutzgesetz"), ambos en la revista *Amministrazione*, Milán, octubre-diciembre de 1978 y julio-diciembre de 1979, pp. 396-409 y 180-191, respectivamente.

<sup>66</sup> Este precepto es muy escueto, ya que la parte final del citado artículo 6º, de la carta federal sobre la libertad de la manifestación de las ideas dispone: "el derecho a la información será garantizado por el Estado".

<sup>67</sup> *Ensayo sobre el gobierno civil* (trad. de José Carner), México, 1941, cap. XII "Los poderes Legislativo, Ejecutivo y Federativo de la República", pp. 94-96.

<sup>68</sup> *El espíritu de las leyes* (trad. de Nicolás Estevanez y Matilde Huici), Buenos Aires, 1951, libro XI, cap. VI, "De la Constitución de Inglaterra", pp. 202-212; cf. Vidal, Enrico, *Saggio sul Montesquieu con particolari riguardo alle su concessione all'uomo, dell diritto e della politica*, Milano, 1950, pp. 178 y ss; Eisenmann, Charles, "El espíritu de las leyes y la separación de poderes", trad. española en *Anuario Jurídico*, 2, 1975, México, 1977, pp. 429-450.

<sup>69</sup> Dicho precepto dispone en su parte conducente: "El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial..." Cfr.

fundamentales de nuestra época, por lo que en su concepción original ha sido calificado como "obsoleto" por el insigne constitucionalista alemán Karl Loewenstein,<sup>70</sup> y es rechazado categóricamente por los estudiosos del derecho socialista, los cuales, por el contrario, pregonan la concentración del poder en el organismo legislativo (Soviet, Asamblea Popular o Nacional).<sup>71</sup>

45. Sin embargo, lo que se considera superado es su elaboración clásica, pero no el principio mismo, que todavía tiene validez en cuanto significa que debe existir un equilibrio entre los diversos órganos del poder, de tal manera que cada uno de tales órganos sirva de contrapeso a los demás y se evite la concentración del poder en uno de ellos,<sup>72</sup> y lo cierto es que no sólo no ha desaparecido, sino que se ha perfeccionado transformándose en un conjunto de instrumentos jurídicos complejos.

46. El distinguido tratadista español Manuel García-Pelayo afirma certeramente que no puede sostenerse que el mantenimiento y la funcionalidad jurídico-política de la división clásica de los poderes carezca de sentido, sino que simplemente han modificado su orientación, en cuanto tiene la función de contribuir a la racionalidad del Estado democrático introduciendo factores de diferenciación y articulación en el ejercicio del poder político por las fuerzas sociales y obligar a los grupos políticamente dominantes a adoptar el contenido de su voluntad a un sistema de formas y de competencias, objetivando así el ejercicio del poder.<sup>73</sup>

47. Por tanto, si en la actualidad —como lo señalamos anteriormente— el poder se está concentrando de manera inevitable en el ejecutivo, en perjuicio, en especial de las asambleas parlamentarias, es necesario encontrar los instrumentos que impidan que esta concentración se trans-

Fix-Zamudio, Héctor, "Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núms. 58-59, enero-agosto de 1967, pp. 29-103; Manzanilla Schäffer, Víctor, "La teoría de la división de poderes y nuestra Constitución de 1917", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 50, abril-junio de 1963, pp. 359-376.

<sup>70</sup> *Teoría de la Constitución* (trad. de Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona, 1965, pp. 54-57.

<sup>71</sup> Un ejemplo muy preciso de la negación de la tripartición de las funciones está comprendido en el estudio del jurista búlgaro Radew, Joroslav, intitulado "Montesquieu und seine Lehre der Teilung des Gewalten" (Montesquieu y su teoría de la división de los poderes), en *Staat und Recht* (Estado y derecho), Berlín, R.D.A., diciembre de 1955, especialmente pp. 929-930.

<sup>72</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El sistema presidencial y la división de poderes en el ordenamiento mexicano", en la obra *La Universidad Nacional y los problemas nacionales*, tomo III, *Política y Estado*, México, 1979, pp. 112-115.

<sup>73</sup> *El Estado social y sus implicaciones*, cit. supra nota 17, pp. 60-61.

forme en absoluta e ilimitada y de ahí la importancia de los controles constitucionales (señalados en el libro clásico del notable jurista italiano Serio Geleotti),<sup>74</sup> que en la actualidad pueden asumir las diversas modalidades y matices, como aquellos que el propio Loewenstein califica de controles intraórganos o autocontroles e interórganos o controles externos.<sup>75</sup>

48. En virtud de los cambios mencionados, recientemente se han señalado nuevos criterios de distribución del poder y así el mismo profesor García-Pelayo considera digna de mención la teoría del jurista alemán W. Stefani,<sup>76</sup> quien distingue las siguientes categorías: a) división temporal, o sea, la duración limitada y la rotación en el ejercicio del poder público; c) la división vertical o federativa, que se refiere a la distribución del poder entre la instancia central y las regionales o locales; d) división decisoria —en esto coincide con Loewenstein—, y e) división social de poderes entre los estratos o grupos de la sociedad.<sup>77</sup>

## VII. EL ESTADO DE JUSTICIA Y LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

49. En la primera posguerra, el conocido comparatista Boris Markine-Guetzevitch señaló con agudeza el surgimiento de nuevos instrumentos jurídicos de control de los órganos del poder, que unidos a los que se habían venido estableciendo en los sistemas constitucionales clásicos, conformaban lo que denominó certeramente como “racionalización del poder”, frase que tuvo una gran aceptación en su época.<sup>78</sup>

50. En esta segunda posguerra esa racionalización ya no es suficiente, debido a que las cartas constitucionales que surgieron o se modificaron en los dolorosos y convulsionados años que siguieron a la terminación de la Segunda Guerra Mundial introdujeron numerosos principios programáticos que requieren para su aplicación de una integración de los mismos por organismos legislativos y administrativos, pero especialmente por los tribunales, todo lo cual exige de una sensibilidad

<sup>74</sup> *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milán, 1963; *id.* “Profilo giuridico dei controlli costituzionali”, en la obra colectiva *Studi in onore di Guido Zanobini*, Milán, vol. III, 1962, pp. 319-381.

<sup>75</sup> *Teoría de la Constitución*, *cit. supra* nota 70, pp. 232-235.

