

## LA CRISIS DEL DERECHO EN MÉXICO

RAFAEL ESTRADA SÁMANO

### I. INTRODUCCIÓN

Acostumbrados desde los años setenta a padecer crisis económicas frecuentes, casi siempre al final de las administraciones federales cada seis años, los mexicanos veían venir el 30 de noviembre de 2006, fecha en que terminaría el gobierno del presidente Vicente Fox, con miedo y recelo. El propio presidente Fox y las autoridades financieras y hacendarias del país aseguraban, por su parte, que el relevo de su gobierno sería el segundo al hilo en el que no se presentaría crisis alguna en materia financiera o económica. Naturalmente eso era lo deseable y afortunadamente así sucedió.

Sin embargo, hay que recordar que no sólo hay crisis de índole financiera o económica: históricamente las ha habido muy variadas en su carácter y en sus matices. Y hablando de crisis, los estudios y análisis, así como las tesis y doctrinas desarrolladas a partir de ellos, que ha llevado a cabo el antiguo juez italiano Luigi Ferrajoli, uno de los exponentes del pensamiento jurídico actualmente más respetados y estudiados, se centran precisamente en que según él "estamos asistiendo, incluso en los países de democracia más avanzada, a una crisis

profunda y creciente del derecho, que se manifiesta en diversas formas y múltiples planos".<sup>1</sup>

Esquemáticamente, distingue Ferrajoli tres aspectos de esa "crisis profunda y creciente", en los que habremos de detenernos en el siguiente apartado de este estudio, a saber: primero, *la crisis de la legalidad*; segundo, *la crisis del estado social*; tercero, *la crisis del Estado nacional*.

Dada la similitud y la adecuación de su pensamiento con la situación que se vive en México en estas épocas de una transición hacia la democracia que aún no concluye, parecería que el mencionado jurista italiano estuviera haciendo un análisis precisamente de esa situación mexicana, lo cual no pasaría de ser una mera coincidencia divertida y curiosa si no fuera porque el propio Ferrajoli alerta acerca de que "es evidente que esta triple crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia" y de resolverse al fin "en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos...".<sup>2</sup>

Con todo, después de un severo análisis que lo lleva a exponer con vehemencia "el papel garantista del derecho", Ferrajoli concluye que "con independencia de nuestro optimismo o pesimismo, no existe otra respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo y no hay alternativas posibles a la razón jurídica. Este es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de

<sup>1</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, 4a. ed., Madrid, 2004, p. 15.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 17.

la democracia",<sup>3</sup> conclusión que igualmente se antoja aplicable a la complicada y convulsa situación que hoy prevalece en México.

Por lo anterior, es natural y adecuado que el punto de partida de este estudio sea el pensamiento y las tesis del autor italiano mencionado, pues "textos del autor, reflexiones a partir de los mismos y cavilaciones sobre los comentarios a cargo del propio Ferrajoli son eslabones de una cadena que no puede ser ignorada por los estudiosos de la teoría jurídica y política de nuestro tiempo".<sup>4</sup>

Además, "no parece exagerado afirmar que, en torno a la figura y obra de Ferrajoli, se ha producido todo un movimiento intelectual que ha generado adhesiones y ha despertado reacciones no sólo ni principalmente entre los penalistas, sino también entre los teóricos y los filósofos del derecho, por una parte, y entre los constitucionalistas, por la otra.

Pero quizá la aportación más importante del pensamiento de Ferrajoli ha sido la de servir como punto de arranque para el debate y la discusión razonada alrededor de una amplia gama de temas que no sólo interesan a la teoría y a los teóricos sino que, las más de las veces tienen una enorme y, en ocasiones, trágica actualidad práctica".<sup>5</sup>

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>4</sup> *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferrajoli*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Trotta, Madrid, 2005, p. 11.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 11 y 12.

## II. LOS PLANTEAMIENTOS DE LUIGI FERRAJOLI

Como ya se anotó arriba, Ferrajoli distingue, esquemáticamente, tres aspectos de la "crisis profunda y creciente del derecho" que él mismo denuncia.

Al primero de ellos lo llama *crisis de la legalidad*, es decir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia y en la ineficacia de los controles y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder. En Italia —pero me parece que, aunque en menor medida, también en Francia y en España— numerosas investigaciones judiciales han sacado a la luz un gigantesco sistema de corrupción que envuelve a la política, la administración pública, las finanzas y la economía, y que se ha desarrollado como una especie de Estado paralelo, desplazado a sedes extra-legales y extra-institucionales, gestionado por las burocracias de los partidos y por los *lobbies* de los negocios, que tiene sus propios códigos de comportamiento. En Italia, además, la ilegalidad pública se manifiesta también en forma de crisis constitucional, es decir, en la progresiva degradación del valor de las reglas de juego institucional y del conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos: basta pensar en los abusos de poder que llevaron a pedir la acusación del ex presidente de la República italiana por atentado contra la Constitución, en la pérdida de contenido de la función parlamentaria, en los conflictos entre el poder ejecutivo y el judicial, debidos a que el primero no soporta la independencia del segundo, por no hablar del entramado que existe entre política y mafia y del papel

subversivo, todavía en gran parte oscuro, desempeñado desde hace ya decenios por los servicios secretos".<sup>6</sup> Hay que insistir: hasta en los detalles parecería que con esta descripción Ferrajoli se estuviera refiriendo también al México actual, al de los primeros años del siglo XXI.

El segundo aspecto de la crisis, "sobre el que más se ha escrito", lo encuentra Ferrajoli en "la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del *Welfare State*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva en la *crisis del Estado social*", la cual, "como se sabe... ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta y, por tanto, eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática y partidista. Tal crisis se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción. Es claro

<sup>6</sup> Ferrajoli. *op. cit.*, pp. 15 y 16.

que se trata de un aspecto de la crisis del derecho que favorece al señalado con anterioridad. Precisamente, el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y control, al sistema de las garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad, representan, en efecto, no sólo un factor de ineficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio".<sup>7</sup> Nuevamente, esta descripción del ex juez italiano sobre el segundo aspecto de la crisis del derecho parecería estar inspirada no solamente en la realidad italiana, sino también en hechos y circunstancias que se presentan a diario en México.

Hay además, sigue exponiendo Ferrajoli, "un tercer aspecto de la crisis del derecho que está ligado a la *crisis del Estado nacional* y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo. El proceso de integración mundial, y específicamente europea, ha desplazado fuera de los confines de los Estados nacionales los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, en materia militar, de política monetaria y de políticas sociales. Y aunque este proceso se mueva en una línea de superación de los viejos y cada vez menos legitimados y legítimos Estados nacionales y de las tradicionales fronteras estatistas de los derechos de ciudadanía, por

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 16.

ahora está poniendo en crisis, a falta de un constitucionalismo de derecho internacional, la tradicional jerarquía de las fuentes. Piénsese en la creación de nuevas fuentes de producción, como las del derecho europeo comunitario... sustraídas a controles parlamentarios y, al mismo tiempo, a vínculos constitucionales, tanto nacionales como supra-nacionales".<sup>8</sup> En cuanto a los detalles, esta descripción de Ferrajoli no es aplicable a la realidad mexicana, pues los efectos que la globalización ha venido produciendo en Europa son muy diversos a los que ha significado para México; sin embargo, qué duda cabe de que también en este último país existe actualmente una *crisis del Estado nacional*, derivada en parte del mismo fenómeno de la globalización y de la innegable y muy pronunciada adscripción de México a la esfera de influencia de los Estados Unidos, pero derivada también de causas internas relacionadas con el cambio de régimen político que gradualmente se ha venido dando durante las dos últimas décadas del siglo XX y la primera del siglo XXI, cambio que se aprecia ha venido hasta ahora con un signo democrático, pero que no obstante plantea retos formidables para la organización y el funcionamiento del Estado mexicano. Tan existe en este último una *crisis del Estado nacional*, que se ha planteado desde el año 2000 la necesidad de llevar a cabo una profunda Reforma del Estado, misma que ahora, en 2006, se pretende transite dentro de los cauces de una ley del Congreso de la Unión específicamente expedida para ese efecto.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 16 y 17.

