

∞ Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel A. Presno Linera, *Garantismo espurio*



Pedro Salazar Ugarte
Josep Aguiló Regla
Miguel Ángel Presno Linera

Garantismo espurio



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Antonio Pau

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás y Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

M^a Isabel de la Iglesia

Garantismo espurio

Edición a cargo de:
M^a Isabel de la Iglesia Monje

Pedro Salazar Ugarte
Josep Aguiló Regla
Miguel Ángel Presno Linera

Garantismo espurio



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2009 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel. A. Presno Linera

I.S.B.N. : 978-84-813-2557-3

Depósito Legal: M-23337-2009

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

I.- Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia me- xicana (<i>Pedro Salazar Ugarte</i>)....	11
Reflexiones introductorias	12
Garantismo espurio por ambición: a propósito de una decisión de la Suprema Corte de Justicia Me- xicana	28
Una introducción –localista, pero– inevitable	29
La suplantación del legislador democrático	32
Garantismo espurio por frivolidad: a propósito de tres decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judi- cial de la Federación de México ...	55
Una introducción –localista, pero– necesaria	55

De regreso al gobierno de los hombres	58
Discrecionalidad enmascarada	67
Un caso para confirmar la hipótesis	74
Anexo único	85
II.- Ambigüedades y pseudodilemas.	
Sobre “Garantismo espurio por ambición” (<i>Josep Aguiló Regla</i>)	91
1. Introducción	91
2. Las ambigüedades de «Garan- tismo espurio por ambición” ...	93
3. Los tres dilemas	98
4. Breviario de teoría de la Consti- tución del Estado constitucional ..	112
4.1. La insuficiencia de los plan- teamientos meramente es- tructurales	112
4.2. La Constitución rígida y re- gulativa del Estado constitu- cional responde a los pará- metros “ideológicos” del constitucionalismo político ..	114

4.3. Autoridad y Justicia en el constitucionalismo	118
III.- El empleo espurio de las sentencias interpretativas para realizar cambios estructurales en el sistema constitucional (<i>Miguel Ángel Presno Linera</i>)	123
I. Presentación	123
II. Aproximación: las normas de derechos fundamentales como normas de principio y ámbito propicio para sentencias interpretativas que provoquen cambios estructurales en el sistema constitucional o neutralicen conflictos políticos	133
III. La STC 236/2007, de 7 de noviembre, sobre la Ley de Extranjería, o cómo la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad concede una espuria segunda oportunidad al Legislador	137

IV. La STC 48/2003, de 12 de marzo, sobre la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos, como ejemplo de la realización de cambios estructurales en el sistema constitucional sin gran repercusión pública	152
V. La STC 85/2003, de 8 de mayo, o la transformación del Tribunal Constitucional en una segunda instancia electoral como fórmula para reparar las insuficientes garantías previstas por el legislador	172
VI. A modo de conclusión	186

DOS VERSIONES DE UN GARANTISMO ESPURIO EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

Pedro SALAZAR UGARTE

“(…) la *jurisdictio* limita a la *gubernaculum*. Pero el derecho de los jueces, ¿quién lo puede modificar? Si no lo puede modificar nadie, ni siquiera otros jueces, quiere decir que el poder de los jueces está por encima del Derecho y, entonces, la diferencia no es entre una Constitución en la que el poder está por encima del Derecho y otra Constitución en la que el Derecho está por encima del poder, sino entre una Constitución en la que el poder supremo es el rey y otra Constitución en la que el poder supremo corresponde a otro órgano”.

N. Bobbio*

“Se incurre así, me parece, en la llamada falacia de nirvana: los jueces, liberados de sus deseos y concupiscencias, y en comuni-

* Cfr., “Letrera di Norberto Bobbio a Nicola Matteuci” (en *Materiali per una Storia della cultura giuridica* 2, 2000, pp. 421-422). Citado por S. Pozzolo, “Un constitucionalismo ambiguo” en M. Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, pp. 187-210.

cación, sin límite de tiempo y de recursos, con los valores del texto jurídico-constitucional, encuentran profundas soluciones jurídicas en un medio ambiente de mediocridad, partidismo y debilidad de la voluntad de legisladores y grupos de presión”.

Francisco Laporta**

“When Olive Wendell Holmes was an Associate Justice of the Supreme Court he gave the young Learned Hand a lift in his carriage as Holmes made his way to the Court. Hand got out at his destination, waved after the departing carriage, and he called out merrily, “Do justice, Justice!” Holmes stopped the cab, made the driver turn around, and rode back to the astonished Hand. “That’s not my job!” he said, leaning out of the window. Then the carriage turned and departed, taking Holmes back to his job of allegedly not doing justice”.

Ronald Dworkin***

Reflexiones introductorias•.

La constitucionalización del derecho que caracteriza al modelo Democrático Constitu-

** Cfr., “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, en *El Cronista*, No. 0, Madrid, octubre 2008.

*** Cfr., *Justice in Robes*, Harvard University Press, 2008.

• Este trabajo ha sido elaborado para ser presentado en el Seminario de Derecho y Jurisprudencia organizado

cional ha sido objeto de múltiples reflexiones en los últimos años. Algunos autores han identificado en las implicaciones de este proceso un ‘cambio de paradigma’, formal y sustantivo, entre lo que ahora conocemos como ‘Estado Constitucional’ y el ‘Estado legislativo’ precedente¹. Dicho cambio ha implicado una transformación profunda en la teoría constitucional contemporánea².

por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo (Madrid, 5 de marzo de 2009). Agradezco a Ernesto Garzón Valdés por la invitación y a Miguel Carbonell, Rodolfo Vázquez, Pablo Larrañaga, Ermanno Vitale, Arturo Zaldivar, Diego Valadés, Héctor Fix-Fierro, Alejandro Madrazo, Marzo Zavala, Juan Vega y Andrea Greppi por sus valiosos comentarios a una versión preliminar de este trabajo. A Paula Vázquez, Pamela Rodríguez, Piero Mattei y Luis Salgado, gracias por su apoyo técnico y sus atinadas sugerencias. Finalmente mi reconocimiento a los participantes en el Seminario Thomas Hobbes que han estado dispuestos a enriquecer mis reflexiones con sus valiosas observaciones. Finalmente agradezco a Joseph Aguiló y Miguel A. Presno por sus contraponencias en el seminario madrileño. Advierto que no modifiqué esta versión definitiva del texto para reaccionar ante sus observaciones (sobre todo en el caso de las planteadas por Aguiló). Ello con la finalidad de dejar intacto el sentido y alcance de las mismas. Así que, en lo fundamental, el texto que ellos conocieron es el que aquí se publica.

¹ En particular, véase, la basta obra de Luigi Ferrajoli. Sobre el tema en concreto, se puede consultar (entre otros), L. Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de Derecho” en Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 13-29.

² Otros estudiosos, con mayor cautela y escepticismo, no encuentran motivos para hablar de un

En sintonía con esta mutación y de la mano de teóricos como Dworkin, Ferrajoli, Garzón Valdés, Zagrebelsky, Alexy y, desde una perspectiva política, Bovero,³ en las facultades de jurisprudencia de importantes universidades latinoamericanas comienza a imponerse una nueva manera de entender al derecho constitucional. Si bien se trata de una empresa intelectual reciente y de resultados inciertos, no es improbable que las futuras generaciones de abogados, juristas y jueces latinoamericanos identificarán al concepto de Constitución con un documento normativo

‘constitucionalismo (específicamente) contemporáneo’ y advierten que “no es la aparición de la Constitución lo que cambia la teoría, sino que es la teoría lo que cambia la manera de ver la Constitución”. Desde esta segunda perspectiva, si bien cambiaron algunos aspectos estructurales y de contenido en los documentos constitucionales, ello no conlleva necesariamente un cambio de paradigma teórico. Las discusiones entre los defensores del positivismo –digamos- clásico y los promotores de lo que se conoce como ‘neoconstitucionalismo’ pasan –no sólo pero principalmente- por esa coordenada. Cfr. Francisco Laporta, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, en *El Cronista*, No. 0, Madrid, octubre 2008, p. 53.

³ Menciono estos autores porque constituyen la ‘primera baraja’ de nombres que ha servido para introducir estas tesis en el debate latinoamericano pero lo cierto es que en los últimos años existe un catálogo de autores (filósofos y constitucionalistas) de la región cuyas obras se suman a la bibliografía pionera en el tema: Miguel Carbonell, Rodolfo Vázquez, Carlos Bernal Pulido, entre otros.

con contenidos específicos –los que, siguiendo a la Declaración de 1789 en su artículo 16, recogen derechos fundamentales y separan, para limitar, a los poderes–, abandonarán muchos de los presupuestos del positivismo teórico y metodológico y defenderán convencidos la importancia de que operadores y estudiosos realicen una ‘*moral reading*’ del texto constitucional. Cuando esto suceda –decimos los promotores de esta gesta intelectual– el *garantismo* de los derechos habrá ganado terreno al decisionismo arbitrario, al formalismo legalista y a la retórica jurídica tradicional de los políticos y operadores jurídicos latinoamericanos.

La influencia de esta concepción constitucional ya es palpable en la justicia constitucional. Lo que la teoría (neo) constitucionalista⁴

⁴ Estoy conciente de que el neoconstitucionalismo es un recipiente conceptual amplio en el que caben teorías con sentidas diferencias entre ellas. De hecho, algunos de los presupuestos del neoconstitucionalismo (sobre todo los que lo predisponen hacia posturas afines con el iusnaturalismo) no son aceptadas por autores como Ferrajoli (quién es el principal teórico del garantismo). Sin embargo, para efectos de este trabajo es posible referir ambas concepciones de manera conjunta por que lo que intento demostrar es, precisamente, las ambigüedades que aquejan a su uso por parte de algunos jueces (en este caso mexicanos). De hecho, el punto de contacto más

anuncia como un pivote central de su propuesta normativa está operando en la práctica institucional: los jueces constitucionales asumen activamente el rol de custodios últimos de la Constitución. Y lo hacen en un contexto normativo e institucional que arroja resultados de pronóstico reservado. Como veremos en este trabajo las nuevas teorías –o, mejor dicho, una versión distorsionada de las mismas– pueden traer consecuencias opuestas a las que se busca promover. Este es el caso, en particular, de lo que se conoce como ‘garantismo’.

En el fervor suscitado por el constitucionalismo de los derechos se olvidaron las advertencias de Kelsen: los principios como la libertad, la igualdad, la justicia, la moralidad “pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional”⁵. Esto es así porque “las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a (estos

importante que encuentro entre sus teorías consiste, precisamente, en otorgar a los Jueces Constitucionales la delicada función de fungir como garantes de los derechos fundamentales.

⁵ H. Kelsen, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, (cito de la edición contenida en *Escritos sobre Democracia y el socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988), p. 142.

principios)” podrían interpretarse “como directivas relativas al contenido de las leyes (...) y, en este caso, el poder del tribunal (constitucional) sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable”⁶. Por ello, Kelsen, recomendaba “abstenerse de todo este tipo de fraseología”⁷ controvertida en las constituciones.

En los hechos, muchas constituciones contemporáneas –dentro de las que se cuentan la gran mayoría de las latinoamericanas– pasaron por alto el prurito kelseniano y sobrecargaron de normas de principios su apartado dogmático. Esto que bien puede explicarse por el contexto histórico y teórico en el que fueron aprobadas puede resultar peligroso en el ámbito de la justicia en general y de la justicia constitucional en particular. Para decirlo con Francisco Laporta: se corre el riesgo de que “los jueces (obren) sobre la base de un razonamiento moral abierto, que les hace sentir, sin embargo, como si estuvieran aplicando el derecho”. Y el problema es que los jueces no están preparados para esta tarea porque “su razonamiento moral no pasa de ser vulgar”⁸.

⁶ Ibidem, p. 142-143.

⁷ Ibidem.

⁸ Francisco Laporta, “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, *cit.*, p. 49.

De hecho, me temo que en el caso de algunos países latinoamericanos, el argumento también vale para el razonamiento constitucional. Pienso, concretamente, en el caso mexicano en donde –durante largas décadas– el documento constitucional careció de valor normativo y fue utilizado como estandarte ideológico del régimen gobernante⁹. Y me parece que esto puede extenderse a todos los países gobernados largamente por dictaduras civiles y militares. En esos contextos, ¿qué sentido práctico tenía la labor jurisdiccional?, ¿cómo podían los jueces aprender a interpretar y aplicar un documento constitucional –cuando éste existía– que estaba estructuralmente condenado a la ineficacia?

No es baladí que, si observamos los estudios de Ciencia Política de los años de las transiciones democráticas en los países de

⁹ Esta tesis ha sido sostenida por José Ramón Cossío: “...habiendo vaciado a la Constitución prácticamente de sentido en aras de la determinación de un ideal revolucionario, las normas constitucionales, y particularmente las de contenido social, perdieron toda su relevancia normativa y terminaron por constituir, en palabras de casi todos los autores de la época, las decisiones políticas fundamentales del régimen.” J. R., Cossío, *Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución* en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Ochenta años de vida constitucional en México*, México, IJ-UNAM, Cámara de Diputados LVII Legislatura, 1998.

América Latina, encontraremos que la atención de los politólogos se centró en la conformación de los poderes legislativos y su relación con el poder ejecutivo correspondiente¹⁰. Sobre el Poder Judicial y la Justicia Constitucional, hasta hace poco más de un lustro, en el ámbito de los estudios politológicos, la literatura es inexistente. En todo caso se discutía la necesidad de garantizar la independencia del Poder Judicial ante el Presidente para edificar un Estado de Derecho. Una necesidad que, aunque no carecía de importancia, subestimaba el papel que jugarían las Cortes con el tránsito hacia el constitucionalismo democrático¹¹. Nadie contaba con que, como ya lo había previsto Kelsen, la fórmula del constitucionalismo de los derechos –rigidez, principios y control de

¹⁰ Un libro que me parece emblemático en este sentido –tanto por la importancia que tuvo en su momento como por las referencias constantes de que fue objeto por estudios posteriores– es *Ingeniería constitucional comparada* de Giovanni Sartori (FCE, México, 1996). En ese trabajo el autor omite cualquier referencia al poder judicial y centra su atención en el parlamento y en la administración como únicos ‘motores’ del funcionamiento del Estado. En el mismo sentido de lo que he sostenido, cfr., D., Nohlen, “Justicia constitucional y consolidación de la democracia” en *Tribunales constitucionales y democracia*, SCJN, México, 2008, pp. 3-4.

¹¹ Esta tesis es sostenida y documentada por Karina Ansolabehere en *La política desde la justicia. Cortes Supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, FLACSO- Fontamara, México, 2006.

constitucionalidad– convertirían a los jueces latinoamericanos en un poder político relevante.

Sólo ahora ha cobrado carta de identidad en el debate latinoamericano la llamada ‘dificultad contramayoritaria’. Hasta hace muy poco se trataba de una preocupación principalmente teórica y exclusivamente académica, pero debido al desplazamiento en el eje de decisión desde los legisladores hacia los jueces, cada vez más, es un tema de relevancia política y práctica¹². Y en este desplazamiento, como ya se adelantaba, la noción garantista/garantismo está desempeñando un papel insospechado. Al ganar prestigio en el debate académico sobre la justicia, el término, ha sido incorporado en el lenguaje judicial sin mayor rigor teórico. De tal forma que lo que surgió en el ámbito del derecho penal como una concepción orientada para reducir el decisionismo judicial y, por tanto, brindar mayor certeza,

¹² Una prueba documental de esta creciente relevancia es el volumen, *Tribunales constitucionales y democracia*, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, 2007 (2^a Ed. 2008). En particular, para este aspecto, se recomienda el texto de Rodolfo Vázquez, “Justicia constitucional y democracia: la independencia judicial y el argumento contramayoritario”, pp. 377-402. Debo a Julio Ríos un dato pintoresco: la constitución boliviana de 2009 ya cuenta con una ingeniosa (y absurda) fórmula para superar dicha dificultad: los jueces constitucionales serán democráticamente electos.

seguridad y garantías jurídicas a (los derechos de) las personas, en manos de algunos jueces constitucionales, se está transformando en un ardid para escapar de los vínculos constitucionales e impartir ‘justicia’ desde la arbitrariedad moral o política. De esta manera, esta especie de ‘estrella polar’ de la modernidad jurídica, en una trágica paradoja, se está convirtiendo en la mascarada del arbitrio judicial. En una suerte de ‘garantismo espurio’ que, a la vez que cubre la arbitrariedad del juez, va perdiendo su significado original y, con éste, su sentido prescriptivo. No sería la primera vez que una empresa ilustrada, al entrar en contacto con la *rozza materia*, se convierte en su contrario¹³.

En las páginas que siguen utilizaré como pretexto algunas decisiones de órganos jurisdiccionales límite de México –el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia de la Nación– para mostrar cómo el ‘garantismo’ puede

¹³ La idea tiene una directa relación con las reflexiones de Bobbio frente a la experiencia comunista (aunque soy consciente de las diferencias entre las teorías involucradas y el grado de falsificación de las mismas): con el comunismo histórico “asistimos a la inversión total de una utopía, de la utopía política más grande de la historia (no hablo de las utopías religiosas) en su exacto contrario”. Cfr. N. Bobbio, *Teoria Generale della politica*, Einaudi, Torino, 2000, pp. 303-305.

utilizarse con finalidades y sentidos que corrompen su significado normativo. Utilizaré los casos para evidenciar tres posibles y perniciosos usos espurios:

- a) *Suplantación del legislador democrático*. El garantismo puede usarse como un instrumento argumentativo para justificar que los jueces se apropien de las decisiones políticas fundamentales que, desde una perspectiva democrática, corresponden al legislador. El caso extremo de esta operación se presenta cuando el Poder Judicial o la Corte Constitucional se autoerige –ante la ausencia de cláusulas de intangibilidad– como instancia de control –por razones materiales– de las reformas a la constitución.
- b) *Regreso al gobierno de los hombres*. El garantismo puede convertirse en una herramienta para escapar de los vínculos que impone la supremacía constitucional y adoptar decisiones que –más allá de su (in)justificación en términos políticos o morales– rompen con el ‘imperio de la ley’ al subvertir la jerarquía normativa;
- c) *Arbitrariedad enmascarada*. El garantismo puede ser un pretexto para disimular la arbitrariedad detrás de una

decisión que –más allá de su (in)justificación concreta– implicaría adoptar criterios de interpretación que deberían valer para otros casos similares (pero a los cuales se les trata diversamente).

Lo que me interesa mostrar es que, más allá de la posición que adoptemos frente al ‘paradigma del Estado Constitucional’ e independientemente de nuestra inclinación ante las tensiones que –en abstracto– existen entre el juez constitucional y el legislador democrático¹⁴, en los hechos, la importación de la teoría garantista en contextos en los que los operadores jurídicos –en particular los jueces– no están debidamente adiestrados para gestionar las implicaciones de dicho modelo o deciden utilizar su fuerza simbólica para aumentar el poder de los órganos jurisdiccionales, puede resultar contraproducente.

Antes de entrar en el análisis de los casos –uno analizado en el primer apartado del ensayo y tres más en el segundo– es obligado delinear, aunque sea de manera general, las tesis que establecen cómo debe ser la actua-

¹⁴ Cfr., P. Salazar, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE-UNAM, México.

ción de los jueces en el modelo garantista. Lo primero que conviene recordar es que el garantismo rechaza frontalmente el decisionismo en derecho. De ahí que la función judicial deba ceñirse –se antoja decir, ‘rigurosamente’– al principio de legalidad. El juez, para decirlo con Marina Gascón, “para poder ser una garantía de los derechos contra la arbitrariedad, no debe, a su vez, actuar arbitrariamente”¹⁵. El uso de un lenguaje normativo riguroso y factual, que garanticen un apego al principio de legalidad mediante una aproximación cognitiva y no normativa al Derecho, es un requisito para reducir la indeseable arbitrariedad del juzgador.

No sobra advertir que lo que está en juego, como parte de las garantías que protegen a los derechos fundamentales, son la certeza y la seguridad jurídicas. La vinculación del juez a la ley constituye una obligación que es, a la vez, jurídica, política y moral¹⁶. Si el juez abandona su compromiso con el principio de legalidad –abjura de su obligación de actuar *sub lege*–, traiciona su delicada función al interior del modelo constitucional. Sobre este punto, Ferrajoli, es claro:

¹⁵ M. Gascón, “La teoría general del garantismo. Rasgos principales” en M. Carbonell, P. Salazar (editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta, Madrid, 2006, p. 27.

¹⁶ Ibid.

Para garantizar los derechos el juez puede incurrir a una cierta ‘inventiva judicial’, “pero si no existe ningún apoyo legal, incluso tal inventiva (...) es imposible y no cabe otra solución que la denegación de la justicia”. La protección de los derechos “en la medida en que no tiene a sus espaldas una legislación suficientemente precisa y unívoca, contradice en el mejor de los casos su sujeción a la ley (...) Y se revela en el peor de los casos del todo imposible¹⁷.”

Al juez le corresponde asumir una actitud crítica frente al derecho que se traduce en advertir, denunciar y promover la expulsión del ordenamiento de aquellas leyes inconstitucionales (es decir, para usar el lenguaje ferrajoliano, que son vigentes pero inválidas) pero, al realizar esa delicada función, el juez, debe ajustar su actuación invariablemente al principio de legalidad que lo obliga, ante todo, a observar el contenido constitucional. La frontera de sus potestades y el marco de su función de garantía están normativamente establecidos tanto en la constitución como en las leyes. Con las palabras de Ferrajoli al reflexionar sobre la actuación de los jueces (en particular de los penales): “éstos no son libres de orientarse en las decisiones según sus personales convicciones morales, sino

¹⁷ *Derecho y Razón*, pp. 919-920. Ambas citas se encuentran en Gascón, op. cit., p. 29.

que, por el contrario, deben someterse a las leyes aun cuando pudieran hallarse en contraste con tales convicciones.»¹⁸ Y lo mismo vale –sobre todo– para los casos en los que estén en juego sus intereses o cálculos políticos.

Como puede observarse, es errado sostener que la teoría garantista promueve una actitud decisionista por parte de los jueces. Cuando éstos actúan sobre la base de un razonamiento moral abierto o a partir de cálculos políticos (estrategias sustantivamente distintas pero que lesionan igual a la certeza y la seguridad jurídicas) distorsionan y falsean la teoría. En el garantismo vale más bien lo contrario: la actividad judicial debe ceñirse a conocer los hechos y el derecho y a constatar las consecuencias de la aplicación del segundo sobre los primeros (no debe olvidarse la génesis penalista de la teoría). De ello depende, ni más ni menos, que el respeto al principio de imparcialidad.

Una cosa distinta es que, dadas las características de las constituciones contemporáneas los jueces, cuenten con mejores pretextos para esquivar su responsabilidad. O, en el mejor de los casos, aunque intenten cumplir

¹⁸ L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2000 (4ª Ed.), p. 925.

con ella, les resulte más difícil hacerlo. Para quien busque en esta explicación la justificación al decisionismo judicial me limito a referir la siguiente reflexión de Norberto Bobbio:

“Sé muy bien que es difícil despojarse de nuestras preferencias; pero precisamente en ello reside la nobleza del científico. La neutralidad axiológica es la virtud del científico, como la imparcialidad es la virtud del juez: a nadie se le ocurriría sugerirle a un juez que, dado que es muy difícil ser imparcial, lo mismo da que no lo sea.”¹⁹

So pena de incurrir en la falacia realista debemos mantener firme la lógica del garantismo que apunta en la dirección opuesta al decisionismo. No es casual que, incluso teóricos del neoconstitucionalismo –que suelen mostrar menos resistencia ante el activismo judicial (típicamente Dworkin y Alexy)– también aspiran a limitar el margen de discrecionalidad judicial a través de métodos de argumentación jurídica²⁰. Basta leer

¹⁹ N. Bobbio, *Teoria Generale della Politica*, Einaudi, Torino, 1999, p. 14.

²⁰ Andrea Greppi y Miguel Carbonell me han hecho notar, con razón, que esto se debe a que el garantismo y el neoconstitucionalismo son teorías que comparten algunos rasgos similares pero, en realidad, mantienen fuertes diferencias. El origen penalista de la teoría garantista

sus trabajos (sobre todo los de Alexy) para constatar que la ponderación –por citar el método más acreditado en el debate constitucional actual–, más allá de sus problemas, dificultades y limitaciones, es mucho más que una muletilla para ser usada por los tribunales a la hora de dictar una sentencia. Lo que sucede es que, como sostiene Francisco Laporta, en el constitucionalismo actual, “las sentencias han de someterse a un control de racionalidad mucho más severo que el anterior” porque “el juez es la boca muda de un razonamiento que debería poder ser aceptado por una audiencia ilustrada”²¹.

Sirvan estas premisas para abordar los casos que he ordenado en dos apartados que comparten esta introducción y la misma tesis de fondo pero que han sido escritos para que puedan leerse de manera independiente.

Garantismo espurio por ambición: a propósito de una decisión de la Suprema Corte de Justicia Mexicana

conduce a sus promotores hacia una reducción del activismo judicial mientras que el neoconstitucionalismo constata el activismo judicial existente en el marco de las democracias constitucionales y tiende a defenderlo.

²¹ Francisco Laporta en “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, cit., p. 55.