<sup>76</sup> La obra de Stefani citada por García-Pelayo se intitula “Gewaltenteilung in Demokratisch-pluralistischen Rechtsstaat” (La división de los poderes de un Estado de derecho democrático y pluralista), y aparece en la obra editada por Rauch, H., *Zur heitigen problematik der Gewaltentrennung* (Sobre la problemática actual de la separación de los poderes), Darmstadt, 1969, pp. 329 y ss.

<sup>77</sup> *El Estado social y sus implicaciones*, *cit. supra* nota 17, p. 60.

<sup>78</sup> *Las nuevas constituciones del mundo*, Madrid, 1931, pp. 56-57; *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Paris, 1931, pp. VII-VIII.

jurídico-política que rebasa a una racionalización estricta, ya que está impregnada de una vigorosa dosis axiológica relacionada con el valor supremo de la justicia.<sup>79</sup>

51. Lo anterior nos lleva al concepto que deriva de las transformaciones del Estado contemporáneo en lo que podemos calificar como *Estado de Justicia*, que ha sido descrito de diversas maneras, pero que desde el punto de vista normativo ha sido definido de manera significativa por el tratadista italiano Giacomo Perticone, como el Estado de derecho en el cual la mera legalidad puede ser sustituida o acompañada de consideraciones sobre el contenido, apoyada no en los valores del individuo aislado, sino en los de la persona asociada, los cuales pueden constituirse en un orden basado en la solidaridad.<sup>80</sup>

52. El destacado tratadista italiano Mauro Cappelletti, uno de los juristas que ha profundizado con mayor agudeza en la difícil problemática de la justicia constitucional de nuestra época, ha señalado cómo los jueces que deben aplicar las normas constitucionales poseen un campo de interpretación muy amplio, ya que se encuentran sólo vinculados por los fines señalados en los principios programáticos de las constituciones contemporáneas, lo que convierte a dichos jueces en integradores del amplio campo cuyo contorno, a veces muy impreciso, es señalado por las normas de la ley suprema,<sup>81</sup> y esto ha determinado también que la doctrina de nuestro tiempo señale la especificidad de la interpretación constitucional, que requiere de una gran sensibilidad, además de la serenidad y del equilibrio de los jueces encargados de realizarla.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El juez ante la norma constitucional", en *Revista de la facultad de Derecho de México*, núm. 57, pp. 67 y ss; *id.* *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, 1968, pp. 11-12.

<sup>80</sup> "Stato di Diritto e Stato di Giustizia", en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milán, enero-febrero de 1963, p. 129.

<sup>81</sup> "Il controllo di costituzionalità delle legge nel quadro delle funzione dello Stato", en la obra colectiva *Studi in onore di Guido Zanobini*, Milán, vol. III, 1962, pp. 112 y ss.

<sup>82</sup> El tema de la interpretación constitucional ha despertado recientemente la preocupación de los juristas latinoamericanos y entre los principales trabajos debemos señalar los de los tratadistas Linares Quintana, Segundo V., "La interpretación constitucional" en *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 2 de febrero de 1960, pp. 1-15, y en su libro *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, 1978, tomo III, pp. 615-725; Linares, Juan Francisco, "Control de constitucionalidad mediante interpretación", en *Jurisprudencia argentina*, Buenos Aires, 18 de abril de 1961, pp. 1-3; Romero, César Enrique, "La Corte Suprema y la interpretación constitucional", en *La Ley*, Buenos Aires, 22 de junio de 1963, pp. 1-5; González Flores, Enrique, "La interpretación de la Constitución", en *Lecturas jurídicas*, Chihuahua, México, julio-septiembre de 1962, pp. 35-42; Fix-Zamudio, Héctor, "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en el volumen colectivo *Comunicaciones mexicanas*

53. Cualquiera que sea el sistema adoptado en los ordenamientos constitucionales, es decir ya sea denominado "austriaco" por haber surgido en la carta federal austriaca de 1920, que se apoya en la existencia de tribunales constitucionales especializados (control concentrado), y que se están imponiendo paulatinamente,<sup>83</sup> o bien el calificado como "americano", por su origen en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, y que se apoya en las facultades de los jueces de todas las categorías para desaplicar las disposiciones legales que se consideren inconstitucionales en un proceso concreto (control difuso), y que ha predominado con algunas modalidades en nuestro continente desde Canadá hasta Argentina;<sup>84</sup> de todas maneras los jueces que interpretan las normas constitucionales las van adaptando a los cambios cada vez más acelerados que experimentan las sociedades de nuestra época, lo que observamos muy claramente en relación con la citada Constitución norteamericana, surgida en una época totalmente diversa y para una sociedad distinta, pero que puede aplicarse todavía no obstante que ha experimentado escasas reformas,<sup>85</sup> debido a la labor de los tribunales y particularmente de la Suprema Corte Federal, bastante conocida para describirla en este momento.<sup>86</sup>

*al VIII Congreso Mexicano de Derecho Comparado*, México, 1971, pp. 271-309, reproducido en *Comparative Juridical Review*, Coral Gables, Florida, vol. 11, 1974, pp. 65-104; y traducido al inglés en la misma revista con el título "Some aspects of Constitutional interpretation in Mexico's Legal system", pp. 105-140; Carpizo, Jorge, "La interpretación constitucional en México", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 12, septiembre-diciembre de 1971, pp. 381-402. Debido a la reciente preocupación de la doctrina mexicana sobre esta importante materia, se discutió este tema en el Primer Congreso Mexicano de Derecho Constitucional efectuado en la ciudad de Guadalajara en noviembre de 1973, publicándose los trabajos presentados en el volumen editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en la inteligencia de que la ponencia general fue elaborada por Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio, con el título de "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", y aparece en la obra citada, *La interpretación constitucional*, México, 1975, pp. 9158; en época reciente también puede consultarse el estudio del tratadista brasileño Oliveiro Baracho, José Alfredo de, "Hermenéutica constitucional", en *Revista de Información Legislativa*, Brasilia, Senado Federal, enero-marzo de 1977, pp. 113-144; y reproducido en *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Brasil, mayo de 1977, pp. 175-216.

<sup>83</sup> Cfr. entre otros, Frisch Philipp, Walter, "La forma en que se plasmó la 'teoría pura del derecho' de Hans Kelsen en la jurisdicción constitucional austriaca, creada por él", en *Jurídica*, México, julio de 1970, pp. 125-151.

<sup>84</sup> Cfr. Eder, Phanor J., "Judicial Review in Latin America", en *Ohio State Law Journal*, otoño de 1960, pp. 570-615; Grant, J.A.C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, 1963, pp. 29-47; Rosenn, Keith S., "Judicial Review in Latin America", en *Ohio State Law Journal*, 1974, pp. 785-819.