Finalmente, Ferrajoli llega a la conclusión de que "esta triple crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia. Porque, en efecto, en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho". Y también señala Ferrajoli el diverso riesgo de que la misma crisis pueda resolverse al fin "en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos".<sup>9</sup> Obviamente, este señalamiento de un doble riesgo es aplicable a la realidad por la que actualmente atraviesa México.

Más adelante, de manera por demás aguda y penetrante, Ferrajoli argumenta que "el reto que hoy se deriva para la razón jurídica de las múltiples formas que adopta la crisis del derecho en acto no es más difícil que el afrontado, hace ahora dos siglos, por la ilustración jurídica, cuando emprendió la obra de la codificación bajo la enseña del principio de legalidad. Si bien, respecto a la tradición iuspositivista clásica, la razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permiten configurar y construir hoy el derecho —bastante más que en el viejo Estado liberal— como un *sistema artificial de garantías* constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales... Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la especifi-

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 17.

ca complejidad de su estructura formal, que en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo".<sup>10</sup>

En un intento válido y bien logrado por conciliar las dos tendencias filosóficas sobre el derecho que más estuvieron presentes durante el siglo XX, el iuspositivismo y el iusnaturalismo, con gran claridad expone Ferrajoli: "Si en virtud de la primera característica, el <ser> o la <existencia> del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, <puesto> o <hecho> por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el <deber ser> del derecho positivo, o sea, sus condiciones de <validez>, resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos —igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales— por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas. En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes —su <deber ser> y no sólo su <ser>— los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitu-

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 19.

cional de derecho, como *derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de (su) producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos... Gracias a esta doble artificialidad —de su <ser> y de su <deber ser>— la legalidad positiva o formal del Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no sólo es condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. Podemos llamar <modelo> o <sistema garantista>, por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esta doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo. Gracias a (ese <modelo> o <sistema>) el derecho contemporáneo no programa solamente sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: *a)* en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; *b)* en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la

concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; *c)* en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; *d)* por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto".<sup>11</sup>

Indudablemente, para los propósitos de este trabajo, de esa alteración en cuatro diversos planos del modelo positivista clásico que Ferrajoli advierte, interesa mayormente exponer y comentar el aspecto de la "*Democracia formal y democracia sustancial*", es decir, el señalado por el autor bajo el inciso *b)* de los arriba transcritos. A ese respecto, "se comprende —dice— que una tal dimensión sustancial del Estado de derecho se traduce en dimensión sustancial de la propia democracia. En efecto, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad *en droits*, en cuanto se hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, a empezar por el de propiedad: sobre todo su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales que son derechos *excludendi alios*, de los que un sujeto puede o no ser titular y de los que cada uno es titular con exclusión de los demás; en segundo lugar, su naturaleza de indispo-

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 19 y 20.

nibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y de otra y vinculándola a su tutela y satisfacción".<sup>12</sup>

Consecuencia lógica de lo anterior en el pensamiento de Ferrajoli es la de pedir que estos fundamentos sean elevados al rango constitucional con objeto de "injertar una dimensión sustancial no sólo en el derecho sino también en la democracia". Y es que el constitucionalismo "es no tanto... un elemento antitético de la democracia (política y formal), como, sobre todo, su necesario complemento sustancial".<sup>13</sup> Efectivamente, las dos clases de normas que regulan la producción jurídica antes comentadas —las *formales* que condicionan la *vigencia* y las *sustanciales* que condicionan la *validez*— garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión formal de la <democracia política> que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse <democracia sustancial> puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por la mayoría, lo cual está garantizado por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el *significado* de las mismas decisiones, vinculándolas al respeto de los derechos fundamentales, so pena de

invalidez, así como al respeto de los demás principios axiológicos establecidos por la misma *sustancia*.<sup>14</sup>

Así, sostiene Ferrajoli, "los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los *derechos sociales* que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social". Los derechos fundamentales forman así la esfera de lo decidible y actúan como factores no sólo de legitimación sino también, y sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no decisiones.<sup>15</sup>

Si no se toma en cuenta lo anterior, así como la naturaleza falible e imperfecta de todo Estado constitucional que puede presentar fallas y lagunas, pues resultan impensables "una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas", a una concepción exclusivamente procedimental o formal de la democracia corresponderá necesariamente una concepción formal de la validez de las normas como mera vigencia o existencia; "mientras que una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 23 y 24.

de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales —ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales— como condiciones de validez de las decisiones de la mayoría. Diremos que, en este sentido, la posibilidad del <derecho inválido> o <lagunoso> —o sea, de la divergencia entre normatividad y efectividad, entre deber ser y ser del derecho— es la condición previa tanto del Estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia”.<sup>16</sup>

Ahora bien, según el pensamiento ferrajoliano los vicios de la incoherencia y la falta de plenitud, “si bien son irreducibles más allá de ciertos límites, dentro de éstos son reducibles mediante las adecuadas *garantías*. Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya satisfacción han sido previstas: las *garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las *garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el galantismo de un sistema

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 24 y 25.

jurídico es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos”.<sup>17</sup>

Después de considerar el papel del juez y la necesidad de reforzar a la jurisdicción con una nueva legitimación democrática del poder judicial y de su independencia sobre la base de la sujeción del juez a la ley, pero no a la letra de la ley, sino sujeción a la ley en cuanto ésta es válida, es decir, coherente con la Constitución, de modo que el juez juegue un papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, Ferrajoli pasa a tratar sobre la cuarta y última alteración introducida en el modelo paleopositivista por el modelo garantista, la cual afecta al papel de la cultura jurídica y permite reaccionar ante un excesivo pesimismo que alimentan muchos análisis de la actual crisis del derecho. Resalta, en esa perspectiva, “el compromiso por un constitucionalismo europeo (que) se liga al dirigido al desarrollo de un constitucionalismo mundial. Yo creo que hoy ya no es posible hablar con decencia de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de derechos si no tomamos finalmente <en serio> —según la feliz fórmula de Dworkin— la *Declaración universal de derechos* de la ONU de 1948 y los Pactos sobre derechos de 1966; si los encerramos dentro de los confines establecidos de nuestras democracias, ampliados quizá a los de la <fortaleza europea>; si seguimos disociando derechos del hombre y derechos del

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 25.

ciudadano, preocupándonos sólo de éstos y no de aquéllos. Tras la caída de los muros y el fin de los bloques, ya no hay coartadas para que la democracia, cuyo triunfo celebramos, no se haga verdad a sí misma".<sup>18</sup>

El desarrollo posterior de la idea final transcrita en el párrafo inmediato anterior es en verdad luminoso y esperanzador; según él, "Hacer verdadera la democracia, tomar en serio los derechos fundamentales del hombre... quiere decir hoy poner fin a ese gran *apartheid* que excluye de su disfrute a las cuatro quintas partes del género humano. Y esto significa, a su vez, dos cosas, Ante todo, reconocer el carácter supra-estatal de los derechos fundamentales y, como consecuencia, prever en sede internacional garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción incluso contra o sin sus Estados. En concreto, un código penal internacional que establezca su carácter no voluntario sino obligatorio y su competencia para decidir sobre la responsabilidad de los Estados miembros de la ONU, acompañado de la atribución del monopolio de la fuerza legal a organismos internacionales democráticamente representativos".<sup>19</sup>

En seguida, Ferrajoli sostiene que tomar en serio los derechos fundamentales quiere también decir que se tiene el valor para disociarlos de la ciudadanía: "tomar conciencia de que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación, y no —como sucedió en el origen de los Estados modernos— de

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 31 y 32.

inclusión e igualación, la última contradicción irresuelta con la proclamada universalidad de los derechos fundamentales". Aunque reconoce que la universalización efectiva de tales derechos, comenzando por los de libertad de residencia y de circulación o tránsito, generaría enormes problemas para los países de los que habla, es decir, "para nuestros países ricos", ahora asediados por la presión de la inmigración originada en el resto del mundo, en apoyo de sus tesis Ferrajoli acude a una muy autorizada fuente del pensamiento occidental y cristiano, nada menos que a la de quien es considerado como el fundador del *derecho de gentes*, en los siguientes términos: "Pero yo querría recordar que, precisamente en España, a raíz del descubrimiento de América, Francisco de Vitoria, en sus *Relectiones de Indis recenter inventis* desarrolladas en la Universidad de Salamanca en 1539, formuló la primera doctrina orgánica de los derechos naturales, al proclamar como derechos universales de todos los hombres y de todos los pueblos el *ius communicationis*, el *ius migrandi*, el *ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi*, así como de *accipere domicilium in aliqua civitate illorum*. Entonces, cuando eran concretamente desiguales y asimétricos, la afirmación de aquellos derechos ofreció a Occidente la legitimación jurídica de la ocupación del Nuevo Mundo y después, durante cinco siglos, de la colonización y la explotación de todo el planeta. Hoy, cuando la situación se ha invertido y son los pueblos del tercer mundo los empujados por el hambre hacia nuestros opulentos países, esos derechos sólo pueden ser negados y transformados en derechos de ciudadanía, al precio de una pérdida de credibi-

lidad de todos los valores jurídicos y políticos en los que se basan nuestras democracias".<sup>20</sup>