Una introducción –localista, pero– inevitable

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación es, a la vez, el máximo tribunal de casación y, desde 1994, el Tribunal Constitucional. Dentro de sus facultades se encuentran la de resolver aquellos juicios de amparo que considere relevantes (los demás quedan en manos de las instancias judiciales inferiores: tribunales de circuito y jueces de distrito), las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad²². Mientras que el Juicio de Amparo es un recurso que puede iniciar cualquier gobernado, ante los jueces o tribunales ordinarios, y los efectos de las sentencias que recaen en los mismos son particulares (valen solamente para el interesado); las controversias y las acciones de inconstitucionalidad son instrumentos de control que sólo pueden ser iniciados por poderes u órganos públicos²³ y las sentencias que las siguen tienen efectos genera-

²² También cuenta con una extraña facultad de investigación de “violaciones graves de derechos humanos” que ha ejercido en contadas ocasiones y cuya principal limitación es que las conclusiones a las que llega la SCJN no tienen efectos vinculatorios.

²³ La única excepción se presenta en el caso de las leyes electorales que pueden ser combatidas también por los partidos políticos.

les. Para resolver una acción de inconstitucionalidad (o una controversia) es necesario el voto mayoritario de los ministros pero, para que dicha decisión tenga como efecto declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada (es decir, para expulsarla del ordenamiento), es necesario el voto de 8 de los 11 ministros(as) que integran el Pleno de la Corte.

Por otro lado, vale la pena tomar en cuenta que la constitución mexicana es formalmente rígida pero, no sin razón, diversos estudiosos advierten que es “políticamente flexible”²⁴. Antes lo era porque durante 70 años un solo partido gobernó al país y tuvo una hegemónica mayoría en todos los espacios de representación política. Hoy parece serlo, paradójicamente, por lo contrario: dada la fragmentación política y el fenómeno de los gobiernos divididos, cuando los actores políticos deciden pactar, lo hacen desde la constitución y de esta manera evitan que una parte ellos –la que logre una mayoría simple en el parlamento

²⁴ El procedimiento de reforma se encuentra contenido en el artículo 135 constitucional: “La presente constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados (...).”

nacional– pueda manipular lo acordado. Como consecuencia algunas materias se encuentran normadas con excesivo detalle en la propia constitución. Pero lo cierto es que, hasta ahora, salvo algunas contadas excepciones²⁵, no había sido cuestionado que el “Poder Reformador de la Constitución –como se le llama en México– era, por decirlo de alguna manera, el poder soberano del Estado. En estricto sentido: *summa potestas superiorem non recognoscens* ya que era un saber compartido que sus decisiones no pueden ser revisadas por ningún otro poder. Ello en parte se debe a que la constitución mexicana no contempla cláusulas de intangibilidad²⁶ ni otor-

²⁵ Agradezco a Marco Zavala la advertencia de que, en cierta medida y con argumentos distintos, algunos autores como Rabasa, Tena Ramírez, Mario de la Cueva y Burgoa –todos ellos constitucionalistas mexicanos– habían manifestado sus dudas sobre el particular.

²⁶ Como sí lo hace, por ejemplo, el artículo 79 de la constitución alemana: “3. No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”. El Tribunal Constitucional alemán se atribuyó la facultad de anular reformas constitucionales cuando éstas violaran la “coherencia sistémica” de la constitución. Sin embargo, hasta ahora, no ha sido utilizada. Cfr. J. Ríos, A. Pozas. “Puede ser inconstitucional una enmienda constitucional”, en *Nexos*, 370, México, Octubre 2008, p. 91. En el mismo sentido, cfr. Art. 139 de la Constitución italiana de 1947 y, por lo que hace a “la integridad del territorio”

ga explícitamente a los jueces constitucionales la facultad de controlar la constitucionalidad de normas constitucionales. De hecho, el último criterio –vigente hasta 2008– de los jueces constitucionales era que dicho control ni siquiera procedía –en virtud de que la constitución no lo contempla expresamente– en contra de vicios en el procedimiento de aprobación de la reforma constitucional²⁷.

La suplantación del legislador democrático

En 2007 se aprobó –con el amplio respaldo de las principales fuerzas políticas del país– una polémica reforma a la constitución mexi-

y la “forma republicana de gobierno” el artículo 89 de la Constitución francesa de 1958.

²⁷ Cfr. Jurisprudencia P./J. 39/2002. También ver los precedentes contenidos en la sentencia al amparo en Revisión 1334/98 y en la tesis aislada P. LXII/99. Otros países latinoamericanos, por ejemplo, Colombia, cuya constitución (art. 241), contemplan expresamente las “demandas de inconstitucionalidad” contra reformas constitucionales pero, también en este caso, “sólo por vicios de procedimiento en su formación”. En el caso de Argentina el dilema fue planteado en 1994 ante la Corte Suprema de Justicia y tuvo como resultado un fallo de alcances inciertos (19-VIII-1999). Cfr. D. A. Sabsay, “El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia Argentina”, pp. 427-460.

cana que, entre otras muchas cosas, estableció lo siguiente:

“Los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por si o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión.

Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero”

En contra de este párrafo constitucional un grupo de intelectuales, algunos líderes de opinión, miembros del Consejo Coordinador Empresarial y, en particular, los grandes grupos empresariales de radio y televisión²⁸ promovieron diversos amparos ante el Poder Judicial. El principal argumento jurídico de los solicitantes fue que la nueva disposición

²⁸ Se calcula que esta reforma constitucional supuso una pérdida de 2 mil millones de pesos (alrededor de 150 millones de dólares) para las grandes cadenas de radio y televisión. Dinero que, en su enorme mayoría, elección tras elección provenía del erario público. A partir de la elección de 2009 las campañas políticas en los medios de comunicación tendrán lugar en los llamados “tiempos del estado”.

violenta la libertad de expresión y el derecho a la información recogidos en otro artículo de la propia constitución²⁹:

“Art. 6º. “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden publico; el derecho de replica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el estado.

(...)”

²⁹ Vale la pena advertir que el artículo 1º de la Constitución mexicana señala lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará (de los derechos) que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece (...)”. En realidad la verdadera finalidad de algunos de los solicitantes de los amparos –sobre todo de los empresarios- era boicotear la reforma electoral. Después del primer fallo de la Corte (29 de septiembre de 2008) el abogado del Consejo Coordinador Empresarial, Adolfo Arrijoja, declaró a la prensa lo siguiente: “lo primero que haremos será plantear la suspensión de los actos reclamados. Porque si obtenemos esa suspensión mientras se resuelven los amparos, va a quedar en suspenso la reforma constitucional y entonces se van a poder contratar espacios en radio y televisión en las elecciones federales de 2009”.

La mesa estaba servida para uno de los debates políticos y jurídicos más intensos de los últimos años en el país. Centraré mi atención exclusivamente en los dilemas teóricos que plantea el caso y que son de interés para nuestro tema. Pero, primero, es necesario describir cuáles fueron las posiciones de los ministros de la Suprema Corte mexicana (que, como veremos, se encuentran divididos en el tema).

Lo primero que debo advertir es que los amparos fueron precedidos por dos acciones de inconstitucionalidad presentadas por dos partidos minoritarios³⁰ que, en un primer momento, fueron desestimadas por ser “notoriamente improcedentes” en virtud de que la Corte ya había dictado en el año 2002 –cuando se intentó interponer una acción similar en contra de la reforma constitucional en materia indígena– una jurisprudencia en el siguiente sentido: “procedimientos de reforma y adiciones a la Constitución no son susceptibles de control constitucional”³¹. Sin embargo, ante un recurso de reclamación interpuesto por los partidos en contra de la desestimación,

³⁰ Los partidos actores eran: Convergencia y Nueva Alianza.

³¹ Se trata de la jurisprudencia referida en la nota 27.

sorprendentemente, una mayoría de seis ministros (contra cinco) ordenó la admisión de las acciones “por no existir una notoria y manifiesta causa de improcedencia”³².

Con esa decisión se sentaron las bases para un posible cambio de criterio con respecto a la (im) procedencia de los actos (acciones y/o controversias) para impugnar la inconstitucionalidad de reformas constitucionales. De hecho, al leer las posiciones de los ministros, no queda siquiera claro cuántos de ellos estarían a favor de que dicho control abarcara incluso cuestiones materiales³³. Lo único que sabemos es que, en principio, cinco de ellos piensan que dicho control es improcedente: a) por no estar contemplado en la constitución; b) porque sólo podría ser incorporado en la misma por el poder reformador de la constitución ya que éste se encuentra por

³² Al final se terminó decretando el sobreseimiento de las acciones (26 de junio de 2008) con el voto de siete ministros. Pero los dos que se sumaron a la anterior minoría lo hicieron con argumentos distintos a los que sostenían la improcedencia por tratarse de una reforma constitucional. Así que el tema que nos interesa no quedó resuelto. Reconstruyo el caso a partir del artículo de Fernando Franco (ministro de la Corte), “La Reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en L. Córdova, P. Salazar, *Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, TEPJF, México, 2008, pp. 95-121.

³³ Cfr. *Ibid.*, pp. 105-106.

encima de los tres poderes y de “cualquier órgano público sea federal o local” en virtud de que es el único que puede modificar la constitución³⁴. Pero, por el momento, la tesis de 2002 está en el aire.

El desacuerdo aumentó de intensidad en el caso de los amparos. Los jueces de Distrito que los recibieron, como era de esperarse, también los rechazaron por ser “notoriamente improcedentes”. Sin embargo, los interesados interpusieron un recurso de revisión contra dicha decisión y, ante esta acción –y dada la trascendencia del asunto–, la Suprema Corte decidió ejercer su facultad de atracción. De esta forma, el asunto pasó desde los juzgados ordinarios hasta el Pleno de los Jueces Constitucionales. La decisión de éstos determinaría si el amparo –ya no la acción de inconstitucionalidad– podía ser una vía idónea para impugnar reformas constitucionales. Como ya había sucedido en el caso de las acciones antes descritas, una mayoría de seis ministros revocó los autos de desestimación y ordenó a los jueces de distrito dictar otro

³⁴ Como se verá más adelante en lo personal comparto en lo fundamental la postura de estos cinco ministros que, en lo sustantivo, fue reiterada por una parte de ellos cuando se decidió la procedencia de los juicios de amparo (el Presidente de la Corte que, en el caso de las acciones se encontraba en este grupo minoritario, cuando se resolvió el tema de los amparos, cambió de posición).

“mediante el cual, de no existir diverso motivo manifiesto e indudable de improcedencia (...) admita la demanda de garantías”³⁵. Esto significa que, los jueces de Distrito, “podrían entrar a revisar forma y fondo”³⁶ de la reforma constitucional.

Los argumentos de los seis ministros que abrieron esta posibilidad fueron, entre otros, los siguientes: a) los actos de Poder reformador de la Constitución son actos de gobierno y, por lo tanto, susceptibles de control vía amparo y; b) una sentencia reciente de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos estableció que debían existir mecanismos de protección de los derechos humanos independientemente del poder que las realizó³⁷.

³⁵ De esta manera, siguiendo la interpretación liderada por el ministro J. R. Cossío, se admitieron 27 de los 42 amparos presentados. Como ya señalamos uno de los ministros de la minoría en el caso anterior pasó a la mayoría (Ortiz Mayagoitia, Presidente de la Corte) y otro de ellos, M. Azuela, que había formado parte de la mayoría anterior, no estuvo presente el día de la decisión.

³⁶ La interpretación es del ministro (en minoría), Franco. Cfr., F. Franco, “La reforma ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, op. cit., pp. 120-121.

³⁷ Se trató de otro caso electoral: Caso Castañeda Gutman contra Estados Unidos Mexicanos (sentencia de 6 de agosto de 2008). El argumento fue expuesto por el Presidente de la Corte y, como él mismo aceptó con posterioridad, se basó en una lectura equivocada de la sentencia en cuestión.

Este último argumento venía a reforzar el ‘sentido garantista’ que, para dichos ministros, tenía la decisión. En lo que sigue del apartado centraré mis críticas a la postura de estos jueces constitucionales.

Los dilemas que plantea la decisión son múltiples. Tres me parecen medulares:

1. En primer lugar destaca el tema de la competencia. Dada la importancia del tema que nos ocupa –¿pueden los jueces valorar la constitucionalidad de una reforma a la propia Constitución?– necesitamos una norma de competencia. Dicha norma, en un Estado constitucional, necesariamente, debe provenir de alguna autoridad estatal facultada para emitirla. Una posibilidad es que la norma en cuestión se encuentre en la constitución. Es decir, que sea producto del Poder constituyente originario (el que aprobó la constitución mexicana en 1917) o creación del poder reformador de la constitución en una fecha posterior. La otra alternativa, si la norma no está en la Constitución, es que tenga un origen jurisdiccional. Es decir, que mediante una interpretación constitucional sean los propios jueces –en el caso mexicano la Suprema Corte–

los que se autofacultan para controlar las reformas constitucionales³⁸.

2. Un segundo dilema tiene que ver con los parámetros normativos que sirven para determinar la inconstitucionalidad de una norma general. En los casos de control de constitucionalidad sobre leyes (y, en general, sobre normas de rango secundario) no parece existir mayor problema. Sabemos que una norma es inválida cuando contradice la norma que está por encima de ella. Si la Constitución es la última norma a la que deben ajustarse todas las normas de un ordenamiento, los jueces, deben expulsar del ordenamiento las normas que la contradicen. El parámetro para determinar dicha invalidez es la Constitución misma. En este terreno cobra particular sentido la tesis ferrajoliana y garantista de la distinción entre vigencia y validez de las normas. Pero, ¿qué pasa cuando alegamos la inconstitucionalidad de una norma constitucional como exigen los impugnadores de

³⁸ Esta postura fue defendida por algunos ministros de la Corte mexicana. Su argumento fue que el artículo 105 de la Constitución, al establecer que la Corte es competente para conocer “las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre *una norma de carácter general y esta constitución*”, los facultaba para controlar reformas a la constitución porque las mismas producen ‘normas generales’.

la reforma electoral? En ese caso tenemos, al menos, tres alternativas:

2.1. Si existen cláusulas de intangibilidad –límites expresos a la reforma constitucional– utilizamos dichas normas como criterio para determinar la (in)validez de la reforma.

2.2. Pero, si dichas cláusulas no existen expresamente, tenemos que asumir que existen límites implícitos a la reforma. Es decir, los jueces determinarán que una parte de la constitución –por ejemplo, en la que se recogen los derechos y algunos principios fundamentales como la división de poderes– está por encima del resto y la utilizarán como parámetro para valorar que tan ‘constitucional’ son las demás normas de la propia constitución³⁹;

³⁹ Sobre estos dos tipos de límites a la reforma constitucional: expresos (como los que existen en Alemania) e implícitos –que pueden ser textuales o tácitos– (y principios básicos del constitucionalismo: derechos y separación de poderes), cfr., F. J. Díaz Revorio, *La ‘constitución abierta’ y su interpretación*, Palestra Editores, Lima, 2004, p. 54. Sobre el mismo tema, cfr., entre otros, los siguientes títulos citados por éste autor y consultados por quien esto escribe: M. Aragón, *Constitución y democracia*, Tecnos, Madrid, 1989; P. De Vega, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985; M. V. García-Atance, “La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad”, en *Revista de Derecho Público*, N. 1,

2.3. Otra posibilidad es, de plano, recurrir a consideraciones extraconstitucionales –una teoría jurídica determinada, algunos principios morales, convicciones religiosas, criterios políticos, etc.– para ‘valorar’ si la norma constitucional se ajusta o no a lo que *debe ser* constitucional.

3. En el fondo subyace un problema de legitimidad de las decisiones. La llamada ‘dificultad contramayoritaria’ adquiere su máxima expresión cuando los jueces controlan la ‘constitucionalidad’ de reformas constitucionales. No podemos olvidar que la constitución tiene una dimensión jurídica pero también una dimensión política; por lo que el poder que tiene la última palabra para determinar su contenido (ya sea vía una reforma a su texto o a través de la interpretación del mismo) será el poder soberano en el Estado. Por lo mismo las objeciones democráticas que se oponen, por un lado, a la supremacía y a la rigidez constitucionales y, por el otro, sobre todo, al control de constitucionalidad jurisdiccional sobre leyes⁴⁰; se potencian al extre-

1992, pp. 324 y ss. También se recomienda: C. De Cabo, *La reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003.

⁴⁰ Las objeciones a la rigidez y, en particular, a la super-rigidez constitucionales (como la del artículo 128 de la Constitución española), como ha advertido, Juan

mo cuando los jueces constitucionales enfrentan al poder reformador de la constitución⁴¹. El conflicto, entonces, deja de ser estrictamente jurídico para convertirse también en un brete político en el que está en juego la legitimidad de las decisiones fundamentales.

Ya dijimos que la Constitución mexicana no contiene cláusulas de intangibilidad⁴². Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la mayoría de los ministros de la Corte mexicana se inclinó por aceptar la teoría de los límites implícitos a la reforma constitucional y, en virtud de esta tesis –que según algunos autores tiene una inspiración garantista⁴³–, deci-

Carlos Bayón, deben mantenerse distintas de las objeciones que se oponen al control de constitucionalidad en manos de los jueces. Cfr. J. C. Bayón, «Diritti, democrazia, costituzione.», en *Ragion Pratica*, no. 10, 1998.

⁴¹ Sobre este tema, cfr., P. Salazar, *La democracia constitucional*, op. cit.

⁴² Si nos atenemos al texto del artículo 39 de la constitución mexicana, de hecho, podríamos llegar a la conclusión opuesta: “La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

⁴³ Según Díaz Revorio “La idea de límites implícitos surge del concepto político (o material-garantista) de Constitución”. Díaz Revorio, op. cit., p. 65. Si miramos

dió abrir la puerta del control judicial a las reformas constitucionales. Pero, al hacerlo, no reparó en que una cosa no se desprende de la otra: suponiendo sin conceder la existencia de dichos límites implícitos, no se sigue necesariamente que la custodia de los mismos deba quedar en manos de los jueces. Pero, además, y esto es más delicado, rompió con el principio de legalidad al auto-otorgarse una facultad que la constitución no le otorga expresamente. Para decirlo con uno de los ministros de la minoría, Fernando Franco:

a la jurisprudencia comparada encontraremos experiencias contradictorias. Como nos informan Julio Ríos y Andrea Pozas: La Suprema Corte de Irlanda sentenció categórica que ‘Ningún órgano del Estado, incluida ésta Suprema Corte, es competente para revisar o nulificar una decisión del pueblo’ en 1995 cuando la XIV reforma constitucional, que garantiza el derecho a recibir e impartir información relacionada con servicios abortivos, fue cuestionada argumentando su inconstitucionalidad con base en que otro artículo de la Constitución irlandesa que garantiza “la vida del no-nacido”. En cambio, “otros tribunales constitucionales han decidido que sí tienen la facultad de revisar la constitucionalidad de las reformas. Para ello, necesariamente han tenido que definir los criterios bajo los cuales una reforma es inconstitucional. El criterio establecido por la Suprema Corte de la India –que es particularmente activista en este tema– se basa en el concepto de ‘identidad constitucional’. En esta estrategia se debe distinguir de entre todos los artículos y principios constitucionales cuáles son ‘básicos’ o ‘fundamentales’, los que dan identidad a la constitución”. Cfr. J. Ríos, A. Pozas, “Puede ser inconstitucional una enmienda constitucional”, op. cit., p. 90.

“...la Suprema Corte de Justicia efectivamente es la garante de la constitucionalidad, pero (...) precisamente por ello debe someterse de manera precisa a la competencia que le ha otorgado el Constituyente, no puede por vía de interpretación, prorrogar sus competencias”.

Si valoramos el principio de certeza, esta posición, en apariencia formalista, es más acorde con la teoría garantista que la que terminó por imponerse. Ello por la simple razón de que es más respetuosa del ‘imperio de la ley’ y de sus implicaciones como límite al poder de los órganos del Estado. Pero, además, la tesis de los ‘límites implícitos’ a la reforma constitucional, cuando se enfrenta –como en este caso– un potencial conflicto entre derechos y/o principios constitucionales- nos conduce indefectiblemente al terreno de los argumentos ‘metaconstitucionales’. La decisión de los jueces deberá basarse en algún criterio que permita establecer jerarquías entre los bienes enfrentados y que no se encuentre en la constitución (o, al menos, no totalmente). Al final, inevitablemente, la decisión se fundará en criterios –además de subjetivos– políticos, morales, religiosos, etcétera.

Este hecho incrementa el grado de tensión entre el poder de reforma constitucional y los jueces constitucionales. Esto es así porque, si bien las decisiones del primero son eminente-

mente políticas –no podría ser de otra manera: es un poder materialmente legislativo que tiene su origen en los principios de autonomía y de representación democrática–, las de los segundos deberían ser primordialmente jurídicas. Sin duda, al actuar, los órganos políticos deben ceñirse al derecho pero el motor de su actuación es legítimamente político y sus decisiones responden a razones de esa misma naturaleza. Por lo que hace a los jueces, aunque ya no desaparecen detrás de la ley, como quería Montesquieu, sí deben desaparecer detrás de un razonamiento sólido y jurídicamente fundado⁴⁴ y deben ceñir sus decisiones a consideraciones estrictamente jurídicas.

Por todo lo anterior, si los jueces constitucionales se apoderan del contenido de la constitución (auto-facultándose para redefinir el instrumento normativo supremo que sirve de base para controlar la validez de todos los actos jurídicos inferiores), amenazan a la certeza jurídica y abandonan su misión constitucional. Pero, sobre todo, se convierten en un poder autárquico, desvinculado. Además, de paso, generan un contexto en el que el enfrentamiento entre los poderes puede desviarse del cauce constitucional⁴⁵. De hecho,

⁴⁴ Cfr. “Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta”, op. cit., p. 55.

mediante esta operación, de manera intencional o culposa, abren la puerta a múltiples consecuencias insospechadas.

Para empezar no es posible saber en dónde se detendrán. Aunque, en principio, los jueces, sólo intervienen cuando son ‘llamados en causa’, desde un punto de vista práctico, una vez que se autofacultaron para decidir cuándo un artículo constitucional recién aprobado es incompatible con los principios del constitucionalismo democrático, ¿por qué no podrían facultarse para hacer lo mismo con las disposiciones constitucionales preexistentes? En México, por ejemplo, el artículo 33 cons-

⁴⁵ Ante la decisión de la Corte, la reacción de los dirigentes de los principales partidos en el Senado mexicano no se hizo esperar: Beltrones (PRI) advirtió que “sería un exceso por parte de la Corte tratar de limitar el ejercicio del Poder Constituyente, porque la división de poderes sufriría en consecuencia...»; Creel (PAN) advirtió “la tensión que origina este fallo es muy fuerte, porque el Constituyente Permanente es un poder que constituye a otros, incluida la Corte”; Monreal (PRD) fue más lejos: la Corte “aceptó solamente los que promovieron los intelectuales y los empresarios. Fíjense que grave precedente para el País, de nueva cuenta la justicia se compra, la justicia es para los poderosos.” En respuesta, el abogado de los empresarios arremetió contra “...los pronunciamientos exaltados y hasta groseros de algunos senadores que no entienden ni respetan el principio constitucional de la división de poderes que se expresa en la independencia de nuestro Máximo Tribunal...”. En el fondo merodeaba una pregunta: ¿quién es el soberano?

titucional establece que el Presidente “tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente” y, de paso, prohíbe a los extranjeros “inmiscuirse en los asuntos políticos del país”⁴⁶. Esta disposición contraviene los principios elementales del ‘debido proceso’ y, sin duda, no es afín con el sentido del paradigma garantista y, por si no bastara, contradice algunas disposiciones de tratados internacionales celebrados por México⁴⁷. Siguiendo su extraña interpretación del garantismo nada impide que se

⁴⁶ Sobre los alcances de esta disposición y las interpretaciones que ha hecho la Corte mexicana de la misma, cfr., M. Becerra, “El artículo 33 constitucional en el Siglo XXI”, en *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho constitucional y política*, México, IJ-UNAM, 2005.

⁴⁷ Por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en su artículo 9 señala que: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”. Asimismo son conocidas las disposiciones de múltiples tratados –destacadamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos– que prohíben toda discriminación, entre otras, por razones de nacionalidad. Sobre el tema en particular, el artículo 22 de este documento, en su párrafo 6 señala lo siguiente: “El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley. [...]”. El mismo artículo en su párrafo 9 señala: “Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.”

propusieran derogar también esta clase de disposiciones constitucionales –hasta ahora– vigentes.

Pero el caso concreto que nos ocupa implica otras posibles consecuencias, si se puede, aún más delicadas. Para empezar la decisión de la mayoría de ministros permitió que –a través del amparo– cualquier juez, y no sólo la Suprema Corte, pueda conocer esta clase de demandas. Con ello, de paso, rompió con la lógica –buena o mala– que descansa detrás de las acciones de inconstitucionalidad en México en el sentido de que éstas sólo pueden ser iniciadas por instancias legislativas o de la administración pública (recordemos que los amparos pueden ser promovidos por cualquier persona⁴⁸). Ello conlleva una consecuencia ulterior: mientras que las acciones de inconstitucionalidad contra normas secundarias sólo pueden ser resueltas –declarando la

⁴⁸ Debo esta observación a Pablo Larrañaga. Según el artículo 105, II) de la Constitución sólo pueden iniciar acciones de inconstitucionalidad (para diferentes tipos de normas): a) el equivalente al treinta y tres por ciento de los diputados y senadores; el Procurador General de la República; el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de las legislaturas locales (incluida la del Distrito Federal); los Partidos Políticos (sólo contra leyes electorales); la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los organismos equivalentes de los Estados de la República.

inconstitucionalidad de la norma— por una mayoría calificada de 8 ministros (sobre 11)⁴⁹; los amparos, como acabo de advertir, pueden ser otorgados por un juez o tribunal ordinarios. Y, por si no bastara, dados los efectos relativos del amparo mexicano, esto podría provocar una fractura del principio de igualdad jurídica en el país: en los hechos puede terminar existiendo una constitución para los amparados y otra para el resto de los mortales⁵⁰.