<sup>85</sup> Hasta el momento sólo se le han incorporado 26 reformas, calificadas como "enmiendas"; cfr. Corwin, Edward S., *The Constitution and what it means today*, Nueva York, 1964.

<sup>86</sup> Un buen resumen panorámico de la labor jurisprudencial de la Corte Supre-

54. Esta actividad esencial de los tribunales contemporáneos ha determinado que los textos constitucionales se vean complementados y aplicados a una realidad cambiante por la jurisprudencia judicial, de manera que resulta engañoso atenerse a las disposiciones fundamentales escritas para conocer el alcance de las constituciones y es precisamente esta jurisprudencia constitucional uno de los instrumentos jurídicos más importantes para realizar y perfeccionar los principios democráticos contenidos en las leyes fundamentales. Para no citar sino los ejemplos más evidentes en nuestra época, basta señalar la actividad tutelar de los derechos humanos realizada por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, particularmente durante el brillante periodo en que estuvo presidida por el gran magistrado Earl Warren (1953-1968),<sup>87</sup> así como la jurisprudencia en esta materia establecida por los tribunales constitucionales de Austria, Italia y la República Federal de Alemania.<sup>88</sup>

55. Por eso compartimos la penetrante observación del mismo tratadista Mauro Cappelletti, cuando en un trabajo reciente sostiene que esta actividad protectora de los derechos humanos realizada por los citados tribunales constitucionales, la que debe considerarse similar, como ya lo expresamos, a la efectuada por la Corte Suprema de los Estados Unidos (en especial durante la presidencia de Earl Warren), demuestra que posiblemente por primera vez en la historia humana jueces de varios países, enfrentándose a problemas significativos y controvertidos de carácter social, moral, económico, político y religioso, han decidido valientemente que constituye su deber descubrir en la penumbra de las constituciones los juicios de valor y los principios de estas materias.<sup>89</sup>

#### VIII. LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

56. Se trata de una materia muy explorada por los constitucionalistas y los cultivadores de la ciencia política de nuestra época, por lo

ma Federal de los Estados Unidos, *cfr.* Boechat Rodrigues, Lêda, *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericanos* (trad. de Justo Pastor Benítez), México, 1965.

<sup>87</sup> *Cfr.* Cadoux, Charles, "Le pouvoir judiciaire aux États Unis depuis l'élection de Richard Nixon. Bilan d'une évolution 1968-1976". en *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, enero-febrero de 1978, pp. 41-106.

<sup>88</sup> *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, *cit.*, *supra* nota 43, pp. 45-86.

<sup>89</sup> "El formidable problema' del control judicial y la contribución del análisis comparado" (trad. de Faustino González), *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 13, enero-febrero de 1980, p. 77.

que no pretendemos resumir estudios abundantes y profundos en estas pocas líneas, sino exclusivamente destacar la trascendencia que dichos partidos han asumido desde el punto normativo, de tal manera que de agrupaciones surgidas al margen de las disposiciones fundamentales, actualmente se han incorporado a las mismas las que regulan su estructura y funcionamiento como organismos esenciales que participan en las decisiones políticas fundamentales.<sup>90</sup>

57. La institucionalización jurídica de los partidos ha producido importantes consecuencias sobre la organización política, la que a su vez ha influido decisivamente en la regulación de los propios partidos y en los sistemas electorales, estrechamente vinculados con los mismos, y por ello se afirma con penetración en el libro clásico de Maurice Duverger, que el desarrollo de los partidos ha transformado profundamente la estructura de los regímenes políticos;<sup>91</sup> pero lo que a veces suele olvidarse es que esta transformación no sólo ha sido en la realidad política, sino también en las disposiciones normativas y por ello no compartimos plenamente la afirmación del propio Duverger en el sentido de que quien conoce el papel de los partidos e ignora el derecho constitucional clásico tiene una visión incompleta pero exacta de los regímenes políticos contemporáneos,<sup>92</sup> ya que ese conocimiento no sólo es incompleto sino también incorrecto, debido a la interdependencia de ambos sectores.

58. Nos apoyamos en la profusa legislación sobre los partidos políticos, ya que como lo afirma Giovanni Sartori en su magnífico estudio, existen más de cien Estados en los que, al menos sobre el papel, existe algún tipo de disposición legislativa sobre los partidos,<sup>93</sup> y podemos agregar que también respecto a los sistemas electorales que constituyen su complemento indispensable. Pero además de la legislación ordinaria, como hemos señalado —y sobre este tema existe una bibliografía muy amplia—,<sup>94</sup> las constituciones contemporáneas han recogido esta evolución institucional y la han elevado al nivel de las disposiciones fundamentales, en las cuales se expresan los fines, la estructura y las funciones de los propios partidos políticos. Como un simple ejemplo

<sup>90</sup> Esta evolución es calificada por el distinguido constitucionalista italiano Biscaretti di Ruffia, Paolo, "Constitucionalización de los partidos políticos", *Diritto costituzionale. cit., supra* nota 27, pp. 810-812.

<sup>91</sup> *Los partidos políticos* (trad. de Julieta Campos y Enrique González Pedrero), México, 1957, pp. 416-445.

<sup>92</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 446-451.

<sup>93</sup> *Partidos y sistemas de partidos* (trad. Fernando Santos Fontela), Madrid, 1980, tomo I, p. 151.

<sup>94</sup> *Cfr.* La extensa bibliografía citada por Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Diritto costituzionale, cit. supra* nota 27, pp. 805-832.

podemos señalar los preceptos de las Constituciones Italiana de 1948;<sup>95</sup> de la República Federal de Alemania de 1949;<sup>96</sup> de la francesa de 1958;<sup>97</sup> portuguesa de 1976,<sup>98</sup> y española de 1978,<sup>99</sup> así como el proyecto de Constitución Federal Suiza publicado en 1977;<sup>100</sup> a las cuales debemos agregar las más recientes cartas fundamentales de Latinoamérica, de las cuales citaremos sólo algunas, como las de Brasil de 1967, reformada en 1969,<sup>101</sup> Ecuador de 1978<sup>102</sup> y Perú de 1979.<sup>103</sup>

<sup>95</sup> El artículo 49 de dicha Constitución dispone: "Todos los ciudadanos tienen derecho a afiliarse libremente en partidos para colaborar según el método democrático en la terminación de la política nacional".