Todavía más y en desarrollo consecuente de su pensamiento, Ferrajoli sostiene que "la superación del carácter ilimitado de la soberanía estatal y, por otra parte, del límite de la ciudadanía para el disfrute de los derechos fundamentales representa, pues, la condición para el desarrollo de un constitucionalismo mundial", por el cual aboga, sin desconocer los enormes problemas políticos y jurídicos que supondría, sobre todo por la reforma del sistema de fuentes en él implicada. En todo caso, en el producto final debería quedar "preservada la rígida primacía de las normas que garantizan derechos fundamentales sobre cualquier otra fuente".<sup>21</sup>

No titubea Ferrajoli en señalar que "naturalmente, todo esto es tarea que corresponde mucho antes a la política que a la cultura jurídica. Pero si se toman en serio el derecho y los derechos fundamentales, es también una responsabilidad nuestra, de la ciencia jurídica; la cual, como ha escrito recientemente Letizia Gianformaggio, puede concebirse hoy como una <garantía>: precisamente como una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto. Se comprende que semejante función pragmática -crítica y proyectiva- de la ciencia jurídica contradiga el dogma kelseniano y weberiano de su carácter no valorativo y puramente formal. Pero es sólo mediante el cumplimien-

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 32 y nota 6 en p. 35.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 32 y 33.

to de un papel semejante, como la razón jurídica puede hoy ponerse en condiciones de comprender la específica complejidad de su objeto. Porque la ciencia jurídica sólo podrá responder con éxito al difícil reto de la actual complejidad social si, como escribía Filangieri hace dos siglos, cuando identificaba no en el derecho que es sino en el que debe ser <el objeto común de los que piensan>, vuelve a ser <crítica del derecho> existente y al mismo tiempo <ciencia de la legislación> y <ciencia de las constituciones>... Por consiguiente, se puede muy bien seguir asumiendo como tarea de la ciencia jurídica la señalada por Norberto Bobbio... en un célebre ensayo de 1950: la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento. A condición de que resulte claro que esa unidad, esa coherencia y esa plenitud -en este aspecto tienen toda la razón los críticos realistas del derecho- de hecho *no existen*. No existe la coherencia, estructuralmente excluida por la posible producción de normas vigentes pero inválidas por hallarse en contraste con los principios de libertad constitucionalmente establecidos. No existe la plenitud, asimismo excluida por la posible no producción de las normas o actos impuestos por los derechos sociales, también éstos de rango constitucional. Y no existe ni siquiera la unidad, puesto que el sistema de fuentes se ha visto trastornado por la intervención de fuentes supra o extraestatales cuya ubicación en el interior del ordenamiento es siempre incierta y opinable. Pero el hecho de que estas cualidades no existan y quizá no puedan existir nunca íntegramente no significa que no constituyan el objetivo, cierto es que nunca realizable, de la ciencia jurídica: la *coherencia*, perseguible a través de la crítica interna del derecho vi-

gente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; la *plenitud*, que demanda la identificación de los incumplimientos del ordenamiento y por tanto el diseño de garantías idóneas para impedirlos; la *unidad*, que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial idóneo para restaurar una jerarquía mínimamente cierta y racional de las fuentes en el cuadro de la unidad del ordenamiento internacional".<sup>22</sup>

Termina el autor su brillante exposición argumentativa sobre la crisis del derecho con las siguientes afirmaciones: "yo creo que con independencia de nuestro optimismo o pesimismo no existe otra respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo; y no hay alternativas posibles a la razón jurídica. Éste es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia".<sup>23</sup>

### III. ANÁLISIS Y OPINIONES

Es natural que los planteamientos de Luigi Ferrajoli hayan suscitado —y seguramente seguirán suscitando— múltiples análisis, consideraciones, observaciones y opiniones. Sería imposible pretender incluirlos todos, pero sí es dable exponer y comentar algunos de ellos, los más relacionados con el objeto y los propósitos de este estudio.

Por lo que hace a la relación entre el constitucionalismo y la democracia, algunos autores han retomado y

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 33 y 34; notas 7, 8 y 9 en p. 35.

<sup>23</sup> *Cfr. Garantismo. Estudios sobre el pensamiento...*, *op. cit.*, pp. 13 y 14.

enriquecido una discusión que ya se había generado. En el marco de ese debate, autores como Ermanno Vitale, Michelangelo Bovero y, sobre todo, Anna Pintore, habían objetado las dificultades que plantea para la teoría democrática la concepción ferrajoliana de la "democracia sustancial" y, particularmente en el caso de Pintore, el potencial carácter antimayoritario de algunas de las tesis de Ferrajoli y el poco espacio que la deliberación democrática encontraba en su representación del Estado constitucional contemporáneo. Pintore acusaba a Ferrajoli de generar un modelo en el que la democracia se veía asfixiada por la "insaciable" vocación de los derechos fundamentales, que tendían a invadir por completo el escenario público y anulaban en buena medida la discusión y el lugar de la política que deben existir en cualquier Estado democrático. La respuesta de Ferrajoli a las críticas de Pintore ha sido sintetizada con acierto por Antonio de Cabo y por Gerardo Pisarello en los siguientes términos: "...no serían los derechos, sino más bien los poderes, públicos y privados, quienes, en realidad, exhiben una férrea vocación de 'insaciabilidad' que los lleva a desconocer los límites y vínculos que el propio ordenamiento positivo, y no simples reclamos morales, les impone. Dicha tendencia a la impunidad, a resistir y a despreciar los controles y vínculos que los derechos entrañan, lejos de enriquecer, empobrece a la democracia política, poniendo en riesgo sus propios fundamentos".

Esta idea, muy en la línea de la lógica ferrajoliana, es sólida y sugerente; sin duda está informada por la realidad de muchos sistemas constitucionales y ciertamente evoca numerosos casos acontecidos en países iberoame-

ricanos, en donde los abusos se han generado invariablemente por la acción de órganos de poder, nunca por reclamaciones formuladas con base en los derechos fundamentales.

Con todo, esa misma idea no ha dejado satisfechos a todos los interlocutores de Ferrajoli, como lo revelan los ensayos de autores como Andrea Greppi, José Luis Martí Mármol, Susanna Pozzolo, Pedro Salazar Ugarte y Lorenzo Córdova Vianello que han seguido girando en torno a los alcances de la concepción democrática de Ferrajoli.<sup>24</sup>

Sobre el tema del constitucionalismo y el garantismo, Luis Prieto Sanchís sostiene por su parte que "Ferrajoli ha insistido en que el paradigma garantista <es uno y el mismo que el del actual Estado constitucional de derecho>, o en que representa <la otra cara del constitucionalismo>, concretamente aquella que se encarga de <formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente>. Aun cuando el galantismo presente de forma expresa distintos modelos de análisis, como por otro lado sucede también con el constitucionalismo, cabe afirmar que el Estado constitucional de derecho expresa la fórmula política del galantismo, el único marco institucional en el que puede prosperar el ambicioso programa garantista. Un programa cuyo elemento medular consiste en una concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos que sólo puede alcanzarse desde el Estado constitucional; sólo este modelo político incorpora un

<sup>24</sup> *Ibidem*, Tercera Parte, pp. 341-462.

riguroso <principio de estricta legalidad>, que supone el sometimiento del poder no únicamente a límites formales, sino también a los límites sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales".