Nadie niega que los legisladores —en este caso el Poder Reformador de la Constitución— puedan excederse en su actuación y vulnerar principios/derechos constitucionales. De hecho, el protagonismo de los jueces que ahora critico ha sido provocado en gran medida por la irresponsabilidad y voracidad de los gobernantes y representantes democráticos. Pero, como ha señalado Lorenzo Córdova,

⁴⁹ Esta mayoría también es necesaria para que las consideraciones de la decisión tengan un carácter vinculante para el resto de las autoridades jurisdiccionales.

⁵⁰ Esto mismo sucede, como me advirtió Alejandro Madrazo, si bien en un nivel normativo distinto— en virtud de la llamada “Cláusula Otero” que limita los alcances de las sentencias de amparo. Obviamente mi posición al respecto es que dicha cláusula debería ser definitivamente superada.

“la tiranía de la mayoría es tan peligrosa para la democracia como un control tiránico de la constitucionalidad lo es para el constitucionalismo⁵¹”. Existen controles democráticos –pluralidad, opinión pública, prensa– para frenar las tendencias antigarantistas que puede impulsar la dinámica democrática. Y, cuando éstas se plasman en normas secundarias, también existe el control jurisdiccional de constitucionalidad. Lo que no encuentro justificado es que los jueces constitucionales amplíen los alcances de ese mecanismo de garantía para colocarse por encima de los representantes democráticamente electos. Lo que sucede es que, para mí, no es claro porqué la desconfianza a los representantes populares no es extensiva a los miembros poder judicial. En México, por ejemplo, –aunque en los últimos años la Suprema Corte ha comenzado a abrirse a la ciudadanía– los jueces y magistrados son personajes invisibles por no decir opacos. Nadie los conoce, ni puede exigirles cuentas. A los diputados y senadores, por lo menos, los elegimos periódicamente en un contexto de elecciones competitivas.

Al analizar el caso que ocupó nuestra atención dejé de lado la dimensión política del

⁵¹ Exposición oral presentada en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Febrero de 2008.

garantismo que se funda en la premisa básica de que los derechos fundamentales son los derechos del más débil. Tengo para mí que, más allá de las consideraciones jurídicas expuestas por la mayoría de los jueces constitucionales, en el caso concreto, están en juego intereses muy poderosos. No olvidemos que los promotores de los amparos fueron, en su mayoría, grupos empresariales, televisoras e intelectuales que trabajan para las mismas. Desde esta perspectiva, más allá de las objeciones que puedan hacerse a la decisión de los seis ministros y que he intentado delinear en los párrafos precedentes, es revelador que lo que se negó de manera tajante cuando se intentó impugnar algunas disposiciones constitucionales de la llamada ‘reforma indígena’ en 2002 (y que, según algunas organizaciones populares, ponían en riesgo los derechos de los indígenas mexicanos), ahora, cuando están en juego los intereses de los poderosos, resultó posible. Por ahí tampoco encuentro el ánimo garantista de los jueces constitucionales mexicanos.

Al calor del debate suscitado por la decisión de la Corte en México se ha dicho que el control de constitucionalidad sobre reformas constitucionales es necesario para evitar que el poder reformador de la constitución apruebe normas que, por ejemplo, permitan la esclavitud o la tortura. Esto es, para evitar

que los legisladores, desfonden el ‘coto vedado’ que Ernesto Garzón Valdés, con tanto tino, nos ha enseñado a defender. A mí me parece que, en un contexto en el que reformas de esa naturaleza son verdaderamente posibles –que implicaría una amplia mayoría de representantes populares alineados con una concepción autoritaria y anti-constitucionalista–, no quedaría defensa institucional alguna para proteger dicho “coto vedado”. Por lo menos no en el ámbito interno (y cualquier intento de defensa en el circuito internacional podría tener un importante valor simbólico pero no derivaría en decisiones vinculantes para el Estado mexicano⁵²).

En un caso extremo como los ejemplos citados (introducción de la esclavitud o de la tortura en la constitución), la mutación constitucional sería tal que lo único que nos quedaría es ejercer el legítimo derecho a la resistencia (que, de hecho, podría incluir el

⁵² Quienes sostienen una postura contraria a la que he argumentado en este texto recuerdan el caso *Olmedo Bustos y otros vs Chile*, conocido como “La última tentación de Cristo” en el que la Corte Interamericana de Derechos ordenó al Estado chileno modificar su Constitución. El caso es un buen ejemplo del valor político y simbólico que pueden llegar a tener los tribunales internacionales pero, en definitiva, la decisión de la CIDH pudo ser ignorada por el Estado chileno sin que existieran medidas coercitivas para sancionar el eventual desacato.

recurso ante instancias internacionales). Para decirlo con Ermanno Vitale, tendríamos que convertirnos en ‘conservadores de la constitución’; en personas que:

“en el caso extremo, una vez agotada toda posibilidad de oposición legal, resisten. (Y lo hacen) teniendo como objetivo la defensa de los principios y de las normas constitucionales porque consideran que los mismos se encuentran seriamente amenazados o, incluso, que han sido subvertidos no sólo mediante su abrogación, sino incluso a través de mecanismos que los debilitan o vacían su contenido por lo que comprometen sus efectos dentro del ordenamiento jurídico y en la realidad social”⁵³.

⁵³ Cfr. E. Vitale, “Cambio político, Constitución y derecho de resistencia”, ponencia presentada en el Instituto Electoral del Distrito Federal, México, diciembre de 2008. Vitale en su texto reproduce la siguiente reflexión de Rawls en la misma dirección: “La teoría de la desobediencia civil enriquece una concepción puramente legalista de la democracia constitucional. Ésta intenta formular los motivos mediante los cuales es posible disentir de la autoridad democrática legítima mediante acciones que, a pesar de haber sido declaradas contrarias a la ley, siguen expresando una fidelidad a ésta y un llamado a los principios políticos fundamentales de un régimen democrático. Por ello es posible agregar a las formas jurídicas del constitucionalismo ciertas modalidades de protesta ilegal que no violan los objetivos de una constitución democrática, a la luz de los principios por los que está guiado el disenso”.

En ese supuesto la lucha por los derechos adquiere un carácter político porque el paradigma democrático constitucional habría quedado desfondado. Y ese desfondamiento, permítaseme insistir en el punto, también puede provenir de las decisiones de un Tribunal Constitucional que deforme la teoría garantista para erigirse en el poder soberano de un Estado cualquiera.

Garantismo espurio por frivolidad: a propósito de tres decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México

Una introducción -localista, pero- necesaria.

La Sala Superior del Tribunal Electoral en México tiene facultades muy poderosas. Para los efectos de este ensayo basta con advertir que –por una anomalía mexicana que excluyó a los derechos políticos del catálogo de los derechos fundamentales– corresponde a esta autoridad jurisdiccional y no a la Suprema Corte de Justicia brindar protección constitucional a los Derechos Políticos. El recurso de garantía por excelencia para dichos derechos se llama ‘Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano’

(en adelante: JDC)⁵⁴. Durante la década que va de 1996 a 2006, el Tribunal, por la forma en que amplió los alcances de ese recurso de protección constitucional, se ganó fama de ‘garantista’ y progresista⁵⁵. Más allá de lo (in)justificado de la calificación lo cierto es

⁵⁴ En ciertos supuestos pueden utilizarse otros recursos jurídicos –como el recurso de apelación, el recurso de inconformidad o el juicio de revisión constitucional– para combatir decisiones que vulneran derechos políticos fundamentales. (Agradezco a Marco Zavala la precisión).

⁵⁵ Cfr. J. Orozco, “Jurisprudencia electoral y reforma constitucional y legal” en L. Córdova, P. Salazar, *Constitución, democracia y elecciones: la reforma que viene*, México, 2007. El propio Tribunal asumió expresamente esa orientación al adoptar algunas decisiones que permitieron ampliar los derechos de los militantes frente a las dirigencias partidistas, los supuestos de legitimación para presentar impugnaciones, etcétera. A continuación reproduzco dos párrafos que constan –apenas con algunos cambios menores– en las sentencias de aquella época que fueron proyectadas en dicha dirección: “No obstante ello, y en una nueva reflexión más acorde a la vocación garantista y antiformalista que ha demostrado el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, misma que en diversas resoluciones se privilegia el derecho de impartir justicia electoral accesible, completa y efectiva; una protección amplia de los derechos político-electorales del ciudadano, así como el fortalecimiento del sistema de partidos políticos, ha decidido adoptar el criterio de que para la aplicación del precepto jurídico citado en el párrafo anterior se deberá necesariamente valorar la naturaleza del acto reclamado y su vinculación con el proceso electoral.

(...)

que éste fue el primer tribunal que ostentó dicho calificativo en México⁵⁶.

Desde Noviembre de 2006, la Sala Superior del Tribunal Electoral tiene una nueva integración (siete nuevos jueces) y, desde 2008, nuevas y mayores facultades. En ocasiones parece que está aprendiendo a utilizarlas como lo haría un infante al que le regalan su primera caja de crayones: con fuerza, sin forma, en todas direcciones, en todas partes. Pero, según los propios jueces, lo hacen con vocación “garantista”.

Así, bajo el modelo de constitucionalismo denominado garantista, al resolver una cuestión interpretativa en la que existan diversas posibilidades, esta Sala Superior se inclina en favor de aquella que resulta conforme con la Constitución, en el caso concreto, el derecho de acceso a la justicia que prevé el artículo 17 de nuestra Carta Magna.” Cfr., entre otras, las sentencias registradas bajo los rubros: SUP-RAP-72/2005 y SUP-RAP-080/2005. La decisión más controvertida de dicha integración de la Sala Superior del Tribunal Electoral fue el Dictamen de validez de la elección presidencial en 2006 (que le valió críticas de muchos de sus –hasta entonces– admiradores). Cfr. Cruz Parceró, “Los errores y las omisiones del Tribunal Electoral. Análisis argumentativo del dictamen de la elección presidencial”, en *Isonomía. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 26, abril 2007.

⁵⁶ Lo cual molestó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Véase César Astudillo, “La guerra de las cortes”, en *Nexos* No. 366. Junio de 2008.

De regreso al gobierno de los hombres.

Permítaseme una perogrullada: el principio de supremacía constitucional constituye uno de los presupuestos fundamentales del constitucionalismo contemporáneo y su observancia por parte de todos los poderes –el judicial incluido– es garantía última del imperio de la ley. En el primer caso que analizaremos, los jueces electorales olvidaron esta cuestión elemental y adoptaron una decisión que –aunque pueda parecer políticamente sensata– implicó subvertir la jerarquía normativa. Veamos los aspectos medulares del caso:

El artículo 38, fracción II, de la Constitución mexicana ordena la suspensión de los derechos ciudadanos a quienes se encuentran sujetos a un proceso criminal desde la fecha del llamado “auto de formal prisión”, que es una resolución judicial que se dicta al inicio del proceso y, por lo mismo, antes de que se determine la culpabilidad o inocencia del procesado.⁵⁷ Se trata, a todas luces, de una

⁵⁷ “Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: (...) ii. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión (...)”. El propio Tribunal Electoral explica esta figura jurídica con las siguientes palabras: “...el referido auto de formal

disposición que contradice el ánimo que inspira a la teoría garantista pero, nos guste o no, es una disposición constitucional vigente en México.

Con fundamento en esa disposición la autoridad electoral administrativa mexicana (Instituto Federal Electoral) negó la credencial de elector (documento de identidad indispensable para ejercer los derechos políticos en México) a José Gregorio Pedraza Longi. La decisión se sustentó en la notificación judicial oficial mediante la cual el Juez Penal de un pueblo llamado “Libres⁵⁸” advertía a la autoridad electoral que había dictado “auto de formal prisión” en contra de Pedraza Longi por lo que, con las palabras del propio juez,

prisión es aquella resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional al vencer el término de setenta y dos horas, mediante la cual, previa reunión de los datos que sean suficientes para comprobar el cuerpo del delito y que exista presunta responsabilidad del inculcado, se emite prisión preventiva en su contra y, por lo tanto, se le sujeta a un proceso penal, con lo cual, se fija la materia por la que se ha de seguir el mismo; debiéndose precisar que el objeto de dicho auto de formal prisión no se limita a la detención, sino que habrá de tener algunas otras consecuencias como: (...) d) suspende los derechos y prerrogativas del ciudadano, en términos de la fracción II del artículo 38 de la Constitución General de la República.”

⁵⁸ El nombre completo del juzgado es: “Juzgado Mixto de San Juan de los Llanos Libres Puebla”.

“fue suspendido de sus derechos políticos”⁵⁹. El ciudadano impugnó la decisión mediante un JDC ante la Sala Superior del Tribunal Electoral. Y, aunque no era el primer caso similar que llegaba a esta instancia, sí fue la primera ocasión en la que ese órgano jurisdiccional –por el voto unánime de sus miembros– otorgó la razón al ciudadano. Esta fue la argumentación unánime de los jueces:

a) Los derechos fundamentales constitucionales “deben concebirse como principios o lineamientos mínimos; los cuales, al no encontrarse constreñidos a los consignados de manera taxativa en la norma constitucional, deben considerarse susceptibles de ser ampliados por el legislador ordinario, o por convenios internacionales”;

b) Si bien, la Suprema Corte de Justicia mexicana –al interpretar el artículo que establece la jerarquía normativa en México (Artículo 133 de la constitución)– ha sostenido que “los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la constitución federal⁶⁰”; para el Tribunal Electoral “si el tratado amplía la esfera de liberta-

⁵⁹ El caso completo y las citas textuales al mismo se encuentran en la sentencia correspondiente registrada bajo el rubro SUP-JDC-85/2007.

des de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de los ciudadanos, deben considerarse como normas supremas de la unión y constitucionalmente válidas”;

c) Y como el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que “la suspensión de derechos no debe ser indebida”⁶¹; en palabras del Tribunal: “resulta válido atender a éste (artículo) para orientar la decisión respecto de la pretensión del demandante, en el sentido de que, al estar sujeto a proceso y no encontrarse privado de la libertad, debe permitírsele ejercer el derecho a votar y por consiguiente, expedirle la credencial de elector que solicitó”;

d) El Tribunal refuerza su argumento con el principio de presunción de inocencia: “aun cuando el impetrante haya sido sujeto a la traba de la formal prisión por su presunta responsabilidad en la comisión de los ilícitos de mérito, no ha sido condenado, lo cual es

⁶⁰ Tesis LXXVII/99 (que aunque ha sido ratificada aún no ha sentado jurisprudencia).

⁶¹ En efecto, el encabeza del artículo establece que “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: (derechos políticos)”.

condición para ser suspendido en el derecho a votar”;

e) Para rematar, incluso, los jueces evocan un artículo de la Constitución local del Estado de Puebla –que tiene un tercer nivel en el escalafón normativo– y que señala que, en esa entidad geográfica, los derechos políticos se suspenden: “por estar procesados por delito intencional *que merezca sanción corporal*, desde la fecha en que se dicte auto de formal prisión...⁶²”.

Sobre esta base argumentativa los jueces ordenaron que se le entregara la credencial al ciudadano. Lo que resulta sorprendente es que, para poder hacerlo, realizaron una extraña especie de control de constitucionalidad invertido: como el artículo 38 de la Constitución contradice un tratado internacional y una constitución local, entonces, no debe aplicarse (lo que, para todo fin práctico, supone declararlo inválido). Teniendo como base un presunto principio garantista *–in dubio pro cive–* abandonaron uno de los principios básicos de todo orden constitucional: la supremacía de la Constitución. De esta forma, aunque

⁶² El subrayado es mío. Como puede observarse, a diferencia de la constitución federal, la carta constitucional local exige que se trate de un delito intencional para justificar la suspensión.

brindaron tutela al derecho político del Sr. Pedroza Longi, socavaron al principio de la certeza jurídica⁶³.

⁶³ Con su decisión, además, contradijeron el sentido de la siguiente tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN (Tesis: 1a./J. 171/2007): *“Derechos políticos. Deben declararse suspendidos desde el dictado del auto de formal prisión, en términos del artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Si bien el citado precepto constitucional dispone expresa y categóricamente que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden a causa de un proceso criminal por delito que merezca pena corporal y que el plazo relativo se contará desde la fecha de la emisión del auto de formal prisión; y, por su parte, el artículo 46 del Código Penal Federal señala que la referida suspensión se impondrá como pena en la sentencia que culmine el proceso respectivo, que comenzará a computarse desde que cause ejecutoria y durará todo el tiempo de la condena –lo cual es acorde con la fracción III del propio artículo 38 constitucional–, ello no significa que la suspensión de los derechos políticos establecida en la Carta Magna haya sido objeto de una ampliación de garantías por parte del legislador ordinario en el código sustantivo de la materia, ni que exista contradicción o conflicto de normas, ya que se trata de dos etapas procesales diferentes. Consecuentemente, deben declararse suspendidos los derechos políticos del ciudadano desde el dictado del auto de formal prisión por un delito que merezca pena corporal, en términos del artículo 38, fracción II, de la Constitución Federal; máxime que al no contener éste prerrogativas sino una restricción de ellas, no es válido afirmar que el mencionado artículo 46 amplíe derechos del inculpado. Lo anterior es así, porque no debe confundirse la suspensión que se concretiza con la emisión de dicho auto con las diversas suspensiones que como pena prevé el numeral 46 aludido como conse-*

Los propios jueces electorales, hacia el final de su sentencia, parecen darse cuenta de las consecuencias de su decisión y, abruptamente, echan mano de un argumento distinto –ahora de índole práctica– para sustentar su decisión. Dejando de lado el espíritu garantista y la defensa del principio de “presunción de inocencia” eligieron la peor salida posible: dado que Gregorio Pedroza Longi no era acusado de un delito grave y podía enfrentar su proceso en libertad, entonces, sí tenía derecho a votar. De lo contrario, si hubiera estado recluido durante el juicio, no podría ejercer su derecho al sufragio pero no por razones jurídicas sino por un impedimento físico. Vemos el argumento en boca de los jueces:

“A la misma conclusión se arriba al realizar una interpretación sistemática y funcional del precepto constitucional en cuestión, porque conforme a estos métodos se obtiene que la suspensión de los derechos políticos se produce únicamente respecto de aquellos ciudadanos que, dada la magnitud del ilícito

cuencia de la sentencia condenatoria que al efecto se dicte, entre las que se encuentra la de derechos políticos, pues mientras la primera tiene efectos temporales, es decir, sólo durante el proceso penal, los de la segunda son definitivos y se verifican durante el tiempo de extinción de la pena corporal impuesta.” El subrayado en cursiva es mío.

cometido, no tienen la posibilidad de encuadrar en la hipótesis normativa que actualiza el incidente caucional y por ende, *al encontrarse forzados a ingresar en prisión, se ven restringidos en el uso y goce de ciertos derechos como los político-electorales...*⁶⁴

Resulta, pues, que el “garantismo” de los jueces electorales depende, en realidad, de un *dato de hecho*: que la persona sujeta a un proceso penal –en tanto no se determine su culpabilidad o se declare su inocencia– pueda desplazarse físicamente a un centro de votación. Así las cosas, además de subvertir el principio de supremacía constitucional, se corre el riesgo de incurrir en discriminaciones: ¿por qué no tienen derecho a la misma protección los individuos acusados de un delito grave cuya culpabilidad no ha sido determinada? Bonito garantismo. Un mínimo de consistencia los debió conducir a sostener algo como lo siguiente: dado que la fracción II del artículo 38 de la Constitución mexicana contraviene disposiciones ‘garantistas’ de

⁶⁴ En la sentencia, en el mismo sentido, también puede leerse lo siguiente: “...como no hay una pena privativa de libertad que verdaderamente reprima al sujeto activo en su esfera jurídica y, por ende, le impida materialmente ejercer los derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco hay razones fácticas que justifiquen la suspensión o merma en su derecho político-electoral de votar.”

ordenamientos secundarios, se ordena la colocación de urnas para la votación en los penales para que puedan votar los ciudadanos que, aunque están sujetos a proceso, aún no hayan sido condenados. Y la cosa se complica si pensamos en otro de los derechos cuya suspensión contempla el artículo 38 constitucional: el voto pasivo. Habría que preguntar a los jueces electorales cuál es el criterio que opera en el caso de ese derecho que bien podría ejercerse desde la prisión: ¿los acusados (todavía no sentenciados) de delitos graves estarían o no en posibilidad jurídica de ejercerlo? Si la respuesta es afirmativa, que yo sepa, nadie se los ha comunicado⁶⁵.

Cuando Ferrajoli aborda el delicado tema del conflicto moral al que puede enfrentarse un juez al tener que aplicar normas *constitucionales* que entran en conflicto con sus convicciones no invita al juzgador a subvertir el

⁶⁵ Llevando el razonamiento al extremo, el Tribunal Electoral, podría concluir que otras disposiciones constitucionales (del ámbito local) como las que prohíben a los mexicanos por naturalización ser gobernadores de las Entidades Federativas en que viven son inválidas ya que restringen injustificadamente el derecho al sufragio. Probablemente –como me ha sugerido Héctor Fix Fierro– existía otra ruta de interpretación para declarar la inconstitucionalidad del artículo en cuestión pero, en definitiva, la adoptada por el Tribunal Electoral resulta sumamente endeble.

principio de supremacía constitucional. En todo caso lo invita a reconsiderar su vocación:

“...un verdadero conflicto de conciencia entre derecho y moral sólo podría darse efectivamente si los valores incorporados (no a las leyes ordinarias sino) a la misma constitución del ordenamiento entrasen en contradicción con sus personales valores morales obligándole a violarlos. Pero esta sería quizá una razón moral suficiente para excluir como injustificada su opción de ser juez”⁶⁶.

Discrecionalidad enmascarada.

El caso central de este apartado involucra a uno de los políticos mexicanos con peor fama pública (y más recursos económicos): Joreg Hank Rhon. En 2006, Hank, era Alcalde de la ciudad de Tijuana (había sido electo para el periodo 2004-2007) y decidió presentarse para la elección de gobernador del Estado de Baja California de la mano de su partido político, el histórico Revolucionario Institucional. El problema es que en 2002 se había establecido la siguiente prohibición en la Constitución estatal:

⁶⁶ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, op. cit., p. 926.

“No podrán ser electos Gobernador del Estado:

(...)

Los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión, Diputados locales, *Presidentes Municipales*, Síndicos, Procuradores y Regidores de los Ayuntamientos *durante el periodo para el que fueron electos; aun cuando se separen de sus cargos*; con excepción de los suplentes siempre y cuando éstos no estuvieren ejerciendo el cargo.”

El artículo –bautizado como la “Ley antichapulín” (por aquello de los saltamontes, chapulines en México, que están saltando de un cargo público a otro)– había sido votado por todos los partidos políticos en el Congreso Local, incluido el Revolucionario Institucional. Si bien, en un primer momento, el Tribunal Electoral del estado –basándose en otro artículo de la constitución local (Art. 41)– aceptó registrar al Sr. Hank como candidato⁶⁷; ante una segunda impugnación inter-

⁶⁷ El artículo 41, en su fracción VI, establece como requisito para ser candidato a gobernador: “No tener empleo, cargo o comisión en el Gobierno Federal, Estatal o Municipal, en los Organismos descentralizados municipales o estatales, o Instituciones educativas públicas; *salvo que se separen en forma provisional, noventa días antes del día de la elección.*” En aquella ocasión (11-XII-2006) el Tribunal Electoral local convalidó el registro

puesta por sus opositores, el mismo Tribunal revocó su registro. Finalmente el caso llegó a la Sala Superior del Tribunal Electoral Federal. Este tribunal de última instancia decidió revocar la resolución del Tribunal local y otorgar el registro al Sr. Hank quien así pudo competir y perder la elección para gobernador. El razonamiento del Tribunal Electoral Federal es interesante⁶⁸:

a) En ese momento el Tribunal Electoral estaba impedido para realizar control de constitucionalidad sobre leyes porque la Suprema Corte –mediante una decisión que muchos interpretaron como un arranque de celos de los jueces constitucionales ante la popularidad de los jueces electorales– había determinado que sólo ella y ningún otro órgano podía verificar la conformidad de una ley electoral con la constitución⁶⁹;

que previamente le había otorgado el Instituto Electoral del Estado al Sr. Hank argumentando que el artículo 41 era posterior (del 18-X-2002) al artículo 42 (del 4 -X-2002). Así la antinomia fue resuelta con el principio de interpretación *Lex posteriori derogat priori*.

⁶⁸ Las citas provienen directamente de la sentencia: SUP-JDC-695/2007.