<sup>96</sup> El artículo 21 de la citada ley fundamental establece: "(1) Los partidos cooperarán en la formación de la voluntad política del pueblo. Su creación será libre. Su organización interna deberá responder a los principios democráticos. Los partidos deberán dar cuenta públicamente de la procedencia de sus recursos. (2) Los partidos que por sus fines o por actitud de sus adherentes tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la inconstitucionalidad decidirá el Tribunal Constitucional Federal. (3) La reglamentación se hará por leyes federales." La Ley Federal sobre los Partidos Políticos (*Parteingesetz*) fue promulgada el 24 de julio de 1967, con varias reformas posteriores.

<sup>97</sup> El artículo 40 de la citada carta francesa dispone: "Los partidos y las agrupaciones políticas concurren a la expresión del sufragio. Se forman y ejercen su actividad libremente. Deben respetar los principios de la soberanía nacional y de la democracia."

<sup>98</sup> El artículo 47 de la Constitución portuguesa, preceptúa: "1. La libertad de asociación comprende el derecho de constituir o participar en asociaciones y partidos políticos y a través de ellos concurrir democráticamente para la formación de la voluntad popular y la organización del poder político. 2. Nadie puede estar inscrito simultáneamente en más de un partido político ni ser privado del ejercicio de cualquier derecho por estar o dejar de estar inscrito en algún partido legalmente constituido. 3. Los partidos políticos no pueden, sin perjuicio de su filosofía o ideología inspiradora de su programa, usar denominaciones que contengan expresiones directamente relacionadas con cualquier religión o iglesia, o bien utilizar emblemas que puedan confundirse con símbolos nacionales o religiosos."

<sup>99</sup> El artículo 6º de la Constitución española, dispone: "Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos."

<sup>100</sup> En este proyecto se propone en el artículo 68: "1. Los partidos políticos contribuyen a formar la opinión y la voluntad del pueblo. 2. Una ley federal puede conceder subsidios y otras prestaciones. 3. Las prestaciones sólo pueden ser otorgadas a un partido político cuando su organización y su actividad sean conformes a los principios de la democracia; si posee un número mínimo de miembros en su Consejo nacional, y rinda cuentas públicamente del origen y de la utilización de sus recursos."

<sup>101</sup> Dicha Constitución federal regula los partidos políticos en el capítulo III del título II (relativo a la declaración de derechos), y está formado por un artículo, el 152, el cual establece: "La organización y el funcionamiento de los partidos políticos, de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, serán regulados en la ley

federal. *Parágrafo 1º.* En la organización de los partidos políticos serán observados los siguientes principios: I. régimen representativo y democrático, basado en la pluralidad de partidos y la garantía de los derechos humanos fundamentales; II. Personalidad jurídica mediante registro de los estatutos; III. Inexistencia de vínculos, de cualquier naturaleza, con la acción de gobiernos, entidades o partidos extranjeros; IV. Ambito nacional, sin perjuicio de las funciones deliberativas de los órganos regionales o municipales. *Parágrafo 2º.* El funcionamiento de los partidos políticos deberá cumplir con los siguientes requisitos: I. Afiliación al partido de, por lo menos diez por ciento de representantes en la Cámara de Diputados o en el Senado Federal, que hubiesen, como fundadores, suscrito sus actas constitutivas; o, II. Apoyo expreso en votos del cinco por ciento del electorado que haya votado en la última elección general para la Cámara de Diputados, distribuidos, por lo menos, en nueve Estados, con un mínimo de tres por ciento en cada uno de ellos; III. Actuación permanente, de acuerdo con el programa aprobado por el Tribunal Superior Electoral; IV. Disciplina partidaria; V. Fiscalización financiera. *Parágrafo 3º.* No tendrá derecho a representación el partido que obtuviere votaciones inferiores a los porcentajes fijados en el parágrafo anterior, salvo si mantuviere en la Cámara de Diputados o en el Senado Federal diputados y senadores en número cuando menos igual al previsto en el inciso I del mismo parágrafo. Si el partido no alcanza el derecho de representación, los electos bajo su lema podrán afiliarse a otro partido o permanecer independientes. *Parágrafo 4º.* La extinción de los partidos políticos podrá darse en la forma y en los casos establecidos en la ley. *Parágrafo 5º.* Perderán el mandato en el Senado Federal, en la Cámara de Diputados, en las Asambleas legislativas y en las Cámaras Municipales, quienes por sus actitudes o por el voto, se opusieren a las directrices legítimamente establecidas por los órganos de dirección partidaria o dejar el partido bajo cuyo lema fueron electos salvo si participaren, como fundadores en un nuevo partido; *Parágrafo 6º.* La pérdida del mandato, en los casos previstos en el parágrafo anterior, será decretada por la justicia electoral, mediante reclamación del partido, pero quedando asegurado el derecho de amplia defensa."

<sup>102</sup> Según los artículos 37 y 38 de la Constitución ecuatoriana: "Únicamente los partidos políticos reconocidos por la ley pueden presentar candidatos para una elección popular. Para intervenir como candidato en toda elección popular, además de los otros requisitos exigidos por la Constitución, se requiere estar afiliado a un partido político... Para que un partido político pueda ser reconocido legalmente e intervenir en la vida política del Estado, debe cumplir los siguientes requisitos: sustentar principios doctrinarios que lo individualicen y un programa de acción política en consonancia con el sistema democrático; contar con el número de afiliados, estar organizado a escala nacional y obtener en las elecciones el cociente electoral, de conformidad con la ley. El partido político que no obtenga por lo menos el cociente señalado por la ley queda disuelto de pleno derecho."

<sup>103</sup> Los artículos 68-71 de la Constitución peruana regulan los principios relativos a los partidos políticos: "Artículo 68. Los partidos políticos expresan el pluralismo democrático. Concurrén a la formación y manifestación de la voluntad popular. Son instrumento fundamental para la participación política de la ciudadanía. La creación y el ejercicio de su actividad son libres, dentro del respeto a la Constitución y la ley. Todos los ciudadanos con capacidad de voto tienen derecho de asociarse en partidos políticos y de participar democráticamente en ellos. Artículo 69. Corresponde a los partidos políticos o alianzas de partidos postular candidatos en cualquier elección popular. Para postular candidatos las agrupaciones no partidarias deben cumplir con los requisitos de ley. Artículo 70. El Estado no da trato preferente a partido político alguno. Proporciona a todos acceso gratuito a los medios de comunicación social de su propiedad, con tendencia a la proporcionalidad resultante de las elecciones parlamentarias inmediatamente anteriores. Artículo 71. Durante las campañas electorales, los partidos políticos inscritos tienen acceso gratuito a los medios de comunicación social propiedad del Estado."