Sin embargo, Prieto Sanchís señala con razón que "el Estado constitucional tampoco presenta unos rasgos uniformes u homogéneos en todas sus manifestaciones, ofreciendo versiones más o menos vigorosas de control del poder" y con Guastini afirma que "la constitucionalización debe concebirse como un proceso, no como una cualidad todo o nada" y, sobre todo, que existe en las diversas constituciones "una densidad variable de contenido normativo. En relación con este último aspecto, podríamos dividir las constituciones en dos grandes categorías ideales: constituciones formales o procedimentales, cuyo objeto exclusivo sería organizar el poder y, con ello, las fuentes del derecho (*norma normarum*), indicando quién manda y cómo manda, pero dejando que sean luego los distintos órganos estatales quienes decidan qué debe mandarse o prohibirse; y las constituciones materiales o sustantivas, que incorporarían un programa político cerrado que prácticamente asfixiaría la libertad política del legislador y de las demás instituciones, que se convertirían así en meros ejecutores del documento constitucional... Lógicamente, ninguna de estas categorías se dan en estado puro: las constituciones, por muy formales que sean, necesariamente han de incorporar algunos preceptos sustantivos, aunque sólo sea para asegurar las condiciones de la formación democrática de la ley; y, por muy material que quiera ser, ninguna constitución podría descender a la regulación de tantos detalles que hiciera superflua la acción del le-

gislador. Pero... todas las constituciones se aproximan a uno u otro modelo e incluso podríamos designarlas con un nombre: constituciones Kelsen y constituciones Ferrajoli. Kelsen, en efecto, tal vez sea el autor que, tomándose en serio la fuerza normativa de la constitución, más dificultades y cautelas mostró a la hora de incorporar al texto principios o derechos, en suma, límites materiales a la acción del legislador. Ferrajoli, por su parte, quizá sea el autor que, tomándose en serio la democracia parlamentaria, ha construido un modelo más denso y vigoroso de constitución normativa".<sup>25</sup>

Con sobrada razón, Prieto Sanchís reconoce y explica que "en efecto, Ferrajoli propone un modelo particularmente vigoroso de Estado constitucional, pero es muy consciente de que ese modelo no es ningún reflejo o descripción de la realidad, sino más bien una propuesta para su transformación, un *deber ser* nunca por completo realizado. El Estado constitucional es normativo, encarna un deber ser con frecuencia desmentido por la práctica institucional, y de ahí que surjan *antinomias* y *lagunas*. Antinomias que nacen de la promulgación de normas que violan o contradicen prohibiciones constitucionales, por ejemplo, las que derivan de derechos-inmunidad que imponen como garantía primaria una obligación de abstención o no hacer. Y lagunas que, al contrario, se producen por una ausencia de normas, concretamente de aquellas normas que serían indispensables para dar cumplimiento a mandatos positivos que derivan de la constitución, por ejemplo de los derechos sociales o prestacionales que imponen como garantía

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 41 y 42.

primaria una obligación de dar o de hacer... Precisamente porque existen estas patologías es preciso atribuir una sobresaliente función crítica a jueces y juristas, llamados a denunciar y en su caso controlar las normas y decisiones que, a la luz de la constitución, existen sin deber existir (*antinomias*), o no existen debiendo existir (*lagunas*): la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto".<sup>26</sup>

Por su parte, al tratar sobre la democracia como valor, como ideal y como método, Andrea Greppi sostiene que "la evolución de la democracia en el último tercio del siglo XX ha dejado resultados desconcertantes. En otra época nadie hubiera imaginado que los ideales democráticos iban a imponerse con tanta facilidad sobre sus rivales, pero tampoco que los sistemas políticos democráticos (incluso los más consolidados) iban a entrar en un proceso tan acelerado de degradación interna... En todo caso, pocos filósofos acertaron a percibir los síntomas de un fenómeno que viene de lejos, pero que sólo ahora hemos llegado a tocar con la mano. La expansión de la democracia en el mundo... corre paralela a un debilitamiento de sus fuentes de legitimidad. Es en este marco en el que los amigos nuevos o viejos de la democracia sienten la necesidad de volver la vista atrás y reconsiderar las razones que determinaron en el pasado la feliz convergencia entre una de las posibles formas de

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 46.

entender el ideal democrático, que denominamos *liberal*, y la estructura jurídica del Estado de derecho. Dos ideologías, dos fórmulas políticas entre las que se crearon sólidos puentes, hasta el punto en que la asociación entre ambas llegó a parecer indestructible". Más adelante señala este autor que "las doctrinas del neoconstitucionalismo constituyen un nuevo capítulo en la historia de las complejas relaciones entre la democracia y el ideal del gobierno de leyes. El punto de referencia común a estas propuestas se encuentra en la tesis en virtud de la cual el juicio de validez de las leyes *debe estar sometido* a los criterios sustantivos o de contenido que proporcionan los derechos fundamentales recogidos en la constitución. La defensa de esta tesis aparece como una más entre las diferentes respuestas que juristas y filósofos han dado al déficit de legitimidad que arrastran las (llamadas) democracias formales... Me interesa discutir el alcance de la revisión del concepto de democracia que Ferrajoli ha ensayado, sin perder de vista que esta operación implica una revisión del ideal normativo de la democracia. Creo que el juicio sobre la oportunidad del doble cambio que se propone, uno en el nivel conceptual y otro en el nivel ideológico-político, ha de tener en cuenta las condiciones de esa crisis a la que he aludido desde el comienzo. Es necesario valorar hacia dónde conduce, qué costos puede tener, qué condiciones han de darse para que pueda alcanzar sus objetivos. En definitiva, se trata de ver si es ésta la solución más oportuna para salvar las dificultades a las que se enfrenta la democracia en nuestro tiempo".<sup>27</sup>

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 341 y 342.

Y es que según el mismo Greppi, "la renovación de la idea de democracia es una pieza importante en el proyecto del Estado constitucional, tal como éste ha ido perfilándose... a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. El ideal del constitucionalismo es el de un orden social en el que la totalidad del poder público y privado, incluido el poder de autodeterminación democrática, se encuentra sometido al imperio de la ley. La fórmula del galantismo propuesta por Ferrajoli expresa el valor ético de este ideal. Una vez cumplido el programa normativo del Estado de derecho, gracias a una serie de mecanismos que determinan la rigidez e inviolabilidad de las normas constitucionales, el poder sólo puede actuar en el ámbito y con los instrumentos determinados por ley. De este modo, la consolidación de los principios de rigidez y supremacía de la constitución convierte a los derechos fundamentales en índice de legitimidad democrática. La legitimidad no se mide ya por criterios *externos*, sino por criterios de validez *internos* del ordenamiento jurídico. Con la constitucionalización de un conjunto de principios básicos de la justicia, la democracia de los modernos destruye los puentes con el viejo formalismo liberal... En *Derecho y razón* (obra de Ferrajoli) la definición de democracia introducida como corolario de lo que para su autor es el núcleo de la teoría jurídica y política de la modernidad, esto es, la idea de que el derecho es ante todo instrumento para la garantía de determinadas exigencias de justicia básica. La teoría del garantismo se construye en diferentes niveles. Incluye una serie de postulados de orden epistémico, una serie

de principios de orden moral y una serie de corolarios jurídicos y políticos".<sup>28</sup>

Dos son los comentarios por demás penetrantes de Lorenzo Córdova Vianello que interesa destacar: el primero se refiere a que Luigi Ferrajoli ha emprendido la tarea de delinear un sistema teórico que se construye alrededor de la idea del <Estado de derecho> en sentido garantista o, si se quiere, de <democracia constitucional>. "Ese esfuerzo está encaminado hacia la construcción de una teoría axiomatizada del derecho, basada en una serie de conceptos fundamentales... (los cuales) si bien son de uso corriente en el lenguaje jurídico, son específicamente redefinidos y estructurados por Ferrajoli en una construcción que para algunos tiene una pretensión de integralidad similar a la teoría pura kelseniana, pero referida específicamente a los derechos fundamentales"; Córdova Vianello apoya este primer comentario en los análisis del pensamiento ferrajoliano llevados a efecto por Gerardo Pisarello y Antonio del Cabo.