⁶⁹ La primera tesis en este sentido es la P./J. 23/2002, de 10 de junio de 2002, con el rubro “Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación. Carece de competencia para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes”. En la misma, entre otras cosas, la Suprema Corte sostenía que: “...a la Suprema Corte de Justicia de

b) Por tanto el Tribunal Electoral no estaba facultado para verificar si el artículo 42 de la Constitución de Baja California contradecía o no a la constitución federal;

c) Para sortear el impedimento, el Tribunal Electoral, argumentó que ese obstáculo jurídico no le impedía contrastar la constitución bajacaliforniana con los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Para los jueces electorales este

la Nación le corresponde en forma exclusiva conocer de las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma general y la Constitución Federal, siendo dichas acciones la única vía para plantear la no conformidad de las leyes electorales con la propia Ley Fundamental. En congruencia con lo anterior, se concluye que la facultad para resolver sobre la contradicción de normas electorales y la Carta Magna está claramente limitada por mandato constitucional al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que el Tribunal Electoral sólo puede manifestarse respecto de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional, siempre que ésta no sea para verificar la conformidad de una ley electoral con el propio Ordenamiento Supremo, ya que de lo contrario estaría ejerciendo una facultad que constitucionalmente no le corresponde”. La tesis fue confirmada en otras ocasiones (Tesis P./J. 24/ 2002, de la misma fecha) y, finalmente, superada mediante una reforma constitucional de 2007 que claramente sancionó lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta constitución, las salas del tribunal electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente constitución (...)” (Art. 99, IX de la CEPM).

ejercicio –verificar la conformidad de las normas locales de tercer rango con las disposiciones internacionales de segunda posición jerárquica– no constituía un control de constitucionalidad. Desde su perspectiva se trataba de un mero control de legalidad;

d) De nuevo abordando el principio de la jerarquía normativa de manera *sui generis* –leyendo el ordenamiento desde abajo hacia arriba: primero la constitución local y después los tratados internacionales pero sin llegar a la Constitución federal–, los jueces electorales, sostuvieron que el artículo 42 de la Constitución de Baja California “contra- viene a los tratados internacionales, y en especial, a los artículos 1, 2, 29 y 30, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales forman parte del sistema jurídico mexicano, lo cual debió respetarse por principio de jerarquía normativa”⁷⁰.

Los argumentos del Tribunal Electoral fueron reforzados mediante conceptos propios de la teoría garantista tales como el ‘bloque de constitucionalidad’, la ‘interpretación

⁷⁰ Para interpretar dichas disposiciones echaron mano del artículo 23 de la propia convención y del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo citaron casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (En particular se refiere al caso *Yatama vs Nicaragua*).

expansiva de los derechos’⁷¹, la ‘proporcionalidad’, etcétera. La tesis central se encuentra sintetizada en el siguiente considerando de la sentencia:

“(…) la Constitución permite que el derecho internacional expanda los derechos consagrados en el sistema jurídico nacional, pues los derechos fundamentales sólo están protegidos contra cualquier restricción o suspensión, en términos de su artículo 1º (constitucional), por lo cual, *a contrario sensu*, se permite su ampliación, si se tiene en cuenta que la Constitución establece exclusivamente un catálogo mínimo de derechos fundamentales, que sirven de limitante a la autoridad, a fin de garantizar, el desarrollo pleno del individuo en el contexto social, cuya dinámica conduce a la constante conquista de nuevos derechos fundamentales, razón

⁷¹ Sobre el tema de la incorporación de las disposiciones internacionales en materia de Derechos Fundamentales, cfr. J. L. Caballero, “El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales”, Diego Valadés, y Miguel Carbonell, (*Coords.*), *El Estado constitucional contemporáneo, Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Tomo I, México, IJ – UNAM, 2006. Sobre el caso, cfr., del mismo autor: “Los derechos políticos a medio camino. La integración constitucional del derecho al sufragio pasivo y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Comentario a la sentencia formulada por la sala superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el Juicio para la Protección de los Derechos Políticos – Electorales del Ciudadano SUP – JDC – 695/2007. (caso Hank)”.

por la cual cualquier maximización o potencialización de los derechos fundamentales contribuye a cumplir de mejor manera ese fin social”.

Esta manifestación de garantismo fue posible por la manera particular en la que los juzgadores leyeron el principio de jerarquía normativa⁷². Al contrastar las normas desde abajo hacia arriba pudieron comparar la constitución local con los tratados internacionales sin tener que considerar a la Constitución federal. Esta estrategia les permitió sostener que su decisión no implicó ejercicio de control de constitucionalidad alguno sino que fue un simple ejercicio de control de legalidad. Según los jueces esto es así porque el parámetro normativo para determinar la validez de la norma en cuestión fueron los tratados internacionales y no la Constitución del país⁷³. Lo

⁷² Esta lectura de la Constitución ya había sido adoptada por el propio tribunal en situaciones anteriores. Cfr., la tesis relevante 3/2004.

⁷³ En México no existe alguna disposición similar al artículo 10.2 de la Constitución Española: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.” Tampoco contamos una disposición como la del artículo 53.1 en el sentido de que: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a

que omitieron valorar fueron las consecuencias de su decisión: en la práctica, aunque la decisión valiera sólo para el “caso Hank”, el artículo 42 de la Constitución de Baja California quedó sin efectos. Me pregunto si no es este el resultado de un ejercicio de control de constitucionalidad.

Pero no es este el punto en el que quiero detener mi atención. Lo que pretendo mostrar a continuación es la inconsistencia de los jueces a la hora de decidir otros casos de personajes menos poderosos.

Un caso para confirmar la hipótesis.

El caso Hank adquiere relevancia para nuestro tema porque el mismo día, en la misma sesión, el mismo Tribunal Electoral Federal, resolvió otro juicio (JDC) promovido por Felipe Daniel Ruanova Zárate, un ciudadano desconocido que también quería ser candidato a gobernador en Baja California. La demanda del Sr. Ruanova se dirigía en contra de la sentencia emitida por el Tribunal

todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a)”

Electoral local que le había denegado la pretensión de registrarse como candidato independiente⁷⁴ en la misma elección que Hank. La negativa del tribunal local –que sería confirmada por el Tribunal Federal– tenía fundamento en la legislación local que señala que sólo los partidos políticos y las coaliciones de partidos pueden registrar candidatos a los cargos de elección.

Lo interesante es que el Sr. Ruanova, en su recurso ante el Tribunal Electoral Federal alegó que, a la hora de negarle el registro, las autoridades electorales locales no habían tomado en cuenta el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, entre otras cosas, señala lo siguiente⁷⁵:

⁷⁴ El expediente es el SUP-JDC-693/2007.

⁷⁵ El texto completo del artículo es el siguiente: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

“La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior (derechos a votar y ser elegidos en las elecciones) exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

El argumento del ciudadano era simple y certero: la convención no incluye dentro de estos supuestos “...a las leyes de las entidades federativas que otorgan en exclusividad a los partidos políticos o coaliciones el derecho a solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular”. Lo extraño es que, a pesar de este argumento –que fue determinante para la decisión del caso Hank–, el Tribunal Electoral Federal confirmó la negativa del registro alegando, por decirlo con las palabras de uno de los jueces electorales, que “permitir el registro de una candidatura independiente estaría vulnerando los principios de legalidad y equidad en la contienda”⁷⁶. Nótese desde ahora el inusitado formalismo.

El argumento fundamental de los jueces fue una interpretación de la Constitución mexicana en un caso precedente⁷⁷:

⁷⁶ Las palabras son del Magistrado Manuel González Oropeza pero también se encuentran en el cuerpo de la resolución.

“No pasa inadvertido para este órgano jurisdiccional que, conforme con lo dispuesto en el artículo 35, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es una prerrogativa de los ciudadanos el poder ser votados para todos los cargos de elección popular; sin embargo, para que un ciudadano esté en posibilidad jurídica de ejercer dicho derecho, es menester que se cumplan las calidades que al efecto se dispongan en las leyes respectivas, en el caso particular, la relativa al presupuesto de haber sido postulado por algún partido político y registrado como candidato por la autoridad electoral competente, tal como se dispone en los artículos 5º, fracción III; 196; 198, primer párrafo, fracción II, y 202, quinto párrafo, del Código Electoral del Estado de Colima.”

Lo primero que sorprende es la contradicción que supone colocar a la equidad en la competencia electoral por encima del derecho al voto y abrazar con ánimo ‘formalista’ el principio de legalidad para resolver un caso que invitaba al mismo “espíritu garantista” con el que fue abordado el caso Hank. Si-

⁷⁷ El antecedente es el expediente SUP-JDC-149/2000, resuelto el 25 de agosto de 2000 (si bien con motivo del análisis de la normativa electoral del Estado de Colima). Esta interpretación hacía eco de otras lecturas en el mismo sentido de la Suprema Corte de Justicia. Ver también el expediente SUP-JDC-37/2001.

guiendo la lógica utilizada en ese caso, los jueces electorales, debieron verificar únicamente la (in)compatibilidad de la legislación electoral estatal con la Convención Americana sobre Derechos Humanos –desde abajo hacia arriba y sin llegar a la Constitución– y, actuando de esa manera, debieron concluir que, siguiendo una interpretación “garantista”, debía otorgarse el registro al Sr. Ruanova⁷⁸.

En lo personal –por razones que no vienen al caso en este texto– soy crítico de las llamadas “candidaturas independientes” por lo que celebro el sentido político de la decisión del Tribunal Electoral (aunque creo que había otras estrategias legales para sustentar-

⁷⁸ A esta misma conclusión llega José Luis Caballero: “De esta forma el TEPJF toma la reflexión de la SCJN, y a manera de síntesis, atribuye a la interpretación de la Corte, en un resumen del resultado de la acción de inconstitucionalidad 28/2006, cuestiones que son excluyentes entre sí, al señalar que *“las limitaciones al derecho de ser votado, encuentran justificación cuando se refieren fundamental, pero no únicamente, a circunstancias inherentes a la persona, con lo cual evidentemente, se excluyen otro tipo de atributos o circunstancias que limiten ese derecho, cuando no sean esenciales o intrínsecos a la naturaleza del sujeto en cuestión...”* La insolencia lógica de los señalamientos es patente. Si las limitaciones se refieren fundamental, pero no únicamente a circunstancias de tipo personal, luego entonces, no es posible excluir otro tipo de atributos sino ponderarlos en menor grado que las calidades personales”. Cfr. J. L. Caballero, “Comentario...”, op. cit.

la). Sin embargo, no puedo dejar de notar la arbitrariedad con la que resolvió los casos que nos ocupan. El respeto a los dos precedentes que han ocupado nuestra atención en este texto –independientemente de las múltiples falencias de los razonamientos que los sustentaron– exigía el otorgamiento del registro al candidato independiente o, en su defecto, una argumentación de fondo que justificara el abandono de estos precedentes en el momento de decidir la negativa. Recordemos la lógica que justificó la decisión del Tribunal Electoral en el primer caso (suspensión de derechos políticos):

“(la disposición que limita los derechos) puede ser ampliada por el artículo 23, párrafo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por el artículo 25, inciso b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque, desde un punto de vista constitucional garantista, se debe estar a lo que más beneficia al ciudadano, según el principio *in dubio pro cive*.”

Ya hemos analizado los alcances y limitaciones de este argumento, lo que ahora me interesa es advertir que –nos guste o no– debió servir como precedente en el caso de la candidatura independiente. Pero los jueces electorales mexicanos son refractarios a la construcción de criterios y estándares

interpretativos porque la estrategia de decisión casuística (en la que solamente se da el mismo trato a los casos idénticos) es un excelente atajo para escapar de los límites y vínculos que deben ceñir su desempeño⁷⁹. Esta alergia a los precedentes quizá más evidente en otros casos que no serán objeto de estudio en este texto pero responde a una razón que subyace a los asuntos que hemos analizado: el garantismo espurio, en realidad, es un pretexto para abonar en el terreno de la arbitrariedad judicial.

Lo que he querido mostrar es la inconsistencia con la que los jueces electorales resolvieron los casos que ocuparon nuestra atención. Más allá de los múltiples defectos en la argumentación de cada uno, los tres casos, en su conjunto, ofrecen una muestra de garantismo espurio. Para colmo se encuentran atrapados en los extremos que, según Manuel Atienza, deben evitar los juzgadores:

“Formalismo y activismo son el Escila y el Caribdis que han de procurar evitarse en el oficio de juez. El formalismo se manifiesta en la tendencia a no tomar en consideración las razones subyacentes de las normas. Y el activismo en la propensión a minusvalorar el

⁷⁹ Este argumento ha sido sostenido, entre otros, por Pablo Larrañaga.

valor de los textos, el imperio de la ley y la división de poderes, en cuanto valores esenciales del Estado de Derecho y cuya razón de ser no es otra que proteger a los individuos frente a la arbitrariedad judicial”⁸⁰.

Sobre el formalismo en la tradición judicial mexicana podríamos llenar de tinta muchas páginas. Esa sigue siendo, sin duda, la tendencia dominante y el principal obstáculo para brindar de garantías efectivas a los derechos fundamentales de las personas. Pero me pareció importante mostrar cómo el garantismo –que con tanto ahínco algunos queremos que adquiera carta de identidad en la realidad jurídica latinoamericana–, si es adulterado por los jueces, puede terminar por convertirse en una máscara para la arbitrariedad judicial.

Para concluir (ambos ensayos)

El primer caso que analizamos –la Suprema Corte y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales– muestra cómo una interpretación espuria del garantismo puede convertir el postulado que invita al juez constitucional a convertirse en el custodio último de la Constitución, en un guardián

⁸⁰ M. Atienza, “Tres comentarios a tres sentencias del TEPJF”, *mimio*.

pretoriano de presuntos valores constitucionales que no se encuentran establecidos por dicho documento constitucional. De esta manera el proyecto teórico garantista que busca que todos los poderes públicos se encuentren limitados y estén vinculados por el derecho, al ser distorsionado, abre las puertas para que el juez constitucional suplante al legislador democrático en un ámbito en que el poder prevalece sobre el derecho: el terreno de las decisiones constitucionales. Si el proyecto garantista gira alrededor de una premisa fundamental que reza; el derecho debe domesticar al poder, el caso que hemos descrito muestra que algunas de las premisas de esa misma teoría puede servir para que los guardianes del derecho aumenten su poder hasta adoptar una posición soberana. Y al usurpar dicha posición lo hacen sin contar con legitimidad democrática. Una operación en este sentido, sin duda, contraviene el sentido último de la teoría garantista pero abreva de uno de sus postulados centrales: la desconfianza ante las mayorías políticas.

El segundo caso –la inaplicación por parte de los jueces constitucionales de una disposición constitucional vigente– pone sobre la mesa el riesgo de que los jueces constitucionales escapen de los vínculos constitucionales y terminen reestableciendo el gobierno de los hombres sobre el gobierno de las leyes. Si

bien, en el caso concreto, la decisión de los jueces pudiera parecer sensata, lo que está en juego es el sometimiento de los jueces al imperio de la ley. Cuando Ferrajoli sostiene que “el derecho es la negación de la soberanía y la soberanía es la negación del derecho (porque la soberanía es ausencia de límites y de reglas)”⁸¹, pretende que ningún poder sea *legibus solutus*. El problema es que la función que el garantismo propone para los jueces constitucionales en la democracia constitucional los coloca en la frontera que separa a los poderes vinculados normativamente de los poderes absolutos. Y, para cruzarla, los jueces sólo tienen que manipular el sentido de algunas tesis que sostienen al propio proyecto garantista. En concreto, ni más ni menos, que la tesis fundamental para la teoría que nos dice que los jueces deben ser los protectores últimos de los derechos fundamentales.

Finalmente, el caso Hank (a contraluz del caso Ruanova), confirma que la teoría garantista puede ser desvirtuada para ocultar al decisionismo judicial. En el primer evento, la mascarada garantista sirvió a los jueces electorales para justificar el registro de un candidato a gobernador en contravención a lo

⁸¹ L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Anabasi, Milano, 1995, p. 43.

establecido expresamente por la Constitución estatal correspondiente. De esta forma, sin duda con destreza, inyectaron legitimidad teórica a una decisión políticamente muy controvertida. El problema es que los rigores del imperio de la ley brillaron por su ausencia. El segundo caso es prueba de ello: la decisión en el caso Hank –más allá de sus méritos o defectos– debió conducir hacia el otorgamiento del registro también al Sr. Ruanova. Como prueba de que el discurso garantista era sólo un pretexto y no una estrategia argumentativa, los jueces electorales, olvidaron sus controvertidos precedentes al atender la demanda del ciudadano desconocido. De esta forma, traicionaron su función como garantes de los derechos contra la arbitrariedad porque, arropados en la retórica del garantismo, actuaron arbitrariamente. Y con ello, por supuesto, contravinieron el sentido auténtico de la teoría.

Bien puede objetarse que los defectos que permiten todo lo anterior no son propios de la teoría sino que provienen de su defectuosa traducción en la realidad jurídica (en este caso mexicana). El factor determinante –diría el objetor– es la *rozza materia* y no el garantismo. Sí y no. Las anomalías mexicanas son indiscutibles. Lamentablemente tiene algo de razón Laporta cuando advierte –en el diálogo con Atienza que he citado un par de veces

a lo largo del ensayo– que: “...las (constituciones) latinoamericanas (son) problemáticas en su aplicación, o endebles en su eficacia”. La mexicana es ambas cosas al mismo tiempo. Y ya lo he advertido: los operadores jurídicos no suelen dar motivos para el optimismo. Pero la teoría garantista también abona en el terreno en el que florecen las distorsiones. Creo que su profunda desconfianza en la política –incluso en la democrática– y su confianza en el derecho en manos de los jueces constitucionales sientan las bases para algunos de los usos espurios que he intentado mostrar. Por eso confío en que los cuatro casos judiciales mexicanos que me han servido como guía puedan servir a los lectores como un pretexto para la reflexión teórica y no sólo como un divertimento en torno al folclore jurídico mexicano del Siglo XXI.

Anexo único

Proponemos otros ejemplos en los que los jueces del Tribunal Electoral de Poder Judicial de la Federación mexicano se refieren a la teoría garantista para fundamentar sus decisiones. Nótese como en algunos de ellos se asume que el garantismo, por definición, es antiformalista y en otros, abiertamente, se utiliza la noción para contradecir el sentido expreso de las normas vigentes. Para facilitar la lectura se subrayan las partes relevantes.

I.

Sentencia: SUP-JDC-17/2008

Actor: Mario Merino Bandiola.

Autoridad responsable: LX Legislatura del Congreso del Estado de Oaxaca, erigida en colegio electoral.

“Ante este vacío, (...) la Sala Superior *debe suplirlo de manera garantista y no formalista*, a fin de superar los obstáculos legales que tienen los integrantes de las comunidades indígenas para acceder a la justicia en aras de proteger sus derechos político-electorales y, con ello, permitir que el juez electoral impartiera realmente justicia interpretando la ley y no sólo aplicando los requisitos formales previstos por ella”.

II.

Sentencia: SUP-JDC-471/2008

Actores: Jesús García Jiménez y otros.

Responsable: Pleno del Tribunal electoral del distrito federal.

“En este sentido, cabe señalar que el alcance de la suplencia deficiente, entraña *un espíritu garantista y por tanto antiformalista*, tendente a equilibrar las desventajas procesales en que se encuentran los integrantes de

pueblos y comunidades indígenas, con motivo de circunstancias culturales, económicas y sociales desfavorables”.

III.

Sentencia: SUP-JDC-2045/2007.

Actor: Juan Ignacio García Zalvidea.

Autoridad responsable: Dirección ejecutiva del Registro federal de electores del Instituto federal electoral, por conducto de su vocalía en la Junta distrital ejecutiva 03 en el Estado de Quintana Roo.

“En este orden de ideas, la mayoría considera que la disposición contenida *en la fracción II del artículo 38 constitucional*, en el sentido de que se suspenden los derechos y prerrogativas de los ciudadanos, cuando el titular se encuentre sujeto a un proceso penal por delito que merezca pena corporal de privación de la libertad, a contar desde la fecha del auto de formal prisión, *puede ser ampliada por el artículo 23, párrafo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como por el artículo 25, inciso b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque, desde un punto de vista constitucional garantista, se debe estar a lo que más beneficia al ciudadano, según el principio in dubio pro cive*, de modo que la

limitación a los derechos político electorales, sólo se pueda dar por sentencia definitiva, con carácter de ejecutoria, que así lo determine evidentemente, por delitos que merezcan pena corporal de privación de la libertad y no a partir del dictado del auto de formal prisión, no es compartida por el suscrito”.

IV.

Sentencia: SUP-JRC-158/2008.

Actor: Partido de la Revolución Democrática.

Autoridad responsable: Tribunal electoral del distrito federal.

“Al respecto cabe señalar, que no obstante que actualmente se encuentra en curso el proceso electoral ordinario en el Distrito Federal, lo cierto es que *en atención a la vocación garantista que ha demostrado el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, misma que en diversas resoluciones ha privilegiado el derecho a la impartición de justicia electoral accesible, completa y efectiva, así como el fortalecimiento del sistema de partidos políticos, este órgano jurisdiccional considera que en el caso *el plazo debe computarse considerando sólo los días hábiles con exclusión de los sábados y domingos y días festivos, no obstante que en*

términos de lo dispuesto por el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, durante el desarrollo de un proceso electoral todos los días y horas son hábiles”.

AMBIGÜEDADES Y
SEUDODILEMAS.
SOBRE “GARANTISMO
ESPURIO POR AMBICIÓN”

Josep AGUILÓ REGLA

I. Introducción

La ponencia de Pedro Salazar contiene dos grandes críticas. Por un lado, incorpora una crítica fuerte –muy fuerte diría yo– a una decisión de la Suprema Corte de Justicia Mexicana; no en vano el epígrafe que da entrada a la misma lleva el expresivo título de «Los jueces constitucionales al asalto del poder»*. Dicha decisión abre la vía para que, a través de la admisión de recursos de amparo, los jueces puedan entrar «a revisar en forma y fondo» una reforma constitucional. Obviamente esta decisión ha sido muy polémica y ha abierto un intenso debate jurídico y político en México. Por otro lado, la ponencia contiene también una crítica –no tan fuerte y no tan clara– a la “nueva manera de entender el Derecho constitucional», en particular al

* Versión entregada en el seminario sobre la que se construyó la contraponencia que se recoge en el texto.

garantismo ferrajoliano y/o al constitucionalismo que propone un *moral reading* del texto constitucional (Dworkin, Alexy, Garzón Valdés...). Esta segunda crítica consiste básicamente en una llamada de atención a propósito de la cobertura legitimadora que esta nueva forma de entender el Derecho constitucional estaría dando a ejercicios arbitrarios del poder por parte de los jueces. En este sentido, la ponencia es menos clara y presenta, en mi opinión, una ambigüedad que me atrevería a calificar de calculada.

En esta contraponencia, en mi crítica a las críticas de Pedro Salazar, no voy a asumir la defensa de la decisión de la Suprema Corte. Primero, porque para hacerlo con competencia me falta casi toda la información relevante; y, segundo, porque si es cierto –como dice Pedro Salazar– que la sensibilidad garantista de la Suprema Corte otorga a los poderosos (en nuestro caso, a las empresas de televisión) lo que niega a los débiles (por ejemplo, a las organizaciones populares en relación con la reforma indígena) se comprenderá que no me sienta muy inclinado a asumir la defensa de una decisión que es supuestamente una pura inversión del principio de la «ley del más débil» (pág. 52).

Lo que sí voy a tratar de hacer son tres cosas distintas. En primer lugar, intentaré

mostrar algunas ambigüedades presentes en la ponencia de Pedro Salazar, que hacen que sea difícil comprender bien su posición. En segundo lugar, y sin pretender salvar la decisión de la Suprema Corte, trataré de poner en cuestión algunos de los argumentos que Pedro Salazar utiliza para descalificarla. En particular, trataré de mostrar que los tres dilemas a los que según él nos aboca la decisión de la Suprema Corte, no son tales; y que, en consecuencia, pueden sortearse. Y, finalmente, a modo de epílogo, presentaré un brevísimo esbozo de teoría constitucional adaptada al Estado constitucional de Derecho.

II. Las ambigüedades de «Garantismo espurio por ambición»

2.1. La primera ambigüedad (y que da entrada a las demás) está ya en el título mismo de la ponencia. En efecto, la expresión «Garantismo espurio por ambición» genera inmediatamente una duda: El «carácter falso (o bastardo) del garantismo» es el resultado de un «exceso de ambición garantista» por parte de los jueces, es decir, de una «intoxicación de garantismo», de un «empacho de garantismo»; o, por el contrario, el «carácter falso (o bastardo) del garantismo» es el resultado de la «ambición de poder» por parte de los jueces. La diferencia entre una interpretación y otra es manifiesta. La primera interpre-

tación («espurio por exceso de ambición garantista») tiene el sentido de poner de manifiesto los límites del garantismo como concepción del Estado constitucional y, en este sentido, viene a sugerir que un buen juez constitucional no debe ser sólo «garantista», debe hacer un uso prudente del garantismo, pues debe tomar en cuenta otros aspectos relevantes que están más allá del garantismo. Conforme a esta interpretación, el garantismo está justificado, el exceso de garantismo, no.

La segunda interpretación («espurio por exceso de ambición de poder») en realidad no dice nada en contra del garantismo. Todos los conceptos y concepciones normativos en la medida en que suministran criterios de corrección de acciones y decisiones son susceptibles de ser usados espuriamente con la única finalidad de tapar, ocultar, el carácter ilegítimo de ciertas acciones y/o decisiones. Todos los conceptos justificativos son, en este sentido, susceptibles de ser usados torticeramente; y si su uso no va acompañado de la adecuada actitud crítico-práctica puede resultar siendo simplemente ideológico en el peor sentido de la expresión.