59. En estos preceptos constitucionales y los legislativos que los reglamentan, no sólo se reconoce la importancia de los partidos políticos en la organización y funcionamiento de los poderes públicos, sino que se establecen principios concretos para el debido funcionamiento de los mismos, como son la exigencia de su estructura y fines democráticos, su acceso a los medios de comunicación y el financiamiento de sus actividades. Estas disposiciones no sólo recogen los lineamientos derivados de la realidad política, sino que pretenden encauzar a los propios partidos y evitar las deformaciones que se producen en la práctica, con las tendencias hacia la dirección oligárquica, la manipulación de la opinión pública, el manejo secreto de recursos económicos y, en general, los vicios que conducen a la llamada partidocracia.<sup>104</sup>

60. Es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico se observa esta evolución, pues en tanto que el texto primitivo de nuestra Constitución Federal de 1917 no hacía referencia alguna a los partidos políticos, de acuerdo con el criterio tradicional de considerarlos como organismos privados, pero sin desconocer sus funciones públicas —ya que se regulaban por las leyes electorales—,<sup>105</sup> en las reformas de 1963 y 1974, que introdujeron el sistema calificado como “diputados de partido”, se mencionó de manera indirecta a los propios partidos;<sup>106</sup> pero ya en las modificaciones a la propia carta federal promulgadas en diciembre de 1977, calificadas como “reforma política”, se establece una regulación de los partidos políticos en el artículo 41, precepto que los considera como entidades de interés público; señala sus características y funciones, y establece los principios básicos para que los mismos puedan hacer uso permanente de los medios de comunicación y contar con los elementos mínimos para sus actividades electorales;<sup>107</sup> principios que son desarrollados ampliamente por la Ley Federal de Organizaciones Po-

<sup>104</sup> Estos vicios que son calificados de “partidocracia” por el destacado constitucionalista español Rubio Llorente, Francisco, “Los partidos en el proceso constituyente”, en el volumen colectivo *Las experiencias del proceso político constitucional en México y en España*, México, 1979, pp. 163-183, y se presentan: “cuando las organizaciones partidistas, en un proceso puramente objetivo van perdiendo su carácter instrumental, su naturaleza de medio para la consecución de fines que les son extrínsecos y, absolutizando sus propios fines intrínsecos, anteponen a cualquier otra consideración la conveniencia de la propia organización”, p. 175.

<sup>105</sup> Así, podemos señalar las leyes federales electorales de 1º de julio de 1918; 7 de enero de 1946; 4 de diciembre de 1951, y de 3 de enero de 1973.

<sup>106</sup> Cfr. Moya Palencia, Mario, *La reforma electoral*, México 1964; Madrid Hurtado, Miguel de la, “Reformas a la Constitución Federal en materia de representación”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 50, abril-junio de 1963, pp. 377 y ss.; y reproducido en su libro *Estudios de derecho constitucional*, México, 1977, pp. 145-164.

<sup>107</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, *La reforma política mexicana de 1977*, cit. supra nota 31, pp. 352-360.

líticas y Procesos Electorales promulgada el 28 de diciembre del mismo año de 1977.<sup>108</sup>

61. Todo lo anterior es muy conocido para que nos detengamos en su análisis, ya que nuestro propósito es únicamente destacar la creciente importancia de la regulación jurídica, inclusive al más alto nivel normativo, sobre los partidos políticos, por haberse reconocido la necesidad de encauzar su integración, estructura, finalidades y funcionamiento, ya que la situación política tradicional de plena libertad produjo deformaciones que se han pretendido corregir a través de la legislación, y si bien este propósito no se alcanza por la simple consagración jurídica, esta última se ha influido decisivamente en la propia realidad política.<sup>109</sup>

62. Haremos mención de algunos casos recientes en los cuales ha sido determinante la aplicación de disposiciones jurídicas a la actividad de los partidos políticos y del funcionamiento de los sistemas electorales. Es muy conocida la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, la cual se inició con las resoluciones en los casos *Baker v. Carr* (1962) y *Reynolds v. Sims* (1964), que motivaron la reforma de la legislación electoral de numerosas entidades federativas, en las que se otorgaba mayor número de votos a los distritos rurales más conservadores sobre los de las ciudades, violando el principio de la igualdad y desconociendo el fenómeno de la concentración urbana,<sup>110</sup> y la sentencia pronunciada en el caso *United States v. Nixon* (1974), en la cual la Corte decidió que el entonces presidente Nixon estaba obligado a cumplir con el requerimiento de un juez federal para que entregase varias grabaciones magnetofónicas y documentos relacionados con el proceso penal que se seguía a varios colaboradores del mismo presidente por su intervención en los actos de espionaje de Watergate contra el Partido Demócrata y que determinaron en gran medida la renuncia posterior del mismo Nixon.<sup>111</sup>

63. Podemos mencionar también la significativa facultad que posee el Tribunal Federal Constitucional Alemán para declarar la inconstitucionalidad de un partido político, cuando por sus fines, o por la actitud de sus adherentes, tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia así como poner en peligro la

<sup>108</sup> Se ocupan de los partidos políticos los artículos 19-73.

<sup>109</sup> Cfr. Duverger, Maurice, *Los partidos políticos*, cit. *supra* nota 91, pp. 375-445.

<sup>110</sup> Cfr. Loewenstein, Karl, "La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 133, enero-febrero de 1964, pp. 5-39.

<sup>111</sup> Cfr. Cadoux, Charles, *Le pouvoir judiciaire aux États-Unis*, cit. *supra* nota 87, pp. 41-106.

existencia de la República Federal de Alemania (artículo 21, inciso b), de la ley fundamental y artículos 13, inciso 2, 43 a 46, de la Ley Orgánica del propio Tribunal de 12 de marzo de 1951); atribución que dicho Tribunal ha ejercitado en dos ocasiones, al declarar la inconstitucionalidad del Partido Socialista del Reich, de extrema derecha, por fallo de 23 de octubre de 1952, y del Partido Comunista Alemán (KPD) según sentencia de 17 de octubre de 1956.<sup>112</sup>

64. Un aspecto que no ha sido estudiado en la forma tan amplia como la relativa a los sectores político y jurídico de los partidos políticos se refiere a la regulación normativa de los partidos de oposición, que asume en nuestra época la mayor trascendencia, pues si bien las reformas electorales, y particularmente las que han establecido la representación proporcional, han promovido el funcionamiento de un sistema multipartidista,<sup>113</sup> esta situación no es suficiente para permitir a los sectores minoritarios su intervención en las decisiones tanto políticas como normativas.