En el segundo comentario, Córdova Vianello muestra un esquema muy bien logrado de la teoría de Ferrajoli, la cual "parte de la determinación de tres pilares básicos: a) el establecimiento de un concepto de derechos fundamentales que servirá de eje rector de toda su teoría; b) la reformulación en clave garantista de la idea del constitucionalismo que si bien retoma la matriz liberal de este concepto, será <radicalizado> y llevado hasta sus últimas consecuencias; y c) la determinación de una dimensión sustancial del concepto de democracia que viene a sumarse y a complementar su dimensión for-

mal o procedimental, redefiniendo con ello sus alcances tanto en el ámbito estrictamente jurídico... como en el ámbito de las decisiones políticas. Esta construcción, basada en la pretensión de universalismo de los derechos fundamentales, le permite plantear un modelo jurídico que busca aplicación no sólo dentro de las tradicionales fronteras marcadas por los conceptos clásicos de Estado y soberanía, sino también en un contexto internacional con la intención de definir una ruta para el establecimiento de un orden constitucional mundial, hoy en fase embrionaria".<sup>29</sup>

Acaso lo más sobresaliente es que, en el pensamiento de Ferrajoli, el constitucionalismo deja de ser únicamente una técnica de limitación del poder público, como lo concibió la tradición liberal clásica que se inicia con Locke, para transformarse en una verdadera técnica de la limitación de *cualquier poder* que pueda poner en riesgo los derechos fundamentales de las personas, máxime si se trata de uno de esos poderes a los que Ferrajoli aplica el duro adjetivo de "salvajes", los cuales no son otros que, siendo de carácter público o privado, estando apoyados o no en la ley, reflejan el poder del más fuerte y el ejercicio de este poder que es la negación misma del derecho desde sus raíces. En este sentido, no hay duda de que la doctrina de Ferrajoli se presenta como una posición de vanguardia en la que el constitucionalismo busca afirmarse como un instrumento de protección de los derechos fundamentales frente a violaciones procedentes no únicamente del tradicional poder público contra el cual se erigió la construcción liberal, sino tam-

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 343.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 447.

bién de cualquiera de los otros poderes que de hecho existen y operan en el seno de la comunidad, ya sean legales, ilegales o extralegales, ya sean públicos o privados, e incluso individuales o colectivos.<sup>30</sup>

En cuanto a la naturaleza y los alcances del juego que supone la generación de los acuerdos democráticos, juego que, como es bien sabido, se establece entre mayorías y minorías, Córdova Vianello, "sin la intención de entrar en un debate, por lo demás prolongado y rico, que se ha desarrollado a lo largo de más de diez años entre Luigi Ferrajoli y Michelangelo Bovero, en torno a la idoneidad de utilizar el concepto de <democracia sustancial> para referirse a aquella esfera de los derechos fundamentales que condicionan las decisiones de la democracia formalmente concebida, debate que —como lo ha reconocido el propio Bovero— encarna un acuerdo sustancial y un desacuerdo formal; y probablemente sin la pretensión de exhaustividad que sin duda merecería el tema, no quisiera dejar de hacer algunas reflexiones sobre la aparente incompatibilidad que algunos autores plantean entre una visión garantista del constitucionalismo como la que sostiene Ferrajoli y los principios que sustentan la concepción procedimental de la democracia fundada, en primer término, en la regla de la mayoría como mecanismo para asumir las decisiones colectivas".

En seguida pasa Córdova a comentar que, en términos generales, la objeción a Ferrajoli se plantea sobre la cuestión de si los términos de la expresión por él utilizada de <democracia constitucional> se encuentran entre sí en una relación de aporía o bien de complemento.

"Más allá de la cuestión semántica, el problema consiste en determinar si los límites que el Estado constitucional de derecho le impone a la capacidad de decisión de la mayoría resultan incompatibles con la definición misma de democracia. En términos generales podríamos sostener que sí, pero sólo en el caso de que la democracia sea entendida como la capacidad de decisión absoluta en manos de la mayoría".

Pero si, por el contrario, continúa comentando Córdova Vianello, si ubicamos a Ferrajoli en el contexto de la larga tradición de pensamiento democrático que plantea (desde una óptica liberal) límites al poder de la mayoría, "entonces su constitucionalismo democrático resulta plenamente compatible con un concepto de democracia, entendida como gobierno no absoluto, que es el producto de la lucha histórica contra la autocracia. Sin duda el constitucionalismo representa un límite al poder de la mayoría, pero es un límite consecuente con la evolución histórica de la democracia que se ha ido redefiniendo para no caer en lo que Tocqueville definía como el <despotismo de la mayoría>".<sup>31</sup>

En efecto, en democracia el principio general es el de que debe prevalecer la voluntad de la mayoría. Así lo admiten todos los tratadistas serios. Pero también convienen en que la democracia no es sólo cuestión de números y en que la mayoría puede equivocarse y un solo hombre tener la razón frente a todos los demás y aun cuando la voluntad de la mayoría sea la que se imponga, es imposible que haya unanimidad de criterios y de voluntades al tomar una decisión. Por lo tanto, los

<sup>30</sup> Cfr. Córdova Vianello, en *Ibidem*, pp. 450 y 451.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 455 y 456.

intereses de los disidentes también han de estar protegidos, pues sólo así puede darse el gobierno democrático de las mayorías en beneficio del pueblo, el cual también está integrado por la minoría.

Con mayor amplitud y claridad se expresa lo anterior cuando se sostiene que en la democracia no es simplemente la suma de voluntades humanas incalificadas la que hace el derecho, ni la que obliga en derecho y cuando se defiende la aseveración de que si todo un pueblo contra un solo hombre afirma y establece un principio o una voluntad que sean injustos, el hombre aislado, aquella persona débil, solitaria, impotente en el orden material, tiene razón, tiene derecho y puede pedir justicia contra la masa, contra el número, contra el poder material y contra la gravitación de la fuerza que pretendan ahogar el espíritu. En esta línea de pensamiento, el alma de la democracia radica, pues, no en fórmulas cuantitativas, sino en la supremacía de la ley moral sobre la ley positiva, sobre el Estado, sobre el poder político y sobre todas las formas del poder humano, al que probablemente con frecuencia podría apreciársele también como el poder inhumano.

Por otro lado, en la organización democrática del gobierno y de la vida social se da, debe darse, una respetuosa convivencia entre los individuos, entre las mayorías y las minorías políticas. Si bien a la mayoría queda la responsabilidad de la dirección gubernamental, también le queda la de respetar a las minorías, las que nunca estarán sujetas a una tiránica voluntad mayoritaria. Para lograr ese respeto y no tener que someterse a cualquier decisión de la mayoría, con sobrada razón si ésta fuera injusta, las minorías se organizan políticamente y

surge entonces un elemento indispensable en el sistema democrático: la oposición. Ésta no es, en una democracia, simplemente una fuerza negativa, un peso muerto frente a la acción gubernamental. Todo lo contrario: es una fuerza que impide a los gobiernos la estrechez de miras. Cuando un gobierno toma en cuenta las exigencias de la oposición para determinar su línea de acción, se abre a las aspiraciones del país, recoge al máximo los elementos de concordia y unidad y ensancha los fundamentos de su propia subsistencia. En otros términos, el derecho de discrepar, de disentir, garantizado plenamente y ejercido precisamente a través de la oposición, es condición indispensable para la construcción de una comunidad de hombres libres. Donde no hay derecho de discrepar garantizado, donde no hay oposición, no puede haber un Estado verdaderamente democrático.<sup>32</sup>

Dos autores y actores políticos norteamericanos, ambos connotados miembros de minorías que llegaron a convertirse en mayorías en virtud de la alternancia propia del juego democrático, expresaron el principio al que han de sujetarse en la democracia las relaciones entre mayorías y minorías. Lincoln sostuvo que "una mayoría que se somete a los frenos y limitaciones constitucionales, y que siempre se adapta fácilmente a los cambios expresos de la opinión y el sentir populares, es el único soberano de un pueblo libre. Quien esto repudie se entrega, fatalmente, a la anarquía o al despotismo. La unanimidad es imposible". Por su parte, Jefferson, talento indiscutible de la ciencia y la filosofía políticas, sentó

<sup>32</sup> Cfr. Estrada Sámano, Rafael, *La calificación de las elecciones en el sistema electoral mexicano*, tesis profesional, ELD, México, 1972, pp. 26-28.

con pensamiento concluyente el principio antes mencionado cuando dijo que dentro del orden democrático "todos tendrán presente este sagrado principio de que en todos los casos ha de prevalecer la voluntad de la mayoría, pero que esa voluntad, para ser legítima, debe ser razonable; que la minoría goza de igualdad de derechos que una misma ley debe proteger, y que violarlos sería opresión".<sup>33</sup>

Para concluir, hay que reconocer con Córdova Vianello que como una respuesta anticipada frente a una crítica centrada en el carácter utópico e irreal de sus planteamientos, Ferrajoli sostiene: "La ciencia jurídica nunca se ha limitado al estudio y al comentario de cómo es el derecho o de cómo debería ser desarrollado. Siempre ha producido imágenes del derecho y del orden jurídico, que implican un sentido compartido de las razones para la obediencia política... No hay razón para creer que esto será diferente con el derecho internacional, especialmente si se considera que el nuevo paradigma de la primacía y garantía de los derechos humanos como condiciones para la paz mundial y la coexistencia refleja las crecientes expectativas y el sentido común de los pueblos a medida que toman conciencia gradual del incremento de la interdependencia global".