Esta ambigüedad afecta a la ponencia de la siguiente manera. Según la ponencia, en la decisión de la Suprema Corte se usa el garantismo para tapar, enmascarar, el «asalto

de los jueces constitucionales al poder»*. Y como dice Pedro Salazar los casos que presenta ilustran cómo «el garantismo puede utilizarse con finalidades y sentidos que corrompen su significado normativo» (pág. 22). Eso, en si mismo, no dice nada en contra del garantismo; del mismo modo que tampoco lo hacen en contra del «Imperio de la ley» (entendido como concepción relativa a cómo deben resolverse los casos jurídicos) los millones de ejemplos en los que su invocación no ha cumplido otra función que la de ser simple manto tras el que poder ocultar el decisionismo, el autoritarismo y/o el abuso de poder. Sin embargo y sin que llegue a decirse expresamente, en el «ambiente» de la ponencia flota la idea de que el constitucionalismo de los derechos y el garantismo son, no sólo susceptibles de ser usados «ideológicamente», sino además, en cierto sentido, «peligrosos». Sólo así se entienden las expresiones del tipo de «[los juristas formados bajo la influencia del nuevo constitucionalismo abandonarán] los presupuestos del positivismo teórico y metodológico» (pág. 15); «en el fervor suscitado por el constitucionalismo de los derechos se olvidaron las advertencias de Kelsen [...] relativas...] a abstenerse de todo este tipo de fraseología [libertad, igualdad, etc.] en las

* Expresión utilizada en la ponencia entregada en el seminario sobre la que se elaboró el presente texto.

constituciones» (pág. 16); y un largo etcétera de pequeñas ilustraciones.

En resumen, la primera ambigüedad de la ponencia consiste en que, por un lado, el garantismo es abusado y traicionado por la decisión de la Suprema Corte; pero, por otro lado, hay algo en el garantismo y en el constitucionalismo de los derechos que invita a (favorece) que ese abuso se produzca. Por decirlo metafóricamente y contundentemente: en la ponencia el constitucionalismo de los derechos y/o el garantismo aparece simultáneamente como víctima y como cómplice del victimario.

2.2. La segunda ambigüedad radica en lo siguiente. En ese intento un tanto difuso de atribuir cierta responsabilidad a la «nueva manera de entender el Derecho constitucional» (pág. 14) Pedro Salazar aproxima en exceso, me parece, las posturas de autores como, por ejemplo, Dworkin o Ferrajoli. Sin ir más lejos: Mientras Ferrajoli concibe el Derecho como un conjunto de normas (los derechos son normas) que deben verse sólo desde su vertiente autoritativa y considera que el “nuevo” constitucionalismo es algo así como la culminación del proyecto positivista; Dworkin es abiertamente un crítico del positivismo y concibe el Derecho como una práctica interpretativa guiada por valores y fines.

Lo que tienen en común autores como Ferrajoli, Dworkin, Alexy, Nino, etc. es que han encarado la tarea de poner al día la teoría del Derecho y adaptarla al «fenómeno real» de la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos. Lo que les une es el intento de adaptar la teoría del Derecho a ese fenómeno real. Lo que les separa es que algunas de esas teorías resultan fuertemente incompatibles entre sí. En contraste con esto, Pedro Salazar parece sugerir dos cosas: una, las nuevas concepciones del Derecho constitucional no tratan de dar cuenta de un cambio, sino que ellas mismas son el factor productor del cambio; y dos, las nuevas realidades no exigirían una revisión teórica del positivismo metodológico. Así escribe:

«de la mano de teóricos como Dworkin, Ferrajoli, Garzón Valdés, Zagrebelsky, Alexy, en las facultades de jurisprudencia de importantes universidades latinoamericanas comienza a imponerse una nueva manera de entender al derecho constitucional. Si bien se trata de una empresa intelectual reciente y de resultados inciertos, no es improbable que las futuras generaciones de abogados, juristas y jueces latinoamericanos [...] abandonarán muchos de los presupuestos del positivismo teórico y metodológico y defenderán convencidos la importancia de que operadores y estudiosos realicen una ‘*moral reading*’ del texto constitucional. Cuando esto suceda –dicen los promotores de esta gesta intelec-

tual- el *garantismo* de los derechos habrá ganado terreno al decisionismo arbitrario, al formalismo legalista y a la retórica jurídica tradicional de los políticos y operadores jurídicos latinoamericanos” (pág. 15).

El *moral reading* del texto constitucional y el *garantismo* aparecen unidos en la ponencia como agentes de un cambio en el Derecho constitucional, en vez de separados como respuestas diferentes al cambio que representa la constitucionalización de nuestros ordenamientos jurídicos. La referencia a las nuevas realidades jurídicas –y políticas– me lleva a pasar de las ambigüedades de la ponencia a los dilemas que, según la ponencia, la decisión de la Suprema Corte nos plantea.

III. Los tres dilemas

En la ponencia, Pedro Salazar nos dice que la decisión de la Suprema Corte enfrenta (y nos enfrenta) a tres dilemas.

3.1. El primer dilema, que podemos convenir en llamar «*el dilema de la competencia*», consiste en lo siguiente: para que los jueces constitucionales puedan valorar la constitucionalidad de una reforma constitucional es necesario que exista una norma de competencia; cuando –como es el caso que nos ocupa– esta norma no está en la Constitu-

ción ¿pueden los jueces constitucionales autofacultarse para controlar las reformas constitucionales? Tal como se nos cuenta en la ponencia, la mayoría de la Corte se inclinó por aceptar la teoría de los límites implícitos a la reforma constitucional para justificar la asunción de esta competencia. Sin embargo, tiene razón Pedro Salazar cuando afirma que de la aceptación de dichos límites implícitos no se sigue «lógicamente» que la custodia de los mismos deba quedar en manos de los jueces. Tiene razón también –creo– cuando afirma que conforme a la teoría garantista [de Ferrajoli] hubiera sido más acertada la decisión de no autoarrogarse la competencia porque hubiera sido la más respetuosa con el «imperio de la ley», y con sus implicaciones como límite al poder de los órganos del Estado. Pero aquí es dónde se muestra la ambigüedad de la ponencia a la que antes me he referido. El constitucionalismo de los derechos y el garantismo de Ferrajoli presentan diferencias más que notables. Gran parte del constitucionalismo de los derechos hace una interpretación del Estado Constitucional mucho menos positivista y relativista que la de Ferrajoli y, en términos generales, muchos autores rechazarían, me parece, casi todos los postulados ferrajolianos¹. La idea misma de

¹ Piénsese, por ejemplo, si el siguiente postulado del positivismo jurídico recogido por Ferrajoli no es

«límites implícitos» presupone la noción de coherencia valorativa y ello supone tomar en consideración la dimensión valorativa (axiológica) de la constitución y del Derecho. Nada de ello encaja en el marco conceptual de Ferrajoli.

Comparto con Pedro Salazar la crítica de la decisión de la Suprema Corte. El caso en cuestión, en mi opinión, no justificaba ejercer esa competencia que –dice Pedro Salazar– los jueces «se autoarrogan». Ahora bien, no comparto el planteamiento del problema en términos de un dilema que pide una respuesta estructural y definitiva en los términos de un «sí, los jueces tienen la competencia para revisar las reformas constitucionales» o un «no la tienen». Esa forma de plantear el problema es lo que da pié a Pedro Salazar a

prácticamente incompatible con cualquier interpretación del constitucionalismo que otorgue un papel prioritario a los derechos (recuérdese, por ejemplo, la tesis de Nino de que las normas jurídicas no operan como razones justificativas autónomas): «El decimocuarto postulado [...] del positivismo jurídico...] excluye que puedan ser constituyentes figuras consistentes en expectativas o en no permisiones positivas o negativas. Se deducirá [...] que ‘constituyente’ no puede ser ni un derecho, ni una obligación ni una prohibición, sólo un poder y, precisamente, aquella específica facultad que llamaremos ‘poder constituyente’ [...] Todos los derechos en efecto, incluidos los fundamentales, consisten en expectativas [...] constituidas», en Luigi Ferrajoli: *Principia iuris. I. Teoría del diritto*, E. Laterza (págs. 100-101).

recurrir al argumento de la pendiente resbaladiza. Así escribe:

Para empezar no es posible saber en dónde se detendrá su afán de protagonismo. Los jueces constitucionales, por ejemplo, una vez que se autofacultan para decidir cuándo un artículo constitucional recién aprobado es incompatible con los principios del constitucionalismo democrático, ¿por qué no podrían facultarse para hacer lo mismo con las disposiciones constitucionales preexistentes? En México, por ejemplo, el artículo 133 constitucional establece que el Presidente “tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente” y, de paso, prohíbe a los extranjeros “inmiscuirse en los asuntos políticos del país”. Esta disposición contraviene los principios elementales del ‘debido proceso’ y, sin duda, no es afín con el sentido del paradigma garantista y, por si no bastara, contradice algunas disposiciones de tratados internacionales celebrados por México. Siguiendo su extraña interpretación del garantismo, una vez que los ministros de la Suprema Corte se autorizan para controlar la constitucionalidad de las reformas constitucionales, ¿por qué no podrían derogar también esta clase de disposiciones constitucionales –hasta ahora– vigentes?

Frente a esta forma de argumentar y sin pretender salvar la decisión de la Suprema

Corte, la pregunta que hay que hacerse es, en mi opinión, otra: ¿es concebible, imaginable, un caso en que esté justificado admitir un recurso de amparo por considerar que una reforma constitucional en un Estado constitucional atenta contra un principio básico del constitucionalismo democrático? En mi opinión, la respuesta es bien clara: sí, es perfectamente imaginable. Si eso es así, no tiene sentido plantear la cuestión como un dilema que exige una respuesta estructural –general y definitiva– del tipo de “sí hay competencia” o “no hay competencia”. Tal como lo presenta Pedro Salazar parece que si no hay cláusulas de intangibilidad entonces en el nivel de la reforma constitucional la cuestión sólo puede plantearse como “puramente procesal” (quién y cómo decide); y, en consecuencia, el único conflicto que puede darse es un conflicto entre autoridades (quién y cómo reforma la Constitución, pero no cabe a propósito de en qué consiste la reforma). En mi opinión, esta manera de plantear el problema es equivocada. La forma adecuada es verlo como una manifestación más de una tensión interna al constitucionalismo; en particular, entre la concepción de la autoridad legítima y la concepción de la justicia. No se trata, por tanto, de dar una respuesta de tipo estructural que cancele dicha tensión para siempre y definitivamente, sino de evaluar si, por ejemplo en este caso, la decisión del tribunal estaba

justificada o no. La Suprema Corte tiene competencia para resolver recursos de amparo; lo que procede es analizar si el uso que hizo de la misma estaba justificado o no. La cuestión de la “competencia” y la cuestión de la “justificación” están relacionadas entre sí, pero no son exactamente la misma cuestión. Más adelante, una vez eludidos los tres supuestos dilemas, trataré de suministrar unos rudimentos de teoría constitucional que podrían servir de base sobre la que construir una respuesta adecuada.

3.2. El segundo dilema, que podríamos llamarlo el «*dilema del método*», opera, en realidad, como un argumento por reducción al absurdo en relación con el “*dilema de la competencia*”. En efecto, si hemos respondido que sí al dilema de la competencia, es decir, hemos considerado que la Suprema Corte sí podía tener competencia para evaluar la constitucionalidad de una cierta reforma constitucional, entonces quedamos expuestos al segundo dilema porque se nos plantea la siguiente pregunta: ¿desde qué parámetros puede juzgarse la inconstitucionalidad de una norma constitucional? Como, según Pedro Salazar, la respuesta nos va a llevar al absurdo, eso quiere decir que deberíamos haber respondido que no al dilema de la competencia. En este sentido, escribe Pedro Salazar:

«Esta posición [la de que los jueces no pueden «prorrogar» sus competencias], en apariencia formalista, desde mi perspectiva, si valoramos el principio de certeza, es más acorde con la teoría garantista que la que terminó por imponerse. Ello por la simple razón de que es más respetuosa del ‘imperio de la ley’ y de sus implicaciones como límite al poder de los órganos del Estado [...L]a tesis de los ‘límites implícitos’ a la reforma constitucional, cuando se enfrenta –como en este caso– un potencial conflicto entre derechos y/o principios constitucionales- nos conduce indefectiblemente al terreno de los argumentos ‘metaconstitucionales’. La decisión de los jueces deberá basarse en algún criterio que permita establecer jerarquías entre los bienes enfrentados y que no se encuentra en la constitución (o, al menos, no totalmente). Al final, inevitablemente, la decisión se fundará en criterios –además de subjetivos– políticos, morales, religiosos, etcétera» (pág. 45).

De nuevo, en mi opinión, es criticable el argumento que utiliza Pedro Salazar, no su crítica a la decisión de la Suprema Corte. Veámoslo con algún detalle. El dilema del método no es otro que, según Pedro Salazar, la constitucionalidad de una reforma constitucional sólo puede juzgarse desde argumentos “metaconstitucionales”. Es decir, sólo escapándose de la “Constitución histórica” (por usar una terminología de C.S. Nino) y entre-gándose a la subjetividad, la política, la reli-

gión, etc. es posible emitir este tipo de juicios. Yo discrepo totalmente de este planteamiento y creo que lo que Pedro Salazar presenta como argumentos «metaconstitucionales» sólo son tales desde una concepción especialmente “flaca” (o formal) de la Constitución. Los argumentos constitucionales «metaformales» (o «paraformales») no son necesariamente argumentos “metaconstitucionales”. Voy a tratar de explicarlo brevemente, aunque adelanto ya que sólo al final, una vez superado el último epígrafe, se verá el alcance de lo que aquí se va a apuntar.

En un sistema jurídico-político que cuenta con la “forma constitucional” (con una “constitución formal”) puede decirse que todo aquello que está incluido en la forma constitucional es Constitución. Es decir, puede decirse que hay un criterio formal para identificar qué cuenta como constitución en ese sistema jurídico-político. Ahora bien, parafraseando a Elías Díaz² puede decirse que “no todo Estado que tiene una constitución formal es un Estado constitucional”. Sólo algunos de esos Estados son “Estados constitucionales”: aquellos cuya forma constitucional (o constitución formal) satisface ciertas exigencias normati-

² “No todo Estado es Estado de Derecho”, así comenzaba el libro de Elías Díaz *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966).

vas consistentes en el reconocimiento de los derechos y la creación de ciertas formas de acción jurídica y política consideradas legítimas. Pues bien, en mi opinión, quien acepte este elemental razonamiento se ve abocado a extraer dos corolarios que una adecuada teoría constitucional debe saber gestionar³:

a) En toda Constitución de un Estado Constitucional hay normas y principios inderogables. Puede cambiar su formulación, pero no pueden ser derogados o abolidos ciertos principios. No es concebible la derogación del principio de libertad de expresión o del principio de independencia de los jueces y considerar que simplemente se ha producido una reforma de la constitución del Estado Constitucional.

b) La interpretación de una Constitución formal desde los parámetros del Estado constitucional debe distinguir entre 1) contenidos genuinos de la Constitución (aquellos sin cuya presencia la Constitución en cuestión no sería una genuina Constitución), 2) contenidos no necesarios, pero no espurios (idiosincráticos) y 3) contenidos espurios cuyo sentido es

³ Me he ocupado en extenso de esta cuestión en «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», en *Doxa*, nº 26, 2003, págs. 296-297.

precisamente asegurar (perpetuar) no un derecho, por ejemplo, sino un privilegio⁴.

Esta distinción no lleva necesariamente a operar con criterios «metaconstitucionales» –como dice Pedro Salazar–, sino con criterios «metaformales»⁵. Sobre ello regresaré más

⁴ Tomemos como ilustración de lo dicho el artículo 16 de la Constitución Española. Es cierto que la forma constitucional iguala el apartado 1 (reconocimiento de la libertad ideológica, religiosa y de culto) y el apartado 3 (cooperación de los poderes públicos con la Iglesia Católica). Pero de ahí no se sigue que un argumento que trata de extraer las consecuencias que se derivan de sostener que mientras que el apartado 1 del referido artículo expresa un principio necesario del constitucionalismo democrático (y, como tal, inderogable), el apartado 3 expresa todo lo más un contenido idiosincrático (si no espurio). Es un argumento ciertamente “no formal”, “paraformal” o “metaformal”; pero, desde luego, no es “metaconstitucional”.

⁵ Este cambio de perspectiva es fundamental para poder apreciar y entender, por ejemplo, nuevos fenómenos que están apareciendo y que vinculan constitucionalismo y armonización transnacional. Piénsese, por ejemplo, en el fenómeno cada vez más frecuente de que algunas Cortes Constitucionales empiezan a usar precedentes procedentes de Cortes de otros Estados Constitucionales; lo que implica necesariamente determinar cuánto hay de universal y cuánto hay de idiosincrático en una Constitución. O piénsese también, por ejemplo, en la llamada teoría de la síntesis constitucional europea según la cual la primacía del Derecho comunitario europeo frente a los Derechos constitucionales nacionales implica la primacía de las normas constitucionales *comunes* sobre las normas constitucionales no «europeizables». Sobre lo primero, por ejemplo, L. M.

adelante; por el momento es suficiente, me parece, con haber mostrado que si uno acepta que puede estar justificada la admisión de un recurso de amparo como consecuencia de una reforma constitucional, no por ello se ve abocado a abrazar criterios políticos, religiosos y/o morales sin ningún anclaje constitucional.

3.3. El tercer dilema, que responde a la lógica de «lo importante es saber quién manda», podemos convenir en llamarlo “*el dilema de la última palabra o el dilema de la soberanía*”. Como ocurría con el segundo dilema, este se encadena con los dos anteriores como un argumento por reducción al absurdo. En efecto, conforme a los parámetros trazados por Pedro Salazar el argumento completo es el siguiente: Si se acepta que los jueces constitucionales pueden arrogarse la competencia para juzgar la constitucionalidad de una reforma constitucional; y se acepta también que su juicio sólo puede fundarse en criterios “metaconstitucionales” (políticos, religiosos, etc.); entonces hay que aceptar también que

Pinto Bastos Jr: «Más allá de las fronteras de la Constitución Nacional: parámetros para el control del uso del «argumento de Derecho comparado» (Tesis doctoral); sobre lo segundo, A. J. Menéndez: «Sobre los conflictos constitucionales europeos. Validez del derecho comunitario y legitimidad democrática de la Unión Europea», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2007, págs. 139 y ss.

los jueces constitucionales son el poder soberano del Estado constitucional. Como esta conclusión es inaceptable (absurda) debemos, entonces, rechazar al menos una de las dos premisas a las que nos hemos visto abocados como consecuencia de haber resuelto «mal» los respectivos dilemas anteriores. En este sentido, escribe Pedro Salazar:

«No podemos olvidar que la constitución tiene una dimensión jurídica pero también una dimensión política; por lo que el poder que tiene la última palabra para determinar su contenido (ya sea vía una reforma a su texto o a través de la interpretación del mismo) será el poder soberano en el Estado» (pág. 42).

«[H]asta ahora, no había sido cuestionado que el “Poder Reformador de la Constitución [...] era, por decirlo de alguna manera, el poder soberano del Estado. En estricto sentido: *summa potestas superiorem non recognoscens* ya que era un saber compartido que sus decisiones no pueden ser revisadas por ningún otro poder».(pág. 31).

«[El desfundamiento del paradigma democrático constitucional] también puede provenir de las decisiones de un Tribunal Constitucional que deforme la teoría garantista para erigirse en el poder soberano de un Estado cualquiera» (pág. 55).

En mi opinión, como en los dos casos anteriores el dilema, en realidad, no es tal. O, mejor dicho, el dilema es el resultado de plantearse la pregunta inadecuada, es decir, de preguntarse quién tiene la última palabra. Obviamente, la pregunta por la última palabra desemboca en la pregunta por la soberanía. Pero, como tantas veces se ha dicho, si algo ha supuesto el tránsito del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho es la caducidad del potencial explicativo y justificativo del concepto de soberanía. En mi opinión, una concepción adecuada del Estado constitucional debe huir del dilema de la última palabra, porque me parece claro que “el desfondamiento del paradigma democrático constitucional” (por usar la expresión de Pedro Salazar) puede provenir por cualquier lado. Es la lógica de la última palabra lo que puede acabar desmoronándolo. Si en México el «desfondamiento» puede tener que ver con decisiones fuera de límite de la Corte Suprema; en Italia, por ejemplo, en el caso de Eluana, ha sido la connivencia Ejecutivo-Legislativo la que ha estado a punto de producir un colapso constitucional⁶. Podemos enga-

⁶ El pasado viernes 13 de febrero se recibía un comunicado de los profesores Michelangelo Bovero, Maria Vittoria Ballestrero, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini, Valentina Pazé y Ermanno Vitale que llevaba el expresivo título de «CONTRO L'EVERSIONE

ñarnos y creer que hemos apostado fuertemente por los valores de la certeza y de la seguridad por el hecho de haber puesto en la cúspide del sistema jurídico-político una regla puramente procesal que determine de forma clara y rotunda quién tiene la última palabra⁷. Pero con ello, la certeza y la seguridad no habrán avanzado ni un ápice. Lo que hay que construir no es simplemente una teoría de los límites externos a los diferentes

DELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE» y en el que invitaban a mantener una actitud de vigilancia en defensa de la democracia constitucional. El él se podía leer: «Temiamo che in Italia la democrazia costituzionale stia per essere travolta da un governo eversivo, determinato a comandare per decreto, a trasformare il parlamento in una camera di registrazione delle proprie decisioni, a nullificare le sentenze della magistratura, a cambiare la Costituzione per liberarsi da ogni vincolo e controllo».

⁷ John Rawls ha distinguido tres tipos de justicia procesal: la pura, la perfecta y la imperfecta. Se habla de “justicia procesal pura” cuando la justicia de un resultado viene dada exclusivamente por el procedimiento seguido para obtenerlo, sin que haya criterios independientes del propio procedimiento para evaluar dicho resultado; es decir, la justicia de un resultado es una variable exclusivamente dependiente del procedimiento seguido (piénsese, por ejemplo, en los juegos de azar). Como dice Rawls, “[...] un rasgo característico de la justicia puramente procesal es que el procedimiento para determinar el resultado justo tiene que ser efectivamente observado [...] Un procedimiento imparcial hace imparcial el resultado sólo cuando es efectivamente observado”, en John Rawls: *Teoría de la Justicia* (trad. M.D. González), Fondo de Cultura Económica, México, 1979, págs. 106 y ss.

poderes; es necesario que la teoría sea capaz de dar cuenta de los límites internos de cada poder. La decisión de la Suprema Corte sería ilegítima no tanto por haber desbordado un límite externo (haber usurpado la última palabra) cuanto por haberlo hecho sin justificación. Desde mi punto de vista, la ilegitimidad de la decisión de la Suprema Corte provendría no de que nunca y bajo ninguna circunstancia debía haber admitido un amparo sobre una reforma constitucional; sino de que lo hubiera hecho sin justificación suficiente. No sería por haber entrado en terreno en principio ajeno, sino por haber entrado en terreno en principio ajeno y en circunstancias en que estuviera prohibido hacerlo.

IV. Breviario de teoría de la Constitución del Estado constitucional

4.1. La insuficiencia de los planteamientos meramente estructurales

Luigi Ferrajoli probablemente es el autor en lenguas latinas que más ha influido en la extensión de la conciencia de los cambios que el paso del Estado de Derecho al Estado constitucional está suponiendo. Su planteamiento consiste en extraer las consecuencias que se derivan de *dos propiedades estructurales* (neutrales y avalorativas) de las constituciones de nuestros sistemas jurídico-políti-

cos. Me refiero al carácter *rígido y regulativo* de las constituciones. Simplificando un tanto las cosas, viene a sostener que estas dos propiedades suponen, por un lado, en términos políticos, el paso de una concepción puramente procesal de la democracia a una concepción “sustancial” de la misma; y, por otro, en términos jurídicos, el paso de una concepción formal y monista de la validez jurídica de las leyes a una concepción dual de la validez jurídica que exige distinguir entre validez formal y validez material de las leyes (validez y vigencia)⁸. Estos planteamientos, en mi opinión, no son equivocados pero sí son insuficientes. La insuficiencia proviene de la necesidad de dotar de valor a esas propiedades estructurales. Entre otras cosas, porque la rigidez y la normatividad de las constituciones sólo son valiosas (no en vano se trata simplemente de técnicas de protección) en la medida en que sean garantía de cosas a su vez consideradas valiosas. Estas mismas técnicas al servicio, por ejemplo, no de una expectativa considerada valiosa y, por tanto, merecedora de ser protegida en forma de un derecho, sino de un privilegio (es decir, de una expectativa no valiosa y/o no justificada)

⁸ Véase, por ejemplo, Luigi Ferragoli: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999 y *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

resultan simplemente insoportables e irracionales. Sólo si se introduce el componente de valor inserto en esas mismas constituciones es posible entender las tensiones internas del constitucionalismo, las disputas entre las diversas concepciones constitucionales y el giro argumentativo y justificativo de las diferentes operaciones del método jurídico (desde el papel de los principios hasta los juicios de invalidez sustancial). Abordado desde parámetros meramente estructurales todo ello queda prácticamente huérfano de explicación⁹.