65. Recientemente se han elaborado estudios penetrantes sobre los aspectos teóricos de la oposición, y al respecto podemos señalar los trabajos del destacado tratadista español Pedro de Vega intitulado: *Para una teoría política de la oposición*,<sup>114</sup> y el del conocido constitucionista italiano Giuseppe de Vergottini, sobre *La forma de gobierno de oposición garantizada*, que sin desconocer los aspectos políticos, analizan esencialmente el sector normativo del fenómeno.<sup>115</sup> En esta dirección existe un notorio avance en los ordenamientos contemporáneos, por haberse institucionalizado la oposición como una verdadera función constitucional, cuya actividad es necesaria para canalizar la opinión

<sup>112</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, "El Tribunal Federal Constitucional alemán", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, 1962, pp. 124; Ritterspech, Theo; Stella Richter, Mario, y Schuster, Heinz, "La organización y funcionamiento de la Corte Federal en Alemania Occidental" (trad. de Héctor Fix-Zamudio), en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 31-32, julio-diciembre de 1958, p. 294; McWhinney, Edward, "Judicial restraint and the West Germany Constitutional Court", en *Harvard Law Review*, noviembre de 1961, pp. 12-13.

<sup>113</sup> Cfr. las agudas observaciones de Sartori, Giovanni, *Partidos y sistemas de partidos*, cit. supra nota 93, pp. 162-234, al distinguir dos tipos de sistemas multipartidistas, es decir, pluralismo moderado (hasta 5 partidos) y pluralismo polarizado (más de cinco partidos); pero dicho autor toma en cuenta no exclusivamente el número de los propios partidos sino también su funcionamiento.

<sup>114</sup> "Para una teoría política de la oposición", en su libro *Estudios político-constitucionales*, México, 1980, pp. 9-45. También aborda extensamente el tema el conocido tratadista español Ferrando Badía, Juan, en su libro *La democracia en transformación*, cuya parte tercera se intitula "En torno a una teoría de la oposición en sistema democrático-liberal", Madrid, 1973, pp. 157-228, y posteriormente en su libro *Democracia frente autocracia*, cit. supra nota 11, pp. 267-319.

<sup>115</sup> "La forma de gobierno de oposición garantizada" (trad. de Faustino González), en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 9, 1979, pp. 5-41.

contraria a la mayoría, así como su participación en las decisiones esenciales de carácter político-jurídico, e inclusive la posibilidad de una orientación alternativa.

66. Sería muy difícil señalar los instrumentos jurídicos que se han establecido para lograr esa *oposición garantizada* de que habla Vergottini<sup>116</sup> y que corresponde a la *oposición discrepante* en opinión de Pedro de Vega,<sup>117</sup> ya que dichos medios normativos son muy variados, pues van desde la obligación de integrar las comisiones parlamentarias con los miembros de los partidos minoritarios; la necesidad de un voto de mayoría calificada en la aprobación de leyes que se consideran de gran trascendencia (las llamadas leyes orgánicas en los derechos francés y español);<sup>118</sup> el derecho de los representantes minoritarios para impugnar ante los tribunales constitucionales las leyes aprobadas por la mayoría,<sup>119</sup> hasta llegar al ejemplo del derecho británico que primero a través de una costumbre constitucional y a partir de 1937 por conducto de una disposición legislativa, incorpora al principal partido de oposición como órgano constitucional (oposición de su majestad), lo que ha permitido formar inclusive lo que se ha denominado "gabinete en la sombra" (*Shadow Cabinet*).<sup>120</sup>

67. Aquí resulta oportuno recordar que el notable tratadista francés

<sup>116</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 18-36.

<sup>117</sup> *Para una teoría política de la oposición*, cit. *supra* nota 114, pp. 33-40.

<sup>118</sup> Cfr. el excelente estudio de Tomás-Ramón Fernández, sobre los ordenamientos francés y español, en su libro *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1981, pp. 15-95.

<sup>119</sup> Así, podemos mencionar que por reforma a los artículos 61, de la Constitución francesa de 1958, y 18 de la Ley Orgánica del Consejo Constitucional, por medio de los decretos legislativos publicados el 4 de octubre y 26 de diciembre de 1974, respectivamente, se estableció una instancia (*saisine*) ante el propio Consejo Constitucional que pueden plantear un grupo de parlamentarios, a través de uno a varios escritos, con la firma cuando menos de sesenta diputados o sesenta senadores, para reclamar la inconstitucionalidad preventiva de las leyes expedidas por el Parlamento y que ha tenido una gran importancia de carácter práctico; además, según los artículos 93, fracción I, inciso 2, de la ley fundamental de la República Federal de Alemania, y 13, inciso 6; 76-79 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal, pueden interponer la acción directa de inconstitucionalidad (*abstrakte Normenkontrolle*) de la legislación federal o local, además del gobierno federal o de un gobierno local, una tercera parte de los miembros del Parlamento Federal (*Bundestag*); y finalmente, de acuerdo con la ley federal que entró en vigor el primero de julio de 1976 extendió la legitimación activa ante la Corte Constitucional austriaca para solicitar el control abstracto de las disposiciones legislativas, a un tercio de los miembros de los parlamentos tanto de la federación como de las entidades federativas, además de los titulares de los gobiernos respectivos. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, cit. *supra* nota 43, pp. 36-75.

<sup>120</sup> Cfr. el documentado libro del tratadista italiano Vergottini, Giuseppe de, *Lo Shadow Cabinet. Saggio comparativo sul rilievo costituzionale della opposizione nel regime parlamentare britannico*, Milán, 1973.