La situación actual del mundo hace difícil ser optimistas y no ser escépticos frente a las sistematizadas y sin duda constructivas tesis de Luigi Ferrajoli. Pero es cierto también, como concluye Córdova Vianello, que "ante la ausencia de otros modelos alternativos, su

<sup>33</sup> Steele Commager, Henry, *Documentos básicos de la historia de los Estados Unidos de América*, Servicio de Información de los Estados Unidos, Washington, s/f. pp. 31 y 21.

construcción teórica de un constitucionalismo global... sigue constituyendo un paradigma jurídico por el que, me parece, vale la pena batirse".<sup>34</sup>

#### IV. EL CASO DE MÉXICO

Es justo y pertinente reconocer que ya hace años, cuando menos cuarenta y cinco, que surgieron señalamientos que pueden considerarse como predecesores o al menos como premonitorios de la crisis que Ferrajoli ha denunciado. En efecto, desde entonces se señaló con verdad que "en todo Occidente es probablemente cierto que... la fe en la democracia sigue aún muy viva. Ningún hombre, político ni gobierno oye con agrado que no es democrático. Al mismo tiempo, sin embargo, se puede comprobar un creciente descontento con la democracia efectiva, un <malestar en la democracia>. No puede negarse que el descontento con la democracia se funda en parte en graves imperfecciones del sistema político según el cual funciona. Las constituciones de los modernos Estados democráticos provienen del siglo XIX y han sido transmitidas, aplicadas o imitadas sin variación importante en sus rasgos esenciales, mientras que las constituciones sociales y económicas han cambiado desde entonces en un grado muchas veces revolucionario... Si a pesar de esto se sostiene que la constitución sigue en vigor, ésta se vuelve evidentemente una pura ficción. Las cosas se denominan con nombres falsos... La forma discrepa con la realidad. En último término el derecho queda vaciado de su contenido y su aplicación

<sup>34</sup> *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento...*, op. cit., pp. 459 y 460.

es un juego de conceptos. La separación entre la ley y la realidad es a la larga insoportable. Esta es una de las raíces principales del <malestar en la democracia>".<sup>35</sup>

Pero si eso era cierto en todos los países adscritos a la cultura occidental y cristiana, en México ese <malestar en la democracia> adquiriría perfiles propios y distintivos, probablemente de mayor profundidad y significación. En elegante y ordenada exposición, el destacado constitucionalista Felipe Tena Ramírez sostenía por aquellos mismos años que "en México el problema de la democracia entraña deficiencias tan radicales, que en verdad el sistema no existe. A partir de la independencia, el pivote político del país se hizo consistir en el sufragio universal, cuya existencia quedaba desmentida por la profunda desigualdad cultural y económica entre una minoría medianamente preparada y una gran mayoría destituida del conocimiento cívico más elemental. Era fácil y a veces necesario que los gobernantes suplantaran una voluntad popular que no existía; pero también era fácil que en nombre de esa voluntad ficticia, que como un mito sagrado erigía la Constitución, los defraudados pretendientes al poder fraguaran rebeliones; había, pues, que emplear el ardid o la fuerza, y así nuestra historia fue dando tumbos entre cuartelazos triunfantes y represiones sangrientas.

"La revolución social que se inició en 1914 ha trastornado todos los planes de gabinete. Por entre las grietas de una estructura electoral en desuso, que todavía pos-

<sup>35</sup> Pequeña Biblioteca Herder, núm. 34, *El mundo del derecho*, trad. alemán por E. Valenti, Ed. Herder, Barcelona, 1963, pp. 109 y 110.

tula la aritmética de los votos individuales, ha aflorado en la vida política del país el sufragio de las masas organizadas. El influjo creciente del factor colectivo, que tiende a suplantarse el factor individual, elemento éste característico del constitucionalismo, ha introducido entre nosotros formas avanzadas de democracia social que no se avienen con la organización electoral individualista ideada por la Constitución.

"No lo anterior, que al fin y al cabo sólo plantea un problema de técnica electoral, sino la existencia de un partido político oficial, es lo profundamente perturbador de la incipiente democracia mexicana. Un partido del gobierno es precisamente lo contrario a un gobierno de partido. La democracia quiere que todos los partidos tengan posibilidad de ganar el gobierno; se llega así al gobierno del partido triunfante. Mas cuando es el gobierno mismo el que crea y sostiene su propio partido para perpetuarse en el poder, estamos en presencia del procedimiento antidemocrático del partido del gobierno.

"Es cierto que la Ley Electoral autoriza y regula la existencia de los partidos por igual y que a su amparo coexisten diversos partidos. Mas la permanencia no interrumpida del partido autocrático en el poder desde su fundación, salvo eventuales y secundarias representaciones, ha suprimido de hecho toda oportunidad de turno a los demás partidos, lo que es esencial en el juego democrático. A su vez, los partidos no oficiales, ante la imposibilidad de lograr el objetivo de todo partido político como es llegar al poder, se han recluido en una oposición amargada y sistemática. Todo lo anterior ha

hecho que la ciudadanía se retraiga en una pasividad estéril...".<sup>36</sup>

Décadas después, una vez que México transitó por una evolución gradual y lenta de sus instituciones políticas y electorales, puede afirmarse válidamente que "el aspecto electoral de la democracia puede considerarse un asunto muy avanzado. México puede preciarse ante todos de poseer un sistema jurídico avanzado y confiable, digno de mostrarse al mundo. Las normas sustantivas y adjetivas del proceso electoral y el amplio sistema de medios de impugnación en la materia han dejado un grato sabor de boca en todos los mexicanos, un sabor que sólo da la sensación de conquista, de ver fructificados los esfuerzos de muchas generaciones y de muchos actores por contar con una plataforma legal y organizacional amplia, sólida y confiable para la elección de nuestros gobernantes.

"Pero sin demeritar nada de lo anterior, también estoy convencido de que la democracia mexicana no es un proceso concluido. Y es que la democracia no se agota en lo electoral, es decir, no se reduce a que sea el sufragio el que designe quiénes son los gobernantes; es mucho más que eso... La democracia es *una forma de vida*, bien lo dice nuestro artículo tercero constitucional. La democracia es un sistema en el que todos los órganos del poder público tienen acotadas sus facultades, limitadas, entre sí y frente a los gobernados. La democracia es, ante todo, un sistema de límites.

<sup>36</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 9a. ed., Porrúa, México, 1968, pp. 105 y 106.

"Nuestra democracia sigue en proceso de consolidación y debe seguir avanzando, ganando terreno, pasando a otras arenas. Aún falta librar otras batallas para generar tradiciones democráticas que respalden con firmeza el sistema del que hoy presumimos. Entre éstas, principalmente, se encuentra la del respecto a la legalidad como condición para establecer un sistema de convivencia social y política real y efectivamente democrático, en el que impere la racionalidad de las normas más que el capricho o la excepcionalidad de quien puede más. El camino será largo y es preciso transitarlo combinando firmeza, sensibilidad y sentido de responsabilidad".<sup>37</sup>

Hay que cuestionar, sin embargo, si ese camino que Gudiño Pelayo vaticina todavía como "largo", será transitable y transitado sin que entre los mexicanos y entre las diversas fuerzas políticas, sociales y económicas que ellos integran, se alcancen y se establezcan los acuerdos mayoritarios necesarios para efectuar una serie de reformas estructurales que sirvan como infraestructura para la construcción del camino al que alude el mismo Gudiño Pelayo.