4.2. La Constitución rígida y regulativa del Estado constitucional responde a los parámetros “ideológicos” del constitucionalismo político.

Suele decirse que los ideales del constitucionalismo quedaron plasmados en el art. 16 de la Declaración francesa de los derechos al establecer que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una constitución”. La clave para entender el constitucionalismo político es verlo como una ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder po-

⁹ Véase Manuel Atienza: *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006.

lítico y el aseguramiento del respeto de los derechos. En este sentido, la Constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política, es decir, de erradicación de los *males* más característicos y probados de las dominaciones políticas (o, si no, sin ese componente de valor, no es constitución)¹⁰. A partir de ahí, si aislamos la idealidad del *Estado de Derecho* (entendido como imperio de la ley), la del *Estado liberal*, la del *Estado democrático* y la del *Estado social* y los consideramos como componentes agregados al constitucionalismo, no es difícil observar que cada uno de ellos

¹⁰ La idea de fondo es que el esclarecimiento del constitucionalismo como ideología es inseparable de la denuncia del pseudoconstitucionalismo. En este sentido, por ejemplo, me parece obvia la contradicción presente en la obra de Lassalle [Ferdinand Lassalle: *¿Qué es una constitución?*, (Trad. de Wenceslao Roces), Ariel, Barcelona, 1984] puesto que, por un lado, opera con un concepto de Constitución que acaba por ser una mera función del poder político efectivo (es poder desnudo) y, por otro, califica al pseudoconstitucionalismo –entendido como opuesto al constitucionalismo– de mero engaño del despotismo. Esto último sólo es posible, me parece, si se acepta que en la genuina Constitución la cuestión primaria no es de poder, sino de valor, de fundamentación. Creo que tiene razón Kay cuando afirma que la función social central de una Constitución es prevenir peligros probados [Richard S. Kay: “Constitutional Chrononomy”, en *Ratio Juris* Vol. 13, n.º 1 mayo 2000, págs. 31 y ss] y, por tanto, que el constitucionalismo requiere una clara conciencia de ciertos males potenciales de los sistemas políticos.

está particularmente orientado a erradicar alguno de los males más característicos (y probados) de las dominaciones políticas: la *arbitrariedad* (la falta de seguridad jurídica), el *autoritarismo* (la falta de libertades negativas), la *exclusión política* (la falta de participación política) y la *exclusión social* (la falta de capacidad para hacer presentes los propios intereses en la agenda y el debate políticos). En efecto, el Estado de Derecho entendido como imperio de la ley (o gobierno de las leyes) implica una relación de sujeción entre Estado y ciudadano, pero el ciudadano sólo está sometido a la voluntad del soberano expresada en normas generales; y ello se traduce en un conjunto de derechos destinados a erradicar la *arbitrariedad* en dicha relación de sujeción, es decir, a garantizar la seguridad jurídica. El componente liberal del constitucionalismo puede explicarse en términos de la transformación de la relación entre un soberano omnipotente y un súbdito en la relación entre un soberano competente/incompetente y un ciudadano sujeto/inmune; ese es el papel que tantas veces se ha atribuido a los derechos de libertad (las libertades negativas): generar esferas de inmunidad y, por tanto también, de incompetencia como forma de combatir el *autoritarismo*. Y, finalmente, el componente democrático y social de las constituciones puede verse como una transformación de la relación de representación de

la comunidad que ejerce el soberano, y que siempre (y necesariamente) es una relación parte/todo. Así, la contradicción que en el seno de la comunidad produce la acción política del soberano, y que permite distinguir entre representados (o favorecidos) y excluidos, se transforma en la contradicción entre mayorías y minorías tanto en el sentido cuantitativo resultado de la participación política como en el sentido de representación de intereses sociales. Esa transformación se traduce en el reconocimiento de los derechos de participación política y de igualdad como forma de combatir tanto la *exclusión política* como la *exclusión social*.

Todos estos elementos son más o menos reconocibles en los Estados que llamamos Estados constitucionales. Lo interesante de todo lo anterior es darse cuenta de que el concepto de “Estado constitucional” no es un concepto meramente descriptivo. El Estado constitucional no nace simplemente de la rigidez y la normatividad constitucionales. Es un concepto valorativo –resultado de la asunción de ciertas exigencias ético-políticas– que sirve para evaluar los sistemas jurídico-políticos positivos (y entre estos también a aquellos que cuentan con una Constitución rígida y regulativa)¹¹.

¹¹ Del concepto de Constitución del Estado constitucional me he ocupado en Aguiló Regla, Josep: “Sobre la

4.3. Autoridad y Justicia en el constitucionalismo.

El constitucionalismo –hemos dicho– sitúa el “reconocimiento” de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema político y jurídico. Ello confiere a los derechos un papel central de fundamentación o justificación. Ahora bien, ¿qué es lo que los derechos pueden fundamentar? En mi opinión es claro que dos cosas. En primer lugar, los derechos valen para fundamentar la *obligación política*. Es decir, sirven para establecer bajo qué condiciones el ciudadano de una comunidad política está obligado a obedecer (cumplir) las normas que esa misma comunidad se ha dado. El poder político fundado en los derechos es

constitución del Estado constitucional”, en *Doxa* n.º 24, 2001. En este punto, es importante darse cuenta de que el concepto de Estado constitucional es un concepto normativo y que con él ocurre lo mismo que con el concepto de Estado de Derecho. En este sentido, siempre he compartido la tesis que con tanto ahínco y lucidez ha defendido Francisco Laporta en relación con el concepto de Estado de Derecho: “El concepto de Estado de Derecho es un concepto normativo y, por tanto, con él no se alude simplemente a una mera propiedad descriptiva del Derecho moderno; el Estado de Derecho no nace de la misma juridicidad. En consecuencia, se usa siempre como un concepto normativo, como una exigencia ético-política para evaluar los sistemas jurídicos positivos”, en Francisco Laporta: “Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz”, en *Doxa*, n.º 15-16 Vol. I, 1994.

poder político legítimo, es decir, autoridad legítima. O dicho en otras palabras, la autoridad fundada en los derechos tiene título para ordenar y lo ordenado por ella es obligatorio para los ciudadanos. En este sentido, el constitucionalismo en cuanto ideología de los derechos es una concepción de la *autoridad legítima*. Si recordamos los cuatro componentes agregados al constitucionalismo que antes he destacado, es fácil ver que las exigencias vinculadas al *Estado de Derecho* entendido como *imperio de la ley* y al *Estado democrático* constituyen las formas legítimas de imposición del Estado al ciudadano, las formas de la *autoridad legítima* del constitucionalismo.

Pero los derechos no sólo cumplen esa función de fundamentación de la obligación política de los ciudadanos. Sirven también para fundamentar los límites de dicha obligación política, es decir, sirven para determinar qué es lo que el poder político puede (debe) y no puede (no debe) ordenar legítimamente. En este sentido, el constitucionalismo en cuanto ideología de los derechos contiene no sólo –como hemos visto– una teoría de la autoridad legítima, sino también una *teoría de la justicia*. De nuevo, si miramos los componentes agregados del constitucionalismo que antes hemos destacado, no es difícil observar que las exigencias normativas derivadas del *Esta-*

do liberal (los derechos de libertad) y las del *Estado social* (los derechos de igualdad) suministran los contenidos (las sustancias) de lo que se puede (debe) y no se puede (no se debe) ordenar. Es decir, *suministran los vínculos y/o los límites a la autoridad legítima*.

Este doble papel que los derechos cumplen de fundamentación (tanto de la obligación política como de los límites a la misma) genera en el interior del constitucionalismo una suerte de tensión que, en mi opinión, resulta ineliminable. Los principios (morales) de los cuales se extraen los derechos que sirven para fundamentar tanto la obligación política como los límites a la misma no tienen por qué ser diferentes. No es nada nuevo decir, por ejemplo, que el principio de autonomía está tanto en la base de las formas de autoridad consideradas legítimas (el Estado de Derecho y el Estado democrático) como en la base de los límites o los vínculos a dicha autoridad (el Estado liberal y el Estado social). Pero lo cierto es que a pesar de esa unidad de principios y valores la tensión entre la obligación política y los límites a la misma no es armonizable en términos meramente estructurales o de diseño de las instituciones. La persistencia de las disputas entre diferentes pares de concepciones constitucionales son un buen indicio del carácter ineliminable de dicha tensión. Piénsese, por ejemplo, en

los siguientes pares de concepciones opuestas: procedimentalismo frente a sustantivismo; democracia frente a derechos; concepción política de la constitución frente a concepción jurídica de la constitución; dignidad democrática de (soberanía representada por) la ley frente a judicialización como garantía de los derechos... Todos estos pares representan intentos de superar dicha tensión enfatizando bien la concepción de la autoridad (primer elemento de cada par), bien la concepción de la justicia (segundo elemento de cada par) del constitucionalismo¹². Frente a estos intentos, están los planteamientos de aquellos –entre quienes me encuentro– que venimos a sostener que no es posible resolver dicha tensión en abstracto y que, por tanto, no cabe confiar en un diseño institucional que la liquide de manera definitiva. Sólo es posible formular un *desideratum* en el sentido de alcanzar una *práctica* política y jurídica respetuosa con los derechos; y ello exige recurrir a conceptos dialécticos que apuntan hacia síntesis relativamente inestables (como ponderación, equilibrio, etc.) y al desarrollo de las actitudes adecuadas vinculadas a necesidades discursivas de justificación. Es decir, apuntan más hacia

¹² Sobre este punto puede verse J. Aguiló Regla: “Cuatro pares de concepciones opuestas de la constitución”, en *La constitución del Estado constitucional*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2004.

exigencias deliberativas, argumentativas y justificativas que hacia las respuestas estructurales y definitivas.

EL EMPLEO ESPURIO DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS PARA REALIZAR CAMBIOS ESTRUCTURALES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL

Miguel Ángel PRESNO LINERA

I. Presentación

En las páginas que siguen y con el objetivo de actuar como interlocutor del profesor Salazar Ugarte a propósito de su ponencia “Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana”, no me ocuparé de todos los problemas que él plantea, sino que trataré de centrarme en las distorsiones que para el sistema democrático puede suponer el uso espurio, por parte del Tribunal Constitucional, de las denominadas “sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad” y, en particular, dentro de esta categoría, de las “sentencias interpretativas” y de las “sentencias de mera inconstitucionalidad”.

Es conocido, como ya advirtió Vezio Crisafulli, que “todas las decisiones de la jurisdicción constitucional son interpre-

tativas”¹, pero aquí empleamos ese concepto, en la línea que parece haber ir delineando el propio intérprete supremo de la Constitución, a las sentencias desestimatorias que señalan cuál es la interpretación de los preceptos impugnados que es conforme con la Constitución². En segundo lugar, al hablar de las sentencias de mera inconstitucionalidad nos referimos a aquellos pronunciamientos en los que, a diferencia de los interpretativos en sentido estricto, el Tribunal declara la simple inconstitucionalidad de las normas impugnadas pero sin adoptar medida alguna para la reparación inmediata o, como mucho, apelando al legislador para que ponga término a la inconstitucionalidad.

Nuestro propósito no es ni mucho menos llevar a cabo un análisis detallado y genérico

¹ “Le sentenze interpretative della Corte Costituzionale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. I, 1967, pág. 1.

² Para un conocimiento exhaustivo de estas sentencias es obligada la lectura del comentario de Ángel J. Gómez Montoro “al artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coordinados por Juan Luis Requejo Pagés, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, págs. 587 y sigs. No menos recomendable, como se verá en las páginas siguientes, es el estudio de Héctor López Bofill *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, IVAP-Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

de este tipo de sentencias sino advertir o, más bien, recordar, los riesgos que entrañan para el propio Tribunal y, en especial, para el sistema constitucional democrático³. Con esta finalidad presentaremos tres ejemplos de resoluciones recientes que, respondiendo a esa tipología, han tenido una gran relevancia constitucional, pero, sobre todo, una extraordinaria trascendencia sociopolítica e institucional.

En cuanto al riesgo que entrañan, nadie es más consciente que el propio Tribunal que, en una de sus primeras sentencias (la STC 5/1981, de 13 de febrero) ya advirtió:

“las llamadas en parte de la doctrina sentencias interpretativas, esto es, aquellas que rechazan una demanda de inconstitucionalidad o, lo que es lo mismo, declaran la constitucionalidad de un precepto impugnado en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución, o no se interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados, son, efectivamente, un medio al que la jurisprudencia constitu-

³ Es ilustrativo tanto el título como el contenido del estudio de Javier Jiménez Campo: “¿Qué hacer con la ley inconstitucional?”, en *La sentencia sobre la inconstitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional/CEC, Madrid, 1997, págs. 15 y sigs.

cional de otros países ha recurrido para no producir lagunas innecesarias en el ordenamiento, evitando, al tiempo, que el mantenimiento del precepto impugnado pueda lesionar el principio básico de la primacía de la Constitución. Es, en manos del Tribunal, un medio lícito, aunque de muy delicado y difícil uso, pero la emanación de una Sentencia de este género no puede ser objeto de una pretensión de los recurrentes. El Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución” (F. 6).

El peligro, en este caso para el propio sistema democrático, radica en que a través de estas decisiones puedan verse corroboradas las palabras, tantas veces recordadas, de Carl Schmitt en su *Der Hüter der Verfassung* según las cuales la jurisdicción constitucional no es más que un sistema artificioso y contradictorio en el que el tribunal constitucional se convierte en un supremo legislador tácito que se esconde entre formas jurisdiccionales y en dicho sistema, utilizando las palabras de Guizot, “la política nada tiene que ganar y la justicia tiene todo que perder”.

Y dicho peligro pasa a veces inadvertido debido a que en estas sentencias tanto el juicio sobre la ley como la interpretación de la

Constitución que emana del intérprete supremo se produce, como se ha dicho con acierto, “de modo encubierto”, porque parece que el problema de constitucionalidad ha sido superado sin grandes perturbaciones⁴. Sin embargo, el análisis de la realidad, en este caso tanto de la mexicana como de la española, demuestra que en los últimos años algunas de las decisiones más delicadas se han resuelto no a través de la solución más traumática que supone la declaración de inconstitucionalidad, sino “mediante los entresijos de decisiones interpretativas por las que se autorizan incluso cambios estructurales en el sistema constitucional sin gran repercusión pública”⁵.

Si en la ponencia del profesor Salazar se presentan los recientes juicios de constitucionalidad en México a propósito de la reforma constitucional que ha prohibido que los partidos políticos puedan contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión; sobre la suspensión de los derechos ciudadanos a quienes se encuentren sujetos a un proceso criminal desde la fecha del llamado “auto de formal prisión; sobre los casos de inelegibilidad electoral y sobre la imposibilidad de concurrir como candidato a los proce-

⁴ Héctor López Bofill: *ob. cit.*, pág. 30.

⁵ *Ibidem*, pág. 30

sos electorales si no es en las listas de un partido político, nosotros nos ocuparemos de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, sobre la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por la LO 8/2000, de 20 de noviembre; de la STC 48/2003, de 12 de marzo, sobre la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, y de la STC 85/2003, de 8 de mayo, que puso fin a los 249 recursos de amparo electorales interpuestos contra las Sentencias de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Tribunal Supremo, de 3 de mayo de 2003.

Se trataba en estos tres casos, los dos últimos a su vez conectados entre sí, de resolver en sede jurisdiccional los recursos de inconstitucionalidad (SSTC 236/2007 y 48/2003) y amparo electoral (STC 85/2003) que traían causa de la decisión legislativa de otorgar una determinada configuración jurídica a dos cuestiones con gran incidencia en la práctica sociopolítica e institucional española: los derechos de los extranjeros sin permiso de residencia y la garantía del “funcionamiento del sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos, impidiendo que un partido político pueda, de forma reiterada y grave, atentar contra ese régimen democrático de libertades, justificar el racismo y la

xenofobia o apoyar políticamente la violencia y las actividades de bandas terroristas” (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, LOPP).

Seguramente no es casual que en este conjunto de asuntos predominen de manera abrumadora los casos en los que están en juego dos elementos estructurales del sistema democrático como son los derechos de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de representantes y la naturaleza y funciones constitucionales, no únicamente en los procesos electorales, de los partidos políticos.

También, con probabilidad, eso pueda explicar que nos encontremos ante sentencias interpretativas, pues, como señala alguien tan doblemente autorizado en su condición de académico y magistrado como Gustavo Zagrebelsky, “consciente o inconscientemente se advierte la preferencia, cuando es posible, de soluciones que no son ni las de una ni las de otra parte. No creo equivocarme al señalar una cierta tendencia psicológica de los jueces constitucionales por la tercera opción, en los fallos y en las motivaciones de las resoluciones constitucionales, sobre todo cuando se

refieren a los temas políticamente más controvertidos...”⁶.

Ahora bien, una cosa es que en estos casos la inclinación por una sentencia interpretativa sea comprensible y otra que al cobijo de este tipo de resoluciones nos encontremos con actuaciones en las que el intérprete supremo parece colocarse en el papel del que toma decisiones políticas o, más allá, pasa a reescribir los preceptos constitucionales de acuerdo con las convicciones políticas y morales de sus magistrados, olvidando que es un *tribunal*.

Si no contribuye a aliviar el desasosiego la apelación, incluso supuestamente bienintencionada al garantismo (véase lo expuesto por el profesor Salazar)⁷, mucho menos lo hace

⁶ *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Trotta, Madrid, 2008, págs. 57 y 58.

⁷ Las referencias a Ferrajoli aunque obvias son obligadas, máxime cuando se utilizan, en defensa propia, para amparar decisiones nada garantistas; a título de ejemplo, una de las integrantes de la Sala Superior del Tribunal Electoral de la Federación, la Magistrada María del Carmen Alanís Figueroa, ha manifestado públicamente que, invocando a Michele Taruffo, “el juzgador que encarna a un tribunal, debe ser una persona con una cultura media, consciente de la problemática social que le rodea, con una sensibilidad especial que le haga emitir la sentencia con apoyo en la ley y en sus conocimientos, pero sobre todo en buscar el bienestar social” o que “la

que uno de los miembros del Tribunal “anticipe” cuál debe ser, a su juicio, el sentido del fallo⁸.

actual integración de la Sala Superior, está consciente de la importante función de árbitro límite entre los contendientes electorales, porque si algo caracteriza la manera de resolver cada uno de los asuntos puestos a consideración, es la de asumir una postura de interpretación y argumentación jurídicas moderna y actual, una postura más afín al tipo de interpretación propia de tribunales constitucionales. Este tipo de interpretación se conjuga en un contexto en donde se necesita esta manera de resolver, pues en muchas ocasiones la realidad política electoral rebasa los supuestos previstos normativamente, circunstancia que obliga a asumir una actitud creativa, en el marco de la ley, por parte de nosotros como Magistrados”, para concluir que “siguiendo el pensamiento de Luigi Ferrajoli, debe destacarse que una posición garantista no sólo es la protección máxima de los derechos del ciudadano militante de un partido, sino que también conlleva el respeto irrestricto de sus propias obligaciones”; conferencia dictada en el Marco de la Inauguración del Curso de Capacitación del Proceso Electoral 2007 del Estado de Zacatecas, págs. 2, 6, 35 y 36; puede consultarse en

http://www.teez.gob.mx/informacion/capacitacion/2da_fase/justicia_electora_magda_alanis.pdf,

para un conocimiento “auténtico” del garantismo propugnado por Ferrajoli véase, por ejemplo, *Democracia y garantismo*, Edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2008; también el debate con los profesores Moreso y Atienza en Ferrajoli/Moreso/Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.

⁸ Al respecto basta recordar que con ocasión del pronunciamiento del Tribunal Constitucional español sobre el recurso contra la Ley de Partidos, su presidente,

Poco que ver, desde luego, con lo manifestado por Felix Frankfurter, juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su voto particular en el famoso caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 u.s. 624 (1943): “como juez de este Tribunal no estoy legitimado para manifestar mi opinión individual sobre las distintas opciones políticas que *a priori* son compatibles con nuestra Constitución, esté de acuerdo con ellas o las considere completamente equivocada... Nunca se insistirá bastante en esta idea: cuando se ejercen funciones jurisdiccionales se deben dejar aparte las propias opiniones sobre las virtudes o los vicios de una determinada ley”⁹.

el señor Jiménez de Parga, al ser preguntado públicamente “si la eventual ilegalización de Batasuna va a superar el trámite del Constitucional o si no va a pasar como con la Mesa de HB” respondió “pero, hija mía, pero es que eso son asuntos que están sometidos a la decisión de mis colegas, ahí sentados en su mayor parte, y no puedo, ni quiero, ni debo pronunciarme. Ya veremos. Yo espero que lo hagamos lo mejor que sepamos y que consigamos una ilegal... una... solución, una solución favorable» (palabras exactas según el fundamento jurídico 4 del Auto del Tribunal 61/2003, de 19 de febrero, que rechazó la solicitud de recusación del presidente, aunque con el voto particular de 5 magistrados).

⁹ Disponible, entre otros sitios, en <http://laws.findlaw.com/us/319/624.html>. En esta línea, Gustavo Zagrebelsky recuerda que “la participación en el trabajo del Tribunal no es la vía para exhibirse a través de sus sentencias. No sólo daría muestras de carácter

II. Aproximación: las normas de derechos fundamentales como normas de principio y ámbito propicio para sentencias interpretativas que provoquen cambios estructurales en el sistema constitucional o neutralicen conflictos políticos.

Como es bien sabido, al estudiar los derechos fundamentales son claves los conceptos de reglas y principios y, siguiendo a Robert Alexy, se puede afirmar que el aspecto decisivo para la distinción entre las primeras y los segundos es que éstos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes¹⁰. Por eso se afirma que los

débil y frívolo el juez que pidiese la asignación de una causa con el pretexto de haberse ya ocupado del tema; que en la sala de deliberaciones se excediese por obtener la victoria con un punto de vista ya sostenido en otra sede,... Mostraría que no ha comprendido el significado de la colegialidad, del trabajo común: colegialidad que, entre otras cosas, significa también que ninguna opción preconstituida tiene un derecho de ciudadanía privilegiada...”, *ob. cit.*, págs. 87 y 88.

¹⁰ Nos ocupamos de esta cuestión en “La estructura de las normas de derechos fundamentales” en Bastida y otros: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 45 y sigs. Resulta de gran interés el debate entre Luigi Ferrajoli y Manuel Atienza sobre si los derechos son reglas o principios, recogido en Ferrajoli/Moreso/Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, ..., en especial las págs. 133 y sigs.

principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades de hecho sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser, o no, cumplidas; si una regla es válida, ha de hacerse lo que ella exige, no más o menos.

Esta rotunda diferenciación teórica suele resultar luego matizada en los concretos sistemas de derechos fundamentales, lo que resulta especialmente gráfico cuando nos encontramos, como ocurre en el caso español, con un ordenamiento que se estructura a partir del principio de Estado social, que en su desarrollo se caracteriza por la conversión de las reglas en mandatos de optimización.

Si se puede concluir que la Constitución española ha acogido un modelo mixto de principios y reglas, con carácter general las normas de derechos fundamentales responden al modelo de las normas de principio, pues se presentan en la mayoría de los casos como enunciados que no establecen las reglas jurídicas precisas atinentes a la conducta o conductas protegidas y a los instrumentos de su protección; más bien lo que hacen es ordenar a los poderes públicos y, de manera especial, al legislador que proteja una determinada

libertad en la mayor medida posible, fijando reglas precisas que concreten la forma, el espacio y el tiempo del régimen jurídico que el derecho fundamental ha previsto para la conducta de la persona, de los poderes públicos y de otros particulares afectados.

Si la interpretación constitucional implica una tarea en gran medida creadora, de determinación de lo abstractamente formulado en el enunciado constitucional, el margen de creatividad se incrementa cuando dicho enunciado constitucional responde a una norma de principio, motivo por el cual en dicho ámbito la interpretación debe realizarse de manera muy cuidadosa para que ni el Legislador ni el órgano u órganos competentes para llevarla a cabo se sitúen en el mismo plano del poder constituyente.

Esa tarea interpretativa se hace más compleja todavía cuando, además, debe concretar cuáles son las expectativas sociales que quedan garantizadas en los enunciados iusfundamentales para realizar una interpretación constitucionalmente adecuada no sólo de dichos enunciados, sino también de la realidad que abstractamente está regulada en ellos¹¹. Y el problema se hace especialmente

¹¹ Francisco Bastida Freijedo: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*,..., págs. 57 y sigs.

candente cuando tanto el legislador como el Tribunal Constitucional operan sobre derechos fundamentales como el de participación política, que ya James Madison calificó como elemento esencial del gobierno republicano¹² y el Tribunal Supremo de Estados Unidos (asunto *Yick Wo v. Hopkins*, de 10 de mayo de 1886) como “el derecho político fundamental porque garantiza todos los demás derechos”¹³.

¹² *El Federalista* (LII); <http://www.constitution.org/fed/federa00.htm>

¹³ 118 U.S. 356; varias décadas después el Tribunal Supremo recordó que “en un país libre ningún derecho es más importante que el de poder hacerse oír en la elección de los que aprobarán las leyes bajo las que debemos vivir como buenos ciudadanos. Los demás derechos, incluso los más esenciales, resultarán ilusorios si el derecho de voto se ve menoscabado (*Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533, de 15 de junio de 1964); ambas sentencias puede leerse en la página gestionada en la Universidad de Cornell; la primera en http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0118_0356_ZO.html y la segunda en http://supct.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0377_0533_ZO.html.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto *Hirst c. Reino Unido* (nº 2), de 6 de octubre de 2005, es crucial “para el establecimiento y la conservación de los fundamentos de una democracia auténtica regida por el Estado de derecho”; disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/>. Nos hemos ocupado del sufragio como derecho fundamental en *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003.