Maurice Duverger ha elaborado la sugestiva teoría de la división entre el *poder del Estado* que significa el fenómeno contemporáneo de la concentración de los poderes de decisión en los mismos órganos, y el que califica de *poder tribunicio* (en recuerdo a las facultades de *intercessio* de los tribunos romanos) y que resulta del poder público de la oposición en contra de los gobiernos mayoritarios, y que no sólo puede impedir, sino inclusive influir sobre las decisiones de la mayoría.<sup>121</sup>

68: También en nuestro ordenamiento jurídico, al establecerse el sistema de representación proporcional en las reformas constitucionales de 1977, se introdujeron varios instrumentos jurídicos (oposición garantizada) en beneficio de los partidos minoritarios, y para no citar sino algunas, podemos mencionar la disposición del artículo 60 de la carta federal sobre el Colegio Electoral de la Cámara de Diputados integrado con 100 presuntos diputados, 60 de los electos en los distritos uninominales (de mayoría) y 40 de los electos en circunscripciones plurinominales (de representación proporcional),<sup>122</sup> e inclusive el mismo precepto se adicionó con la disposición, no muy afortunada por cierto, del recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia contra las resoluciones del citado Colegio Electoral, que si bien puede ser interpuesto por todo partido político, y por ello también el predominante, sin embargo, está dirigido a establecer una última instancia en beneficio de los diputados de la oposición, cuyos partidos son los que lo han promovido en la práctica, aun cuando sin resultados favorables.<sup>123</sup>

## IX. LOS ELEMENTOS JURÍDICOS DE UNA CONSTITUCIÓN DEMOCRÁTICA

69. La última interrogante que nos hacemos en este pequeño estudio se refiere a la importancia de la Constitución normativa sobre los sis-

<sup>121</sup> *La monarchie republicaine*, cit. supra nota 34, pp. 198-209.

<sup>122</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, *La reforma política mexicana de 1917*, cit. supra nota 31, pp. 360-372.

<sup>123</sup> Este recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia ha sido objeto de opiniones divergentes, ya que por un lado Jorge Carpizo, *op. ult. cit.*, pp. 377-378, ha sostenido, en nuestro concepto con razón, que: "Con este recurso de reclamación, no tienen nada que ganar ni la Corte ni el procedimiento de calificación, ni el país, porque no está en sus intereses el deterioro de una de sus mejores instituciones". Por el contrario, se pronuncian en favor de la institución los tratadistas Castro, Juventino V., "Las facultades de la Suprema Corte en materia electoral", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 2, núm. 2, 1978, pp. 19-28, y Toro Calero, Luis del, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el proceso electoral. El recurso de reclamación jurídico-electoral*, México, 1978, pp. 51-190.

temas políticos de nuestra época, en virtud del escepticismo que se observa en varios cultivadores de las ciencias sociales sobre la utilidad del estudio de los documentos constitucionales. Inclusive se ha hablado con insistencia de la crisis de la Constitución, que el tratadista español Pedro de Vega examina en tres dimensiones: jurídica, política e ideológica.<sup>124</sup>

70. Tenemos la convicción de que lo que se encuentra en crisis no es la Constitución en sí, sino sus dimensiones tradicionales, es decir, el documento de la época del individualismo liberal, que consideraba a la carta suprema como el ordenamiento que consagraba los derechos humanos fundamentales y las competencias de los órganos del poder.<sup>125</sup> Pero en la actualidad las cartas constitucionales son mucho más complejas, pues además de los clásicos sectores dogmático y orgánico, poseen la función de incorporar los valores esenciales de la comunidad política, ya que además de sus disposiciones preceptivas, contienen las llamadas programáticas, que trazan los proyectos del desarrollo futuro de la propia comunidad, y esto inclusive en los países socialistas, en los cuales sus constituciones se postulaban como un reflejo de la realidad económica y social (Constitución-fotografía); pero paulatinamente han recogido disposiciones programáticas (Constitución-programa), lo que resulta muy claro en la carta federal soviética de 1977.<sup>126</sup>

71. Afortunadamente están renaciendo los estudios jurídicos sobre la Constitución, claro que en su dimensión contemporánea, ya que como lo ha puesto de relieve el agudo análisis del jurista español Eduardo García de Enterría, uno de los aspectos esenciales de las constituciones de nuestra época (que se origina en el ordenamiento norteamericano) consiste en la técnica de atribuir a la carta fundamental el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y determinante de la validez de éstas; *valor superior judicialmente tutelado*.<sup>127</sup> Es en esta dirección que surgen los principios relativos a la *justificación del poder* y del *Estado de justicia*, a que nos referimos con anterioridad (ver *supra*, parágrafo VII).

72. Pero para no situarnos en una posición abstracta, podemos des-

<sup>124</sup> En el penetrante estudio "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", en su libro *Estudios político-constitucionales*, cit. *supra* nota 114, pp. 293-298.

<sup>125</sup> Para el concepto de Constitución como documento constitucional en sentido tradicional, cfr. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, cit. *supra* nota 14, pp. 45-47.

<sup>126</sup> Cfr. Biscaretti di Ruffia, Paolo, y Gabriele Crespi Reghizzi, *La Costituzione Sovietica del 1977. Un sessantennio di evoluzione costituzionale nell'URSS*, Milán, 1979, pp. 119-122.

<sup>127</sup> En el excelente estudio "La Constitución como norma jurídica", en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 49-71.

tacar que la *Constitución como norma jurídica* (y que comprende no sólo el documento, sino también las costumbres constitucionales), posee una influencia decisiva en el fortalecimiento del sistema democrático; pero no desde un punto de vista estrictamente formal, sino cuando se combina con los restantes factores políticos, económicos y sociales, a los que sirve de cauce y trasmisión. Por ello consideramos muy acertado el estudio del joven, pero ya consagrado, constitucionalista mexicano Jorge Carpizo para clasificar las constituciones en: a) democráticas, b) cuasidemocráticas, c) de democracia popular y d) no democráticas.<sup>128</sup>

73. Para determinar el carácter democrático de una Constitución, Jorge Carpizo parte de tres preguntas fundamentales: a) cómo están establecidas y cómo operan en la realidad las garantías o derechos individuales; b) qué mínimos económicos y sociales se les aseguran a los individuos y cómo operan en la realidad, y c) cuál es la estructura del sistema político. Dentro de esta última pregunta, el autor afirma que es preciso constatar en la norma y en la realidad el principio de la separación de poderes y el régimen de partidos políticos.<sup>129</sup>

74. Coincidimos con el tratadista mexicano en su concepto de Constitución democrática, ya que su postura toma en cuenta la influencia recíproca de las disposiciones jurídicas y de los factores sociales, sin exagerar o desorbitar alguno de estos aspectos; ya que en la tradición constitucional latinoamericana abundan los ejemplos de constituciones democráticas puramente formales, es decir, nominales o semánticas en la clasificación ontológica del insigne Karl Loewenstein,<sup>130</sup> y por ello se habló de "inflación constitucional", debido a la creencia de nuestros políticos del siglo anterior de que un documento constitucional era suficiente para resolver los graves problemas políticos, sociales y económicos del momento.<sup>131</sup>

75. Son reducidos los países con constituciones estrictamente democráticas en sentido jurídico y social; pero esto no significa que la gran parte de las cartas fundamentales que postulan principios democráticos sean declaraciones formales sin aplicación práctica como sucedía en Latinoamérica durante el siglo XIX, ya que la democracia no es un punto de partida, sino la culminación de una evolución que combina tanto factores sociales como jurídicos en virtud de que, en cuanto se superan los obstáculos políticos, sociales y económicos, se cumplen paulatina-

<sup>128</sup> En el agudo análisis "La clasificación de las constituciones. Una propuesta", en su libro *Estudios constitucionales*, cit. *supra* nota 31, pp. 418-422.