Para empezar, como ha señalado José Manuel Villalpando, hay que emprender una "reforma urgente que nunca ha sido considerada" y que dicho autor estima justificadamente como "necesaria y urgente", puesto que vendría a dar base, sentido y orientación a las decisiones políticas fundamentales establecidas en la Constitución mexicana, tanto a las actualmente plasma-

<sup>37</sup> Gudiño Pelayo, José de Jesús, "El papel de los jueces en la construcción de la democracia", en *Revista Académica*. Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, año IV, núm. 7, pp. 107 y 108. México, julio de 2006.

das ahí como a las que resultaren de las demás reformas que en ella y en la legislación secundaria sean introducidas. Villalpando se refiere a esa reforma "necesaria y urgente" en los siguientes términos: "El objetivo... es proponer, como reforma fundamental, necesaria y urgente, la inclusión explícita en nuestra Constitución de un párrafo preliminar —que también puede ser llamado "preámbulo"— en el cual se contengan y expresen los fines del Estado mexicano, las razones y los motivos que nos unen como nación y los principios rectores que regulen la convivencia social y obliguen a los poderes públicos para lograrlos, además de que permitan inspirar el orden jurídico nacional y den certeza al modelo de desarrollo nacional conforme a sus postulados. Por otra parte, pero no menos importante, sería la guía y el asidero último al cual podrían recurrir los tribunales de la nación para resolver las controversias en las que se diriman definiciones esenciales de constitucionalidad, pues dicho preámbulo o párrafo preliminar fungiría como norma superior, la más alta de todas, al ser punto de partida y origen de las demás".

Asumiendo su papel como historiador del derecho, Villalpando añade: "Hoy en día, los mexicanos desconocemos las razones por las cuales existimos como nación libre y soberana, sin que exista en nuestra Constitución mención alguna sobre el particular, ausencia notoria toda vez que en el pasado sí existieron textos constitucionales que señalaron enfáticamente los motivos de la creación del Estado mexicano y la correspondiente obligación de los poderes públicos para conseguirlos... Por eso, antes de reformar al Poder Ejecutivo,... al Poder Le-

gislativo,... al Poder Judicial,... nuestro federalismo,... el sistema electoral, antes de cualquier reforma, por importante que sea, lo urgente y prioritario es pactar y refrendar entre todos los mexicanos, la existencia misma del Estado y las aspiraciones de convivencia y progreso que queremos lograr, es decir, que estemos de acuerdo en la fuente misma que da origen y legitimidad a la vida social y a la acción de los poderes públicos en beneficio exclusivo de esas aspiraciones".

Para concluir, después de recordar que "esta idea de contar con una declaración expresa y explícita de los fines del Estado no es ninguna novedad", Villalpando cierra sus reflexiones con lo siguiente: "Uno de los más antiguos textos constitucionales de occidente, resalta el valor de los fines del Estado, pero además, concede una enorme y magnífica importancia a la recurrente y políticamente sana, recomendable y obligatoria costumbre de volver frecuentemente a los principios, para no perder el rumbo ni variar el destino de una nación. Así, en el artículo XV de la Declaración de Derechos de Virginia, del año 1776, se consigna lo siguiente:

Que ningún gobierno libre, ni las bendiciones de la libertad pueden preservarse por un pueblo sin un firme compromiso con la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud y recurriendo con frecuencia a los principios fundamentales.

La recomendación es categórica: <recurriendo con frecuencia a los principios fundamentales>. La lección para nosotros, los mexicanos, es obvia: no podemos re-

currir con frecuencia a ellos porque ni siquiera los tenemos. Y contar con ellos es la reforma más urgente que se puede y se debe hacer al Estado mexicano".<sup>38</sup>

La más urgente, quizá, pero no la única, ni mucho menos. Urgen también otra serie de reformas estructurales de las que, por cierto, ya se ha venido hablando en México desde hace varios años, sobre todo a partir de que en el año 2000, por decisión mayoritaria del electorado, se determinó acceder a un verdadero cambio de régimen, abandonando el presidencialista y autoritario que se había practicado durante siete décadas, con variantes y matices que derivaban del cambio de titular en el Poder Ejecutivo Federal cada seis años, régimen al que daba base y solidez el sistema político electoral de partido oficial y hegemónico arriba descrito con auxilio de don Felipe Tena Ramírez.<sup>39</sup>

Entre las reformas que tienen estrecha relación con la crisis del derecho están, a no dudarlo, la reforma integral del sistema de procuración y administración de justicia, con dos vertientes importantes: una relativa a la interpretación constitucional y, por tanto, al ordenamiento jurídico del juicio de amparo y otra relacionada con la modernización del sistema de justicia penal.

Por otro lado, está la llamada reforma del Estado mexicano que más propiamente debería designarse como la reforma de la Constitución del Estado mexicano, en la que se trabajó con ahínco en los inicios del gobierno del presidente Fox (2000-2001), pero que después

<sup>38</sup> Villalpando, José Manuel, "Los fines del Estado mexicano", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 30, núm. 30, pp. 619 y 620; 646, México, 2006.

<sup>39</sup> *Vide supra*.

se estancó y está aún pendiente, si bien es cierto que ha sido reactivada en el seno del Congreso de la Unión mediante la expedición de una ley que se designa precisamente como la Ley para la Reforma del Estado.<sup>40</sup>

A este respecto, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea ha escrito con razón que "el mundo se encuentra inmerso en la vorágine de la gran ola del cambio con una velocidad nunca antes vista. No es éste el lugar para analizar la complejidad que enfrenta la comunidad internacional en su conjunto y en cada uno de los Estados que la componen. Simplemente debemos reconocer que México no es ajeno a este fenómeno, pero que, además, en el caso de nuestro país se agregan las particulares e inéditas circunstancias políticas y sociales por las que atraviesa... Es frecuente que en los grandes momentos de cambio ocurran *choques ideológicos* entre los que pretenden que las cosas no se modifiquen y que, incluso, niegan la existencia del fenómeno del cambio, y quienes impulsan el cambio y las adecuaciones que permiten avanzar hacia estadios de vida más civilizados. Para los conservadores sólo el pasado importa, a él hay que rendirle culto; para los progresistas el pasado debe servir de impulso hacia el futuro... México está frente a un gran reto. Después de más de setenta años de un régimen autoritario, se ha logrado la alternancia democrática a través, curiosamente, de las instituciones que dieron sustento al anterior régimen. Transición pacífica y exitosa. Empero, éste ha sido sólo el primer paso. Tenemos por delante lo más difícil: el adecuado funcionamiento de un régimen democrático, con gobernabilidad y con eficaces controles

<sup>40</sup> *Diario Oficial de la Federación*.

al ejercicio del poder; un sistema democrático en sentido pleno que se identifique cabalmente con el Estado de derecho; un sistema abierto a la sociedad. Tenemos la responsabilidad de romper el círculo de nuestra historia entre anarquía y autoritarismo. Los mexicanos debemos ser capaces de operar eficazmente en la democracia, so riesgo de que ésta sea abandonada como el camino deseable por la mayoría de los mexicanos”.

Las propuestas de Zaldívar Lelo de Larrea en relación con lo expuesto en el párrafo anterior se centran en varios aspectos por demás atendibles: en primer término, “destaca la nueva y trascendente función que le toca jugar al Poder Judicial de la Federación y, en especial, a la Suprema Corte de Justicia a partir, también, de rescatar la función de la Constitución como auténtica norma jurídica”, ya que “durante el régimen priísta la Constitución desempeñó en México una función más de programa político y de instrumento legitimador del grupo gobernante que de auténtica norma jurídica suprema vinculante para gobernantes y gobernados... Del mismo modo, sirvió como careta para cubrir la apariencia de un régimen democrático... Así la Constitución se convirtió en instrumento del poder y no en norma jurídica para el control del ejercicio del poder”. Lograda la alternancia en el Ejecutivo Federal en el 2000, “la nueva realidad obliga –como condición indispensable– al reconocimiento pleno del papel normativo de la Constitución, de la cual emana la validez de todos los actos de producción jurídica de los distintos operadores políticos. La democracia no se agota en lo electoral, comienza con ello. Una democracia en sentido pleno exige el respeto de la norma constitucional, en especial en lo

que tiene que ver con los derechos fundamentales de los gobernados y con las garantías procesales para que éstos sean realmente eficaces... Sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia”.