Decidir si una persona que está presa puede votar, si otra que está procesada o condenada por sentencia no firme puede ser candidata en un concreto proceso electoral o si una formación política puede ser ilegalizada no por lo que hace sino por lo que omite, depende en gran medida de cómo se interprete el papel o programa que la Constitución reserva a la participación política y a los partidos en ese sistema democrático. Al regular e interpretar este derecho lo que está en cuestión es el propio principio democrático sobre el que descansa el Estado. Por eso, resulta especialmente preocupante que a través de decisiones interpretativas del Tribunal Constitucional se esté acudiendo a una vía espuria para realizar cambios estructurales en el sistema constitucional y para neutralizar conflictos políticos¹⁴.

III. La STC 236/2007, de 7 de noviembre, sobre la Ley de Extranjería, o cómo la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad concede una espuria segunda oportunidad al Legislador.

En una primera aproximación a esta sentencia lo que más llama la atención es que el elemento clave de la tarea interpretativa que

¹⁴ Héctor López Bofill: *ob. cit.*, pág. 30 y 327 y sigs.

la preside es “el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho, dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana». Al acudir a la mayor o menor proximidad del derecho fundamental con la dignidad humana, el Tribunal parece olvidar que esa dignidad se irradia a todos los derechos fundamentales reconocidos en el Título I de la Constitución y que el propio Tribunal estableció que, proyectada sobre los derechos individuales, la regla del artículo 10.1 CE implica que, en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona», la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo, en consecuencia, un mínimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.

No nos ocuparemos de esta cuestión pues lo que más importa aquí es que una vez aceptada por la mayoría del Tribunal la inconstitucionalidad de la regulación que el legislador hizo en su día de los derechos de reunión, asociación y sindicación, sin embargo, en palabras textuales del Alto Tribunal,

no proceda “declarar la nulidad sólo del inciso «y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España», que figura en cada uno de aquellos artículos, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos. Como hemos razonado anteriormente, no corresponde a este Tribunal decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquella que se somete a su enjuiciamiento. De ahí que la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa (STC 96/1996, de 30 de mayo, F. 23), derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, F. 6), el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Y ello sin perjuicio del eventual control de constitucionalidad de aquellas condiciones, que corresponde a este Tribunal Constitucional” (F. 17).

Efectivamente, no corresponde al Tribunal decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquella que se somete a su enjuiciamiento, pero una vez declarado que una determinada opción no tiene cabida en nuestra Norma Fundamental, nada hay que esperar a que el Legislador deshaga su previa actuación inconstitucional, sino que debe ser el Tribunal el que ponga fin, mediante la declaración de nulidad, a la opción legislativa que ya se ha mostrado contraria a la Constitución.

El Tribunal, a diferencia de lo que ha hecho en sentencias anteriores en materia de extranjería en las que la norma inconstitucional resultó declarada nula¹⁵, dicta aquí una reso-

¹⁵ En la STC 115/1987, de 7 de julio, el Tribunal enjuicia varios preceptos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España; en su fundamento jurídico 3 expone: “Se sostiene en la demanda la inconstitucionalidad del art. 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, por vulneración de los arts. 22.4 y 14, en relación con el art. 13.1, todos ellos del Texto constitucional. El art. 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, establece: «El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podrá acordar la suspensión de las actividades de las Asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando atenten grave-

lución de inconstitucionalidad sin nulidad y apela al Legislador “a *que establezca dentro*

mente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles».

Debe admitirse que, de acuerdo a sus propios términos, el art. 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación. En esta línea el art. 8 de la Ley Orgánica 7/1985 reconoce el derecho de asociación de los extranjeros y además también la aplicación a tal derecho de las mismas normas generales aplicables a los españoles. Al mismo tiempo y como única especialidad relevante establece esta posibilidad de suspensión administrativa, pero sólo cuando concurren determinadas circunstancias. El problema también aquí es si el legislador ha respetado o no el contenido preceptivo del art. 22 de la Constitución...

La suspensión y disolución administrativas de las asociaciones han sido manifestaciones tradicionales de un sistema de fuerte control estatal, sobre todo, el movimiento asociativo, caracterizado en lo esencial por la discrecionalidad y la valoración de la acción del grupo con arreglo a criterios de oportunidad, y no de mera y estricta legalidad. En relación con la tradicional actitud estatal y a efectos de determinar hasta qué punto queda afectado el contenido esencial del derecho de asociación, la prohibición de disolución o suspensión administrativa de Asociaciones no aparece tanto, o no aparece sólo, como norma atributiva de competencias (que resuelve la opción entre la Administración o los Tribunales), sino como una norma de actuación que garantiza que sólo la Ley puede legitimar la intervención estatal en este área de libertad ciudadana. El que la decisión se adopte por un órgano judicial desde el momento inicial, y no se reduzca a un momento posterior de control judicial de la actividad administrativa, supone, de forma preceptiva, una garantía adicional muy importante, por ser la vía judicial la más

de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión,

adecuada para interpretar y aplicar las restricciones de los derechos fundamentales.

A estas razones responde el art. 22.4 de la Constitución, que establece que «las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada». Se establece así una garantía del derecho de asociación no prevista en tales términos en los Tratados Internacionales suscritos por España en la materia. Este mandato del art. 22.4 constituye en puridad un contenido preceptivo del derecho de asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio.

El problema así planteado es el de si el art. 13.1 de la Constitución habilita o no al legislador a establecer una excepción para los extranjeros de la regla contenida en el art. 22.4 de la Constitución. El art. 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el art. 22.4 de la Constitución. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.

No cabe duda que el art. 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985 establece una intervención administrativa que resulta totalmente incompatible con la garantía al derecho de asociación reconocida en el art. 22.4 de la Constitución, también para los extranjeros. Por ello ha de admitirse, con el recurrente, la inconstitucionalidad del art. 8.2 de

asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España” (la cursiva es nuestra).

Este tipo de sentencias, frecuentes, entre otros países, en Austria y en la República Federal de Alemania¹⁶ e inicialmente rechazadas por el propio Tribunal español (STC 45/1989, de 20 de febrero)¹⁷, se han considerado oportunas cuando la ley es inconstitucional por lo que omite y la reparación no puede hacerse directamente por el Tribunal sin invadir ámbitos de decisión que corresponden al Legislador¹⁸. En Alemania se han utilizado sobre todo para evitar los graves conflictos

la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio” y el Tribunal, en el fallo, resuelve “c) Declarar inconstitucional y por consiguiente nulo el art. 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio”.

¹⁶ Allí se habla más bien de incompatibilidad sin nulidad; véase, por ejemplo, M. Kleuker *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlín, 1993.

¹⁷ “La Ley Orgánica no faculta a este Tribunal, a diferencia de lo que en algún otro sistema ocurre, para aplazar o diferir el momento de la efectividad de la nulidad”.

¹⁸ Véase el comentario de Ángel J. Gómez Montoro “al artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, coordinados por Juan Luis Requejo Pagés, Tribunal Constitucional/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, págs. 601 y sigs.

sociales y financieros que podría originar la inaplicación de una norma inconstitucional, como en el muy conocido caso de la sentencia de 11 de noviembre de 1999 sobre el equilibrio financiero entre los *Länder*¹⁹. En España, hasta la fecha, las sentencias de inconstitucionalidad sin nulidad se habían venido utilizando preferentemente en los casos de concurrencia de un vicio de incompetencia territorial²⁰.

Pero aunque fueran admisibles en tales supuestos, en el caso que nos ocupa no hay omisión legislativa alguna ni riesgo de caos social o financiero y al declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos correspondientes el Tribunal, lejos de invadir el ámbito de decisión del Legislador, estaría cumpliendo con su atribución consti-

¹⁹ En http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/fs19991111_2bvf000298.html; hay varios comentarios a esta sentencia en *Die Öffentliche Verwaltung*, de 8 de abril de 2000.

²⁰ Así, en la STC 235/1999, de 16 de diciembre, se afirma que “la declaración de inconstitucionalidad del precepto y la reiteración, que queda hecha, de la necesaria intervención legislativa bastan, cabe esperar en virtud del principio de lealtad constitucional, para propiciar una pronta sanación de la situación inconstitucional, no estimando este Tribunal llegado el momento de expresar un pronunciamiento de nulidad cuya eficacia quede diferida a un determinado plazo (SSTC 195/1998, fundamento jurídico 5 y 208/1999, fundamento jurídico 8)”.

tucional y con lo previsto en su propia Ley Orgánica. No está de más recordar que aunque en el último Proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se contemplaba una nueva redacción del artículo 39 que introducía la nulidad diferida “para preservar los valores e intereses que la Constitución tutela (*“1. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados o cuestionados. No obstante, motivadamente y para preservar los valores e intereses que la Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad o diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años... 3. Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Si este incumpliera dicho mandato, el Tribunal Constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia”*), el texto de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, mantuvo la redacción anterior de ese precepto, por lo que, admitida la inconstitucionalidad de todos o algunos de los preceptos lo que procede es declarar su nulidad, lo que llevaría

aparejada la imposibilidad de seguir aplicando dichas normas en el futuro²¹.

No obstante, en los distintos países con sistemas de control de constitucionalidad concentrado se ha venido abogando por encontrar fórmulas alternativas a la inexorable nulidad de las normas declaradas inconstitucionales, buscando los mecanismos de reparación que resulten más adecuados al caso concreto (anulando un inciso, con una sentencia interpretativa, encomendando la tarea al legislador,...)²².

En todo caso, no parece una solución muy afortunada dejar que, cuando lo estime razonable, sea el responsable de la inconstitucionalidad de una norma el que adopte las medidas legales para repararla, pues con ello, además de poner en cuestión la supremacía de las disposiciones constitucionales, se está “premiando” al legislador que ha aprobado, en el mejor de los casos de

²¹ Para un análisis del binomio inconstitucionalidad-nulidad y sus eventuales insuficiencias véase el estudio de Marcus González Beilfuss *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, CEPC, Madrid, 2000, págs. 31 y sigs.

²² Francisco Rubio Llorente: “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 22, págs. 23 y sigs.; Ángel J. Gómez Montoro: *ob. cit.*, págs. 588 y sigs.

manera inconsciente, normas contrarias a la Constitución²³. Al respecto, no deja de ser significativo que hayan transcurrido ya casi dieciséis meses desde que el Tribunal publicó la STC 236/2007 y todavía no se haya aprobado la nueva legislación en la materia y ello a pesar de que la mayoría parlamentaria de hoy fue en su día una de las promotoras de los recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de Extranjería luego de su modificación por la Ley Orgánica 8/2000.

Por si fuera poco, en la sentencia que nos ocupa, el Tribunal utiliza una justificación bien pobre para tratar de explicar el por qué de la no nulidad de los preceptos inconstitucionales: en otro caso “se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos..., no corresponde a este Tribunal decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquella que se somete a su enjuiciamiento. De ahí que la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa, derivada de su posición

²³ En el mismo sentido, Ángel J. Gómez Montoro: *ob. cit.*, pág. 589.

constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática, el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España” (F. 17).

Si el Tribunal ha dicho que la concreta configuración normativa sometida a su enjuiciamiento es inconstitucional, ¿qué sentido constitucional-democrático justifica que no se sancione como debe, con la nulidad, la extralimitación del legislador? ¿Por qué se le concede una espuria segunda oportunidad?

Y, dado lo anterior, ¿por qué, como en otras sentencias –la situación “debe acabar cuanto antes” (STC 208/1999, de 11 de noviembre, F.8)–, no se realiza un emplazamiento temporal? o ¿por qué no se señala que las normas no pueden seguir aplicándose (STC 45/1989, de 20 de febrero, F. 11)?

Desde luego no es cuestión menor determinar la situación en la que permanecen los preceptos de la Ley de Extranjería que han sido declarados inconstitucionales pero no nulos. Al respecto debe tenerse presente que, de acuerdo con el artículo 38 de la LOTC “1. Las sentencias recaídas en procedimientos de

inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Desde la perspectiva de esos poderes públicos debe recordarse, en palabras del Tribunal, que su “sujeción a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los jueces y tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas” (STC 18/1984, F. 6).

En cuanto al legislador, a la vinculación inmediata de esta sentencia se añadiría la dimensión objetiva de los derechos fundamentales²⁴, que comporta la obligación no ya de que no contravenga el contenido esencial de los derechos, sino de disciplinarlos de la manera más favorable para su observancia, y como mínimo de forma que no se desconozca ese contenido esencial.

²⁴ Nos ocupamos de esta dimensión en Francisco Bastida y otros *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, págs. 45 y sigs.

Pero la dimensión objetiva de los derechos en juego (reunión, asociación, sindicación), como ya se ha apuntado, también se extiende a la actuación del gobierno y la administración en el ámbito de sus funciones y a la interpretación y aplicación de prescripciones por parte de los jueces y tribunales. Y por lo que a estos órganos se refiere, la consecuencia derivada de la declaración de inconstitucionalidad debería ser la inaplicación de los preceptos de la Ley de Extranjería que han sido considerados contrarios a la Constitución y ello como consecuencia del principio que podríamos denominar de “interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales”, en la línea del propio Tribunal Constitucional español, que de manera reiterada ha indicado que “la Constitución ha introducido un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y, muy especialmente, por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las Leyes...” (STC 76/1987, de 25 de mayo, F. 2).

Sin embargo, ante el silencio del Tribunal y el propio significado constitucional de los efectos de sus sentencias, habrá que concluir que mientras el legislador no repare las inconstitucionalidades señaladas las normas

afectadas podrán seguir siendo aplicadas por los poderes públicos, pues esta sentencia no provoca un efecto derogatorio de las normas declaradas inconstitucionales.

Más allá de las obligaciones que de una sentencia como ésta se derivan para los poderes públicos, lo que también se evidencia, cuando se sostiene (F. 17) que la declaración de nulidad “entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos”, es que, por utilizar las palabras de López Bofill, una decisión interpretativa trata de asumir una preciada función al servicio de la estrategia general de neutralización, e incluso negación, de los conflictos propios de las democracias occidentales, en su afán de no poner en peligro un horizonte de inmutable estabilidad²⁵.

²⁵ *Ob. cit.*, pág. 30.

IV. La STC 48/2003, de 12 de marzo, sobre la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos, como ejemplo de la realización de cambios estructurales en el sistema constitucional sin gran repercusión pública.

Si acabamos de hablar de la utilización de las sentencias interpretativas en sentido estricto como técnica para neutralizar conflictos, es bien conocido que uno de los más enconados debates políticos, sociales, institucionales e, incluso, académicos que han tenido lugar en España en los últimos diez años es el que se suscitó con ocasión de la aprobación, entrada en vigor y aplicación de la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos²⁶.

²⁶ Para una visión panorámica puede verse el debate promovido en Derecons por el profesor Bastida Freijedo y que está recogido en la revista electrónica *Debates constitucionales*, disponible en <http://constitucion.rediris.es/revista/dc/Dc.html> y las ponencias de Francisco Bastida Freijedo y Roberto Blanco Valdés incluidas en el libro *La defensa del Estado. I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, coordinado por Luis López Guerra y Eduardo Espín Templado, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. Los términos de dicho debate, así como un análisis crítico de la sentencia del Tribunal Constitucional que nos ocupa, están magníficamente tratados en el trabajo de Miguel Esparza Oroz *La ilegalización de Batasuna. El nuevo régimen jurídico de los partidos políticos*, Thomson-Aranzadi, 2004; véase también el “Comentario breve a la

No se trata aquí de volver sobre el proceso de elaboración de dicha Ley Orgánica ni de analizar su actual contenido; nos limitaremos a incidir en algunos de los argumentos que el Tribunal Constitucional utilizó en su día para concluir que los preceptos impugnados de esa norma no eran contrarios a la Norma Fundamental.

En primer lugar, y comenzando por el final, es decir por el último fundamento jurídico, que es el número 23, llama la atención que ese breve fundamento –“debemos finalizar precisando el alcance de nuestro fallo. Las consideraciones anteriores determinan la procedencia de la desestimación del recurso, puntualizando que los artículos 3.1, 5.1, 9.2 y 3, y la disposición transitoria única, apartado 2, de la Ley Orgánica de partidos políticos sólo son constitucionales si se interpretan en los términos señalados en los fundamentos jurídicos 10, 11, 12, 13, 16, 20 y 21 de esta Sentencia”- cumple el papel que tradicionalmente asume el fallo en relación con la precisión del alcance de la decisión conforme²⁷.

STC sobre la LOPP” de Tomás González Cueto, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* num. 9/2003.

²⁷ Por ejemplo en la ya citada STC 236/2007, que en punto 3 del fallo el Tribunal declara “que no es inconstitucional el art. 60.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, interpretado en los términos

No parece aventurado concluir que, desde el punto de vista formal, para el Legislador enjuiciado le resultará todavía más grato encontrarse con ese resultado en un fundamento jurídico, aunque sea en el último, que en el cuerpo del fallo, donde de manera aséptica y contundente el Tribunal ha decidido “1º Rechazar la causa de inadmisión invocada por el Abogado del Estado. 2º Desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad”.

También se ha apuntado que esta técnica no es ajena “a la recepción de la decisión interpretativa como instrumento que no sólo esquivo el conflicto suscitado entre enfrentadas percepciones en el alcance de los derechos sino que procura que su aportación no contribuya a ahondar más en la disputa”²⁸.

Volviendo al principio, hay que apuntar algo del contenido de esta sentencia que quizá no ha recibido mucha atención pero que tiene una trascendencia estructural: la asunción por el Tribunal Constitucional de una concepción “institucional” de los partidos políticos, a pesar de que nuestra Norma Fundamental configura a dichas entidades como un tipo especial de asociación cualificado por las

expresados en el fundamento jurídico 15 de esta Sentencia.

²⁸ Héctor López Bofill: *ob. cit.*, pág. 328.

funciones constitucionales que pueden cumplir. Es decir, se pasa del “reconocimiento constitucional de los partidos” a un “régimen institucional” o de “incorporación constitucional de los mismos”, de manera que aunque pueden existir diferentes organizaciones políticas, sólo serán auténticos partidos políticos los que, a través de su participación en los procesos electorales, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular²⁹.

El Tribunal abandona así su tesis sobre el reconocimiento constitucional de los partidos³⁰ y se adscribe a la incorporación consti-

²⁹ Véanse los estudios de Francisco Bastida Freijedo “Notas sobre la naturaleza jurídica de los partidos políticos”, *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución española*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, volumen 3, pág. 1667, y “La relevancia constitucional de los partidos políticos y sus diferentes significados. La falsa cuestión de la naturaleza jurídica de los partidos”, en *Derecho de partidos*, (coordinador José Juan González Encinar), Espasa Calpe, Madrid, 1992, págs. 84 y sigs.

³⁰ En el pasado, el Tribunal Constitucional precisó que los partidos “son, sin duda, asociaciones que poseen unas características e incluso una naturaleza propias y específicas... esta indudable especificidad no es incompatible con la constatación reiterada por este Tribunal desde la STC 3/1981 en el sentido de que «un partido político es una forma particular de asociación y el citado art. 22 no excluye las asociaciones que tengan una finalidad política, ni hay base alguna en él para deducir tal exclusión». «Los partidos políticos se incluyen bajo la protección de este art. 22 cuyo contenido conforma

tucional de los mismos³¹; en el primer supuesto se tienen en cuenta las funciones que incumben a los partidos políticos a los efectos de colocarlos en una posición que facilite el ejercicio de las mismas; dichas funciones son un efecto del ejercicio del derecho de asociación con una finalidad política, pero no una condición para el ejercicio de un derecho³².

también el núcleo básico del régimen constitucional de los partidos políticos» (STC 85/1986)... Los arts. 6 y 22 deben interpretarse conjunta y sistemáticamente, sin separaciones artificiosas...” (STC 56/1995, de 6 de marzo, fj. 3º.b).

³¹ Nos hemos ocupado de esta cuestión en *Los partidos y las distorsiones jurídicas de la democracia*, Ariel, Barcelona, 2000.

³² La conexión entre los artículos 6 y 22 es aceptada de modo prácticamente unánime por la doctrina -así, por ejemplo, Juan José Solozábal Echavarría: “Sobre la constitucionalización de los partidos políticos en el Derecho constitucional y en el ordenamiento español”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 45, 1985, págs. 161 y sigs.; Javier Jiménez Campo: “Sobre el régimen jurídico de los partidos políticos”, *Revista de Derecho Político*, nº 26, 1988, págs. 9 y sigs.; “Diez tesis sobre la posición de los partidos políticos en el ordenamiento español”, en *Régimen jurídico de los partidos políticos y Constitución. Debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales*, CEC/BOE, Madrid, 1994, págs. 37 y 38; o Ángel Rodríguez Díaz: *Transición política y consolidación constitucional de los partidos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 212 y sigs.- con la salvedad de Óscar Alzaga Villaamil: *La Constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*, Foro, Madrid, 1978, pág. 121, y José Luis García Guerrero en: “Algunas cuestiones sobre la constitucionalización de los

La protección constitucional supone una garantía adicional al genérico derecho de asociación, pero no una garantía de un derecho diferente. En este supuesto se encuadrarían las Constituciones francesa, italiana, portuguesa y española.

Por su parte, cuando se habla de “incorporación constitucional” de los partidos se alude a que las funciones que éstos deben desempeñar son prefiguradas por el ordenamiento jurídico, que las asigna a un tipo de organizaciones, los partidos, que lo serán en la medida que cumplan dichas funciones. Esto es lo que sucede en el ordenamiento jurídico alemán, que al establecer el concepto de partido, en la Ley sobre Partidos Políticos, especifica que “una asociación pierde su posición jurídica como partido si durante seis años no participa con sus propias propuestas electorales en unas elecciones para el Bundestag o para un *Landtag*” (artículo 2.2)³³.

partidos políticos”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 70, 1990, págs. 149 y sigs., y *Democracia representativa de partidos y grupos parlamentarios*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pág. 48.

³³ Para el Tribunal Constitucional Federal alemán, los partidos políticos se han convertido en elementos a integrar del edificio constitucional y de la vida política regulada por el derecho constitucional; han sido elevados desde el plano de lo político-sociológico al rango de una institución jurídico-constitucional y por colaborar en la

Este cambio estructural sobre el concepto de partido en nuestra Constitución se evidencia en la STC 48/2003:

“...aquella Ley se erige en el marco normativo determinante de la existencia y configuración de los partidos políticos, instituciones que «concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular» (art. 6 CE) en todas las instancias del Estado (F. 1)...

Los partidos son, así, unas instituciones jurídico-políticas, elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal del sistema democrático. Conformando y expresando la voluntad popular, los partidos contribuyen a la realidad de la participación (F. 5).

Su cualificación funcional no desvirtúa la naturaleza asociativa que está en la base de

formación de la voluntad del pueblo ejercen funciones propias de un órgano constitucional; véanse las BVerfGE 1, 225 (nº 32), 2, 73, (nº 1); 4, 30 (nº 3) y 5, 134 (nº 4); en las sentencias BVerfGE 91, 262 (nº 17) y 91, 276 (nº 18), se rechazan las peticiones de declaración de inconstitucionalidad de dos formaciones políticas (“Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei” y una lista electoral local-) por no reunirse en dichas entidades los requisitos necesarios para que pudiesen ser consideradas partidos políticos de acuerdo con la legislación alemana. En la doctrina, véase Wilhelm Henke: *Das Recht der politischen Parteien*, Otto Schwartz & Co., Gotinga, 1972.

los partidos, pero eleva sobre ella una realidad institucional diversa y autónoma que, en tanto que instrumento para la participación política en los procesos de conformación de la voluntad del Estado, justifica la existencia de un régimen normativo también propio, habida cuenta de la especificidad de esas funciones... (F. 6)”.

En relación con esta nueva concepción constitucional de los partidos es obligado tener en cuenta también la relevancia que la LOPP otorga a la inscripción y, en particular, a las atribuciones conferidas a la Administración encargada de llevarlo a cabo.

El TC interpreta constitucionalmente los preceptos recurridos de la LOPP y concluye (F. 21) que:

“el precepto impugnado —art. 5.1 en relación con el art. 3.1, párrafo segundo, LOPP— requiere una interpretación que permita su compatibilidad con el ejercicio en libertad del derecho a constituir o crear partidos políticos y, en definitiva, que respete el mandato constitucional contenido en el art. 6 de la Norma fundamental. En efecto, ha de entenderse que, en cuanto atañe a la denominación del partido, *las facultades atribuidas al Ministerio del Interior para suspender el plazo de inscripción únicamente podrán aplicarse cuando se compruebe de manera clara y manifiesta que concurre una*

plena coincidencia o identidad entre las formaciones políticas o entidades en contraste, de tal manera que los demás supuestos de semejanza o riesgo de confusión en virtud de la denominación, no habilitan para una eventual suspensión del plazo para la inscripción al amparo del art. 5.1 LOPP. Así entendido el precepto, en relación con el art. 3.1 no procede que apreciemos la pretendida inconstitucionalidad.