<sup>129</sup> *Op. ult. cit.* pp. 417-418.

<sup>130</sup> *Teoría de la Constitución*, cit. *supra* nota 70, pp. 218-222.

<sup>131</sup> Piénsese en el número elevadísimo de documentos constitucionales que se han expedido, y que en algunos de nuestros países se siguen promulgando, cada vez que se produce un cambio de régimen político.

mente las disposiciones jurídicas, que son el instrumento indispensable para dirigir esa evolución, y al mismo tiempo se introducen en las cartas fundamentales otros principios derivados del desarrollo democrático y así sucesiva y recíprocamente.

76. Otra característica de las normas jurídicas, que en ocasiones se olvida, consiste en su transformación paulatina de un ordenamiento predominantemente represivo, en un sistema de normas que pretende la innovación a través de una *función promocional*, como lo ha destacado agudamente el ilustre tratadista italiano Norberto Bobbio, quien sostiene que esta función de promoción de las normas jurídicas se dirige a alentar los comportamientos socialmente deseables a fin de provocar su cumplimiento inclusive frente a los recalcitrantes.<sup>132</sup>

77. Podemos aplicar esta función promocional a las disposiciones constitucionales para lograr el desarrollo de los principios democráticos y haría falta un estudio para analizar concretamente las disposiciones jurídicas fundamentales que posee esta pretensión de modificar la realidad político-social, y al respecto como un ejemplo en nuestro ordenamiento, la reforma política de diciembre de 1977 ha tenido esa finalidad de promoción, que aun cuando sea de manera muy lenta está modificando, todavía no de manera sustancial, nuestro sistema político.<sup>133</sup>

## X. CONCLUSIONES

78. De lo expuesto en este breve trabajo podemos extraer las siguientes conclusiones:

79. *Primera.* Dentro de los diversos aspectos de la democracia (políticos, sociales, económicos e inclusive culturales), podemos destacar también un ángulo jurídico, lo que no significa en manera alguna un sistema democrático puramente formal, aislado de la realidad, ya que debe entenderse como el conjunto de instrumentos jurídicos que sirven de cauce a los otros sectores y permiten su conservación y desenvolvimiento.

80. *Segunda.* Este sector normativo se ha caracterizado, desde el punto de vista tradicional, con la denominación germánica de *Estado de derecho* y la angloamericana de la *Rule of Law*, que en nuestra época han superado la estructura estrictamente formal del llamado Estado de *democracia clásica*, para transformarse, respectivamente, en el *Estado de derecho social* y el *Welfare State*.

<sup>132</sup> *Della struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milán, 1977, especialmente pp. 25-31.

<sup>133</sup> Cfr. entre otros, Patiño Camarena, Javier, *Análisis de la reforma política*, México, 1980.

81. *Tercera.* El factor jurídico de la democracia tiene una doble expresión: por una parte la creación de las normas jurídicas a través de procedimientos democráticos y, en segundo lugar, la finalidad de dichas normas, cuya manifestación esencial se encuentra en los preceptos constitucionales, para servir de cauce y de instrumento a los restantes sectores del sistema democrático.

82. *Cuarta.* Aun cuando en la práctica son inseparables los dos ángulos anteriores, podemos aislarlos para su comprensión racional, y así, en primer término, los factores políticos, sociales, económicos y culturales influyen en la creación de las normas jurídicas, cuya expresión más alta radica en una asamblea constituyente electa y con el consenso de la mayoría de la comunidad política, y lo mismo debe ocurrir con los órganos permanentes de revisión constitucional, lo cual se ha vigorizado con la consagración de sistemas de democracia semidirecta como el referéndum, el plebiscito y la iniciativa popular, que se utilizan institucionalmente en numerosos ordenamientos constitucionales para la toma de decisiones políticas fundamentales.

83. *Quinto.* El segundo ángulo del sector jurídico de la democracia radica en el establecimiento en los ordenamientos constitucionales de instrumentos que sirvan de cauce para la implantación de los valores políticos, sociales y económicos de la democracia moderna, y dentro de ellos podemos señalar como esenciales los relativos a la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana; las transformaciones del viejo principio de la división de poderes; el establecimiento de una verdadera jurisdicción constitucional dirigida a lograr no la simple racionalización, sino la justificación del poder, que puede desembocar en el llamado Estado de justicia, y además, la función constitucional de los partidos políticos.

84. *Sexta.* Por lo que se refiere a los elementos jurídicos de las constituciones democráticas, se ha hablado con insistencia de la crisis de la Constitución; pero en realidad dicha crisis se refiere al concepto estrictamente formal de los documentos constitucionales tradicionales, los que se han transformado en la actualidad, ya que las constituciones no sólo comprenden los derechos de la persona humana y el señalamiento de las atribuciones y restricciones a los órganos del poder, sino que son mucho más complejas, en cuanto al lado de las disposiciones preceptivas, contienen otras de carácter programático, que recogen los valores fundamentales de la comunidad política y pretenden desarrollarlos en el futuro (Constitución-programa).

85. *Séptima.* Nos adherimos, por tanto, al concepto del tratadista mexicano Jorge Carpizo cuando señala que para que una Constitución pueda considerarse democrática, no es suficiente que consagre determi-

nados postulados, sino que se requiere un grado razonable de aplicación práctica, lo que indica la relación recíproca e insalvable entre las disposiciones normativas y la realidad social, que se incluyen recíprocamente.

86. *Octava.* Se olvida en ocasiones, debido a una exageración de la importancia de la realidad política sobre los factores jurídicos, que estos últimos, además de su carácter represivo, incluyen, al menos en algunos aspectos, normas promocionales, de acuerdo con el concepto del notable tratadista italiano Norberto Bobbio, las que tienen el propósito esencial de alentar los comportamientos socialmente deseables, para provocar el acatamiento de las normas; principios que pueden aplicarse también a los postulados democráticos establecidos en las constituciones modernas.

Héctor FIX-ZAMUDIO