En otra parte de su interesantísimo diagnóstico, Zaldívar Lelo de Larrea, después de hacer notar cómo ahora “los conflictos políticos devienen en controversias jurídicas de carácter constitucional” y “de esta forma, el derecho constitucional se hace proceso; la política se vuelve justiciable;... la política se ve obligada a desenvolverse dentro de los límites fijados por la Constitución”, resalta la necesidad de una nueva constitucionalidad y con abundantes razones concluye que “la interpretación constitucional exige el mayor cuidado y rigor argumentativo” y que para todo ello hace falta construir, desde la Suprema Corte y junto con ella, una teoría constitucional “de la cual carecemos”, teoría que debería proporcionar las respuestas adecuadas para las siguientes cuestiones sujetas por ahora a debate: “¿qué criterios interpretativos deben prevalecer?, ¿qué concepción constitucional debe servir como punto de partida?, ¿cómo garantizar gobernabilidad y control del poder?, ¿cómo lograr la mayor eficacia en la protección de los derechos fundamentales?, ¿qué valores sociales deben iluminar la interpretación de la norma fundamental?, ¿de dónde deben extraerse y en qué forma?, etcétera. No es posible interpretar la Constitución sin una previa teoría de la Constitución”.

Es claro, como sostiene también Zaldívar, que “en gran medida la democracia mexicana se juega su futuro en la actividad de la Suprema Corte, constituida como tribunal constitucional y como el gran árbitro de

los conflictos de poder. Por esa razón la sociedad no puede aislarse de la labor que realiza la Corte, sino se debe propiciar la reflexión para alcanzar un consenso básico sobre la nueva constitucionalidad a la que todos aspiramos".<sup>41</sup>

Parece que concuerda con Zaldívar Lelo de Larrea otro jurista que ha llegado hasta la más alta magistratura del país cuando expresa las siguientes ideas acerca de tan cruciales tópicos: "Ocuparse hoy en día y en nuestro país del tema de la interpretación constitucional es particularmente importante, pues la misma, por un lado, habrá de cambiar de un modo notable y, por otro, porque respecto de ella ha sido particularmente pobre la reflexión. En el primer caso, las condiciones de cambio democrático a las que asistimos, le darán un carácter plenamente normativo a la norma fundamental, y como consecuencia de ello los diversos actores políticos habrán de luchar por lograr que sus puntos de vista subjetivos se constituyan en los sentidos normativos obligatorios; en el segundo caso, las condiciones autoritarias del régimen que se está trascendiendo, no eran favorables para generar ejercicios interpretativos de las normas constitucionales, de ahí que nuestra Constitución se encuentre, por decirlo de esa manera, poco desarrollada. En el futuro, el modo como se interprete nuestra Constitución será un asunto de la mayor importancia, pues de ello dependerá que ciertas propuestas políticas y sociales sean consideradas como válidas, y otras no, con en consiguiente efecto en lo que hace a sus

<sup>41</sup> Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 105, México, 2002, pp. XIX-XXIV.

posibilidades de establecimiento (o no) como normas obligatorias".<sup>42</sup>

Tratando de sintetizar, ojalá que con éxito, el pensamiento de Zaldívar Lelo de Larrea y de Cossío Díaz, habría que comenzar por admitir, desde luego, que en México ya se cuenta, por fin, con una justicia propiamente constitucional. El resultado de esta aceptación conduce a un mucho más complejo y problemático ejercicio sobre la justicia constitucional: hay que enfrentarse con la construcción del tema central de este modelo jurisdiccional que es, a no dudarlo, la Constitución misma. En primerísimo lugar, en cuanto a la plena aceptación de que la Constitución está integrada por normas específicamente jurídicas, establecidas, por tanto, para regular conductas humanas y, en su caso, hacer valer sus órdenes y mandatos por medio de ese dato característico del derecho que es la coacción jurídica. En segundo término, habría que desentrañar los principios y valores que sin duda están imbrincados en las normas que integran la ley fundamental. En tercer lugar, se trataría de desentrañar el sentido general de la Constitución; lo relevante en este tercer momento consistiría en que sólo a partir de la asignación de un sentido general y predominante a la Constitución, como también lo reclama José Manuel Villalpando, sería posible darle un sentido a los preceptos todos que la componen. En el ejercicio, sin duda, se descubrirían o se confirmarían antinomias y contradicciones que se contienen en el texto constitucional, de las cuales quedaría éste expurgado, ya sea por la vía juris-

<sup>42</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *Bosquejos constitucionales*, Porrúa, México, 2004, p. 34.

prudencial o por medio de reformas o adiciones llevadas a cabo por el órgano revisor de la Constitución.<sup>43</sup>

No obstante lo anterior, otro autor ya citado en este estudio, quien, como Cossío Díaz, también forma parte del más alto Tribunal de la Nación, da la voz de alerta en relación con un importantísimo aspecto de la *crisis del derecho* cuando afirma: "Aunque parezca reiterativo, debo insistir y hacer especial énfasis en que de ninguna manera basta que la propia norma, en particular la Constitución, limite en el papel el ejercicio del poder público. Son indispensables los instrumentos para hacer *efectivas y reales* esas limitaciones. Nuestra propia historia tiene ejemplos de los anterior". Después de referirse a esos ejemplos históricos —como el de la relación de subordinación de la ley fundamental que se dio entre la Constitución de 1857, y la dictatorial concentración de poder durante el Porfiriato, fenómeno acertadamente comentado por Daniel Cosío Villegas— Gudiño Pelayo va más allá cuando afirma que "el voto y las tradiciones democráticas que hemos ido construyendo los mexicanos han venido a reemplazar el uso o la necesidad de la fuerza. Por eso, hoy más que nunca, los tribunales están llamados a realizar su vocación natural de contener el ejercicio del poder en sus propios cauces. Recurrir a los tribunales para que solucionen un conflicto, ya sea que se trate de un conflicto entre órganos de poder o un conflicto acerca de la validez de una elección, *no es contaminar o manchar el desarrollo democrático de México*, ni tiene la connotación negativa que unos quieren achacar-

<sup>43</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 308.

le cuando en tono peyorativo hablan de la *judicialización de la política* o la *politización de la justicia*".<sup>44</sup>

Gudiño Pelayo abunda en los argumentos por los que no coincide "con quienes se escandalizan o preocupan de que la política se judicialice o porque la justicia se politice" y concluye diciendo que "en este nuevo escenario, el rol de la Suprema Corte ya no se concreta, como fue durante más de siglo y medio, a ser sólo intérprete y garante de los derechos de las personas, sino que, además, asume otro papel fundamental, ahora como árbitro entre poderes y niveles de gobierno. Se trata de una Corte de peso completo que traza las líneas constitucionales cuando éstas las desdibuja la actuación del poder público o cuando hay diferencias en cuanto al alcance de las mismas, y ese rol garantiza a quienes vivimos e integramos un régimen democrático que la democracia perviva como sistema y que sea la Constitución la que determine cómo se ejerce el poder público en forma democrática.

"Sin un tribunal constitucional que desempeñe esta importantísima función, que en México tiene asignada la Suprema Corte, tendríamos, en palabras de García de Enterría, ...*una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple relevancia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene...*"<sup>45</sup>

<sup>44</sup> En nota de pie de página, Gudiño Pelayo se refiere expresamente al artículo de José Antonio González Fernández, titulado "La judicialización de la política", publicado en la revista *Nuestra Democracia*, núm. 2, año 2005, pp. 15 y ss.

<sup>45</sup> Gudiño Pelayo, José de Jesús, *op. cit.*, pp. 110-113.

Con todo, es claro que México necesita completar, redondear y poner en práctica las reformas arriba aludidas. Sólo por referencia a las múltiples propuestas que se han formulado sobre la reforma del Estado y ante la imposibilidad de tratarlas todas con detalle, hay que conducir al lector hacia la publicación más completa y adecuada.<sup>46</sup> Por lo que toca a la reforma del sistema de justicia penal, también se han producido en México varias iniciativas y propuestas; la remisión a la reciente referencia bibliográfica que aquí se proporciona<sup>47</sup> puede ilustrar y guiar al lector en este importante aspecto.

---

<sup>46</sup> Comisión de Estudios para la Reforma del Estado, *Conclusiones y propuestas*. Prólogo de Juan Ramón de la Fuente, UNAM, México, 2001.

<sup>47</sup> Laveaga, Gerardo (coord.), *65 Propuestas para modernizar el Sistema Penal en México*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2006.