Por otra parte, el art. 3.1, en su segundo párrafo, prohíbe aquellas denominaciones «que sean contrarias a las leyes o los derechos fundamentales de las personas», sin ulteriores especificaciones. Entendida esta prescripción en sus literales términos, quedaría en manos de la autoridad administrativa el denegar o retrasar injustificadamente el ejercicio libre de constitución de partidos políticos, en cuanto mediante ella se le apodera con facultades que incluyen un amplio e impreciso margen de apreciación, lejos de la verificación reglada que a aquella corresponde en este ámbito. Por ello, y en línea con lo antes expuesto, *solo ha de entenderse constitucional la transcrita determinación normativa cuando la contradicción con las leyes o con los derechos fundamentales sea palmaria, manifiesta o patente, no necesitada, por tanto de esfuerzo interpretativo alguno, de tal manera que se excluyan de la prohibición legal aquellos casos en que para apreciar la infracción, se precise, por la autoridad administrativa, de un cierto margen de apreciación en cuanto a la ilicitud de la denomina-*

ción asignada al partido cuya inscripción y personificación jurídica se solicita. Así entendido el precepto no podemos apreciarlo contrario al art. 6 CE ni declarar, en consecuencia, la pretendida inconstitucionalidad del mismo”.

Si consideramos que el partido es una forma particular de asociación debe concluirse que su inscripción en el registro es, como dice el artículo 22.3 de la Constitución, “a los solos efectos de publicidad”. En principio el que la personalidad jurídica nazca con la inscripción registral no contradice ese precepto siempre que se considere que la inscripción es un acto debido.

En otras palabras, el registro ha de ser formal y la inscripción obligada; de lo contrario, se estaría produciendo un control de legalidad del partido por la Autoridad registral. Ésta podría impedir el nacimiento del partido como tal, al poder entrar a valorar si en el partido concurren indicios racionales de ilicitud penal. Y tal cosa puede suceder porque, de acuerdo con lo previsto en los artículos 5.2 y 5.4, “cuando de la documentación presentada se deduzcan indicios racionales en relación con la ilicitud penal del partido, el Ministerio del Interior lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, dentro del plazo de veinte días a que se refiere el artículo anterior, mediante resolución fundada que irá

acompañada de los elementos probatorios disponibles para apreciar dichos indicios... la remisión [por el Ministerio del Interior] de la comunicación al Ministerio Fiscal determinará la suspensión del plazo previsto en el apartado 2 del artículo anterior, durante todo el tiempo que medie hasta la devolución por el mismo al Ministerio del Interior de la comunicación fundada en la no apreciación de motivos suficientes de ilicitud penal o hasta que el Juez Penal resuelva sobre la procedencia de la inscripción o, en su caso, como medida cautelar, sobre la reanudación provisional del plazo para la inscripción”.

Es decir, que queda en manos del Ministerio del Interior, y no de un órgano judicial, ni siquiera del Ministerio Fiscal, la posibilidad de provocar la suspensión de la inscripción registral y, por tanto, la suspensión temporal de la adquisición de la condición de partido político, a pesar de que, conforme al artículo 22.4 de la Constitución, “Las asociaciones sólo pueden ser disueltas o suspendidas en su actividad en virtud de resolución judicial motivada”, y de que el propio Tribunal sostuvo (STC 3/1981) que el Registro de Partidos es un “registro cuyo encargado no tiene más funciones que la verificación reglada, es decir, le compete exclusivamente comprobar si los documentos que se le presentan corresponden a materia objeto del Registro y si

reúnen los requisitos formales necesarios” (F. 5).

Sin embargo, para el Tribunal (F. 20), “en principio, pues, el legislador orgánico no apodera a la Administración estatal, mediante la inscripción registral, con facultades de un verdadero control material en orden a la personificación jurídica de los partidos políticos, por lo que no cabe hablar de que se desconoce o menoscaba el aludido principio constitucional de libertad de creación de partidos políticos plasmado en el art. 6 de la Constitución”.

En tercer lugar, debemos detenernos en uno de los preceptos más controvertidos de la Ley de Partidos, el artículo 9, relativo a las causas que pueden provocar la ilegalización de una formación política, y al que no es exagerado calificar como elemento central de la nueva normativa.

No en vano, la Exposición de Motivos señala que

“el objetivo es garantizar el funcionamiento del sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos, impidiendo que un partido político pueda, de forma reiterada y grave, atentar contra ese régimen democrático de libertades, justificar el racis-

mo y la xenofobia o apoyar políticamente la violencia y las actividades de bandas terroristas. Especialmente si se tiene en cuenta que, por razón de la actividad del terrorismo, resulta indispensable identificar y diferenciar con toda nitidez aquellas organizaciones que defienden y promueven sus ideas y programas, cualesquiera que éstas sean, incluso aquellas que pretenden revisar el propio marco institucional, con un respeto escrupuloso de los métodos y principios democráticos, de aquellas otras que sustentan su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y de las libertades...

Las mayores novedades de la Ley se contienen en el capítulo II,... Es en dicho capítulo II en el que se concretan los criterios básicos para garantizar el mandato constitucional de que la organización, funcionamiento y actividad de los partidos políticos deben ser democráticos y ajustarse a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes, desarrollando, como señala el artículo 9, «las funciones que constitucionalmente se les atribuyen de forma democrática y con pleno respeto al pluralismo»..., el artículo 9 persigue asegurar el respeto de los partidos a los principios democráticos y a los derechos humanos. Para ello, frente al enunciado genérico de la Ley que ahora se deroga, la presente Ley Orgánica enumera con cierto detalle las conductas que más notoriamente conculcan dichos principios, sobre la base de dos fundamentos en los que conviene detenerse brevemente...”

No procede en este lugar ocuparse de todos los motivos de ilegalización contemplados en el artículo 9, sino de la “lectura constitucionalmente adecuada” que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional de alguno de ellos. No obstante, no está de más recordar la redacción de este precepto y, en particular de su apartado 3³⁴, que ha sido calificado con

³⁴ 3. Se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias del apartado anterior cuando se produzca la repetición o acumulación de alguna de las conductas siguientes:

a) Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta.

b) Acompañar la acción de la violencia con programas y actuaciones que fomentan una cultura de enfrentamiento y confrontación civil ligada a la actividad de los terroristas, o que persiguen intimidar, hacer desistir, neutralizar o aislar socialmente a quienes se oponen a la misma, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación básica de las libertades y, en particular, de la libertad para opinar y para participar libre y democráticamente en los asuntos públicos.

c) Incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión.

acierto como “una fiel y exacta reproducción de lo que ha sido la actividad política de HB-EH-Batasuna durante su singladura legal, equiparable a una producción cinematográfica sobre su historia filmada en cinemascopo”³⁵. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, “ciertamente, los supuestos comprendidos en el art. 9 LOPP no tienen el grado de concreción que resultaría de haberlos delimi-

d) Utilizar como instrumentos de la actividad del partido, conjuntamente con los propios o en sustitución de los mismos, símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con el terrorismo o la violencia y con las conductas asociadas al mismo.

e) Ceder, en favor de los terroristas o de quienes colaboran con ellos, los derechos y prerrogativas que el ordenamiento, y concretamente la legislación electoral, conceden a los partidos políticos.

f) Colaborar habitualmente con entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o violenta, o que amparan o apoyan al terrorismo o a los terroristas.

g) Apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior.

h) Promover, dar cobertura o participar en actividades que tengan por objeto recompensar, homenajear o distinguir las acciones terroristas o violentas o a quienes las cometen o colaboran con las mismas.

i) Dar cobertura a las acciones de desorden, intimidación o coacción social vinculadas al terrorismo o la violencia.

³⁵ Miguel Esparza Oroz: *La ilegalización de Batasuna*,..., pág. 170.

tado con términos puramente descriptivos” (F. 11).

A continuación, y entrando ya en el análisis del artículo 9.3, en la letra a), “se entenderá que en un partido político concurren las circunstancias del apartado anterior cuando se produzca la repetición o acumulación de alguna de las conductas siguientes: a) *Dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo*, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta”.

Como es conocido, aquí de lo que se está hablando es de la negativa a condenar las acciones terroristas, del silencio como apoyo tácito. Para el Tribunal Constitucional, “y sin que nos corresponda ahora determinar *si la mera ausencia de condena puede ser o no entendida como apoyo implícito al terrorismo lo cierto es que la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales que comportan puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes*, en determinadas circunstancias, siendo claro que, en tales supuestos, no puede hablarse de vulne-

ración de la libertad de expresión” (F. 10) (las cursivas son nuestras).

Pues bien, el Tribunal no encuentra motivos de inconstitucionalidad en esta letra pero para llegar a esa conclusión lo que hace es “reescribir” su enunciado: donde decía “tácito” el Tribunal lee “implícito” y la omisión de la condena de los actos terroristas se convierte en un “acto concluyente”³⁶.

La letra c) describe la conducta consistente en “incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, o mantener un amplio número de sus afiliados doble militancia en organizaciones o entidades vinculadas a un grupo terrorista o violento, salvo que hayan adoptado medidas disciplinarias contra éstos conducentes a su expulsión”.

Para el Tribunal (F. 13), “antes de responder a las alegaciones del recurrente sobre este punto, que se refieren, no sólo a la proporcionalidad, sino también a la vulneración de los derechos de libertad de expresión y de asociación, es preciso interpretar el precepto de conformidad con la Constitución. De una

³⁶ En el mismo sentido Esparza Oroz, *ob. cit.*, pág. 176, y González Cueto.

parte, *la referencia a las personas condenadas por delitos de terrorismo... , ha de entenderse que alcanza sólo a aquellos condenados que no hayan obtenido su rehabilitación...la utilización de penados por terrorismo incluyendo de manera regular en puestos directivos y en listas electorales, puede suponer la expresión de solidaridad con los métodos del terror que no se coherente con las exigencias que la CE impone a un partido político. Por su parte, la previsión de que esa circunstancia sólo puede valorarse si los penados no han «rechazado públicamente los fines y los medios terroristas» no puede interpretarse como la obligación de realizar una retractación de sus actividades pasadas. El precepto sólo tiene proyección hacia el futuro y en relación con el partido político en el que los penados se integren como directivos o candidatos, convirtiéndose en causa de disolución el empleo de forma regular de personas de las que quepa presumir, fundadamente, una afinidad con los métodos del terror, no con las ideas y programas que, eventualmente, puedan también perseguir organizaciones terroristas...*”

Para el Tribunal no se trata de que los condenados por delitos de terrorismo deban retractarse de sus actividades pasadas, pero sí deben “rechazar públicamente los fines y los medios terroristas”; es decir, no tienen que arrepentirse de sus concretos actos pero sí

deben repudiar el terrorismo. No parece fácil dilucidar entre una u otra conducta. Pero, lo que llama especialmente la atención es que el Tribunal reemplace “personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas” por “aquellos condenados que no hayan obtenido su rehabilitación”.

Finalmente, por lo que aquí respecta, otro de los motivos que puede respaldar la ilegalización de un partido es el previsto en la letra g): “apoyar desde las instituciones en las que se gobierna, con medidas administrativas, económicas o de cualquier otro orden, a las entidades mencionadas en el párrafo anterior”.

En este caso, el Tribunal sostiene que “el apoyo desde las instituciones a que se refiere el apartado g) es el apoyo específicamente dirigido a asociaciones que, directa o indirectamente, amparan el terrorismo o la violencia y, justamente, con el objetivo de reforzar esa actividad ilegítima. Sólo entendida así, la conducta descrita en el apartado g) puede inscribirse en el marco establecido por el art. 9.2”.

Esta conclusión es, como poco, incoherente con la reiterada línea jurisprudencial, ya desde la STC 5/1983, del propio Tribunal

según la cual no son los partidos los que gobiernan las instituciones, sino concretas personas que han recibido un mandato de los ciudadanos.

En definitiva, a lo largo de esta sentencia encontramos una sucesión de ejemplos de “manipulación” del sentido que el legislador le ha querido atribuir a la Ley de Partidos, llegando incluso a una reinterpretación del propio texto constitucional en lo que a la naturaleza jurídica y a las funciones de los partidos se refiere. Y de esta manera, el Tribunal “incumple” varias de sus propias cautelas y principios de actuación y de modo singular el de que con la nueva interpretación “no puede llegarse a entender que [la norma] dice lo contrario o algo sustancialmente distinto de lo que dice” (STC 42/1981, de 22 de diciembre, F. 6), cosa que, como hemos visto, ocurre en varias ocasiones.

Además, como se ha señalado doctrinalmente, no parece acertado la utilización de las sentencias interpretativas en fallos desestimatorios, pues si la remoción de los efectos producidos en aplicaciones de la disposición contrarias a la Constitución es complicada por sí misma, la dificultad aumenta cuando el fallo es desestimatorio³⁷.

³⁷ Ángel J. Gómez Montoro: *ob. cit.*, pág. 597.

V. La STC 85/2003, de 8 de mayo, o la transformación del Tribunal Constitucional en una segunda instancia electoral como fórmula para reparar las insuficientes garantías previstas por el legislador.

Los numerosos recursos de amparo electorales a los que da respuesta la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional nº 85/2003, de 8 de mayo, fueron promovidos por 249 agrupaciones de electores y diversos integrantes de las candidaturas por éstas presentadas a las elecciones municipales, a las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, y al Parlamento de Navarra, celebradas el día 25 de mayo de 2003. Todos los recursos tuvieron por objeto la impugnación de las sentencias de la Sala Especial del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Tribunal Supremo, de 3 de mayo de 2003, que, estimando en parte los recursos contencioso-electorales promovidos por el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, anularon, en aplicación del artículo 44.4 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) –introducido por la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos–, los Acuerdos de las Juntas Electorales de Zona de las provincias de Álava, Guipúzcoa, Vizcaya y de las Juntas Electorales de Zona y Provincial de Navarra, de 28 de abril de 2003, de proclamación de las referidas candidaturas.

Los recursos de amparo contra las sentencias que estimaron que estas candidaturas continuaban la actividad de un partido ilegal se interpusieron de acuerdo con las previsiones del apartado 5 del artículo 49 LOREG, también incluido por la Ley Orgánica de partidos políticos³⁸.

³⁸ La Disposición adicional segunda de la Ley Orgánica de partidos políticos prevé las siguientes modificaciones de la LOREG: 1. Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 44: «4. No podrán presentar candidaturas las agrupaciones de electores que, de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido. A estos efectos, se tendrá en cuenta la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento de las personas que los componen, rigen, representan o administran las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión».

2. Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 49: 5. Los recursos previstos en el presente artículo serán de aplicación a los supuestos de proclamación o exclusión de candidaturas presentadas por las agrupaciones de electores a las que se refiere el apartado 4 del artículo 44 de la presente Ley Orgánica, con las siguientes salvedades: a) El recurso al que se refiere el apartado primero del presente artículo se interpondrá ante la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. b) Estarán también legitimados para la interposición del recurso los que lo están para solicitar la declaración de ilegalidad de un partido político, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 11 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos».

En las líneas siguientes no nos ocuparemos de todos los problemas que plantean tanto el artículo 44.4 como el 49.5, sino que nos centraremos en la forma en la que el Tribunal Constitucional los ha interpretado para colmar sus insuficientes previsiones en materia de tutela judicial efectiva.

Comencemos por recordar que la perentoriedad del proceso electoral “es constitucionalmente necesaria debido a la incidencia directa de lo que en amparo se resuelva sobre el desarrollo efectivo de los procesos electorales que forman parte de la esencia misma del Estado democrático de Derecho” (STC 48/2000, F. 3). Ahora bien, también debemos traer a colación que “el derecho de defensa garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales” (SSTC 158/2001, F. 2; 59/2002, F. 2; 162/2002, F. 3; y 37/2003, F. 5). No es posible olvidar que en el recurso contencioso electoral nos hallamos ante un verdadero proceso en el que obviamente rigen los derechos fundamentales de las partes ex art. 24 de la Constitución.

A este respecto, el Tribunal Constitucional reconoce en la sentencia que nos ocupa que en el proceso contencioso-electoral “se produjo una inicial irregularidad procesal, dado que las demandas y documentos a ellos acompañados no fueron trasladados a los afectados por la impugnación, sino que este traslado se sustituyó por un examen de las actuaciones en la secretaría del Tribunal dentro de un breve plazo, que finalizaba a las quince horas del día 2 de mayo” (F. 11).

No obstante, se concluye en el mismo fundamento jurídico que “los recurrentes pudieron presentar sus escritos impugnando los recursos del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado dentro del plazo determinado por el Tribunal Supremo. Así, pudieron realizar las alegaciones que consideraron oportunas rebatiendo la cuestión fundamental planteada en el recurso: el carácter de agrupación electoral continuadora o sucesora de las actividades de los partidos políticos ilegalizados conforme al art. 44.4. LOREG. Por tanto, partiendo de que no es función de este Tribunal establecer de qué forma es preciso dar cumplimiento al procedimiento establecido en el art. 49 LOREG, ha de rechazarse la vulneración de los derechos de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión y al proceso con todas las garantías pues, siendo carga de los mismos, no se ha acreditado un

efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”.

Sin embargo, no deja de ser significativo que a continuación se añada que “este amparo electoral viene a dar oportunidad de nuevas alegaciones, con pleno conocimiento de las cuestiones planteadas en el proceso original”.

Debe, además, recordarse que el recurso contencioso-electoral previsto en el artículo 49 LOREG está pensado para la subsanación de “los defectos e irregularidades que presentan... [las] candidaturas y no puede aceptarse que su ámbito se extiende a cualquier irregularidad ajena a la propia composición y presentación en tiempo y forma legales de las mismas” (STC 68/1987). Es decir, se trata de un recurso destinado a subsanar defectos que pueden ser apreciados a través de un conocimiento sumario y limitado de los mismos (cumplimiento de los requisitos temporales para la formalización de las candidaturas, del escrito de presentación –denominación, siglas y símbolo, así como el nombre y apellidos de los candidatos incluidos en ella, declaración de aceptación de la candidatura, así como los documentos acreditativos de sus condiciones de elegibilidad–, inclusión de tantos candidatos como cargos a elegir; en el caso de las presentadas por agrupaciones de

electores que se acompañen de los documentos acreditativos del número de firmas legalmente exigido para su participación en las elecciones, ...), porque incluso la apreciación de una causa de inelegibilidad puede también advertirse en el proceso contra la proclamación de candidatos electos (véanse las SSTC 158/1991, y 170/1991), previsto en los artículos 109 y siguientes LOREG, que además se desarrolla “con plena jurisdicción” (STC 26/1990, de 19 de febrero).

Y no parece que la sumariedad del procedimiento previsto en el artículo 49 LOREG sea la más adecuada para apreciar si las candidaturas presentadas por las agrupaciones de electores vienen “*de hecho* a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido”, para lo que, como se ha previsto antes, “se tendrá en cuenta la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento de las personas que los componen, rigen, representan o administran las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión” (art. 44.4 LOREG).

Como afirma la Magistrada discrepante en su Voto Particular, “a diferencia de lo que sucede en el resto de los recursos contra las proclamaciones de candidaturas electorales, en los que, por lo general, no se plantean cuestiones fácticas de marcada dificultad, en este caso ha de determinarse cuándo las agrupaciones de electores «de hecho» vienen «a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto o suspendido».

Hay, pues, una situación de hecho de especial complejidad que precisa ser probada y unos plazos procesales perentorios que constriñen la realización con plenitud de la actividad probatoria y son necesarios criterios suficientemente sólidos para acreditar, “en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales” (SSTC 158/2001, F. 2; 59/2002, F. 2; 162/2002, F. 3; y 37/2003, F. 5), que las agrupaciones a las que se impide concurrir a las elecciones incurren en el ámbito de aplicación del artículo 44.4 LOREG, lo que no puede llevarse a cabo en el plazo perentorio de dos días, en especial si se trata de analizar la participación, o no, en las elecciones convocadas de 249 candidaturas constituidas por electores.

Y si el legislador incluye dentro del proceso contencioso-electoral previsto para la subsanación de “los defectos e irregularidades que presenten... [las] candidaturas” (STC 68/1987), una vía para impedir que las agrupaciones de electores vengan, de hecho, a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido, no le está constitucionalmente permitido que con ese fin realice cualquier “operación de ingeniería electoral” (STC 225/1998, F. 4), en especial si se tiene en cuenta la debida maximización de la eficacia de los derechos fundamentales (STC 24/1990, F. 2); en el caso que nos ocupa de los derechos contenidos en los artículos 23 y 24 de la Constitución.

La STC 85/2003 salva la constitucionalidad del artículo 49.5 a través de una construcción argumental con la que, sin decirlo de manera tajante, el Alto Tribunal, al “elegir lo importante y asumir lo inevitable” –por emplear una certera expresión de Francisco Caamaño– se convierte en una segunda instancia de cognición limitada³⁹.

³⁹ *El derecho de sufragio pasivo. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981-1999*, Aranzadi, 2000, pág. 70.

La importancia que tiene la apreciación de la concurrencia de elementos probatorios que demuestren la continuación de hecho por parte de las agrupaciones de electores de las formaciones políticas disueltas es reconocida por la Sala Primera; así en el fundamento jurídico 11 se afirma que “este amparo electoral viene a dar oportunidad de nuevas alegaciones, *con pleno conocimiento de las cuestiones planteadas en el proceso originario*”. A ello habría que añadir que en el fundamento jurídico 13 se destaca que la “*peculiaridad del amparo en estos supuestos*, en los que se plantean cuestiones de dificultad superior a los de otros, *permite la aportación de elementos probatorios con la demanda*, como efectivamente han hecho alguno de los recurrentes” (la cursiva es nuestra).

Y a ese “pleno conocimiento de las cuestiones planteadas en el proceso originario” se dedica el Tribunal en los fundamentos jurídicos finales, de manera tal que es el que le permite estimar algunos de los recursos de amparo interpuestos⁴⁰.

⁴⁰ En concreto, en el fundamento 29, se afirma que “el examen de las candidaturas cuya proclamación ha rechazado el Tribunal Supremo arroja como primer resultado la concurrencia en todos los casos de un evidente denominador común, a saber, la presencia de personas que han pertenecido a los partidos disueltos o han concurrido en sus listas a comicios precedentes. En buen

Cuando el Tribunal Constitucional concluye que no existe la continuación de hecho, o al menos que no le ha quedado acreditada, no le cabe más que la “estimación de los recursos interpuestos por aquellas agrupaciones electorales cuya integración en la trama defraudatoria se acredita con el dato de la inclusión entre los componentes de las candidaturas por ellos presentadas de una sola persona relacionada organizativamente con

número de supuestos, además, a ese dato se añade el de la localización de esas personas en los primeros puestos de la correspondiente lista electoral, así como el hecho de que en el pasado inmediato muchos candidatos han sido concejales. Ya en menor medida, algunas agrupaciones incluyen candidatos en prisión por pertenencia a banda armada”. En ese mismo fundamento se dice que “estando en juego la efectividad del ejercicio de un derecho fundamental, este Tribunal Constitucional, debe verificar aquella revisión con arreglo a un canon decisorio cuyo contenido ha de depender de la apreciación conjunta de una pluralidad de magnitudes y referencias, entre las que ha de contarse, además del porcentaje de candidatos vinculados específicamente a las formaciones ilegalizadas, la naturaleza y relevancia de esa vinculación, la importancia del papel desempeñado por cada uno de aquellos candidatos en las distintas candidaturas analizadas –uno de cuyos datos expresivos es, por lo general, su posición en la lista electoral–, el desempeño de cargos públicos relacionados con los partidos disueltos o la existencia de condenas penales. La conjugación de todos estos factores ha de ser de tal naturaleza que permita inferir, de modo razonable y no arbitrario, que la agrupación electoral excluida del proceso electoral ha actuado, de hecho, como continuadora de la actividad de los partidos ilegalizados”.

los partidos disueltos, de manera que en algún supuesto la relación entre el total de candidatos y la persona vinculada con aquéllos es de 20 a 1.”.

Así las cosas, “analizadas cada una de las candidaturas cuya proclamación se ha anulado, de acuerdo con los datos obrantes en las resoluciones impugnadas y los parámetros antes mencionados”, el Tribunal considera que procede estimar las demandas de amparo de 13 agrupaciones. Atendiendo además a la especialidad de otras tres candidaturas que han concurrido ya a dos procesos electorales en el pasado, en competencia, precisamente, con el partido disuelto, se les concede también el amparo.

En resumen, para el Tribunal Constitucional los criterios que permiten deducir la continuación de hecho de la actividad de una formación política declarada ilegal no pueden consistir ni en el “solo dato de la presencia de un candidato relacionado con el partido ilegalizado” en la candidatura promovida por la agrupación de electores ni aunque presente un número superior de candidatos “cuando no concurren acumuladamente una serie de factores como son, entre otros, un porcentaje significativo de candidatos vinculados con los partidos disueltos, un puesto relevante en la candidatura, la participación y eventual

elección en anteriores comicios en las listas de aquéllos, la ocupación de cargos institucionales en representación de los partidos ilegalizados, la posición ocupada en la estructura de éstos o de la propia plataforma AuB o, finalmente, la eventual implicación en la trama defraudatoria.”.

Al fijar estos criterios el Tribunal está actuando como una segunda instancia que revisa el sentido constitucionalmente adecuado del artículo 44.4 de la LOREG, con lo que su interpretación tendrá que llevar aparejada, conforme al artículo 5.1.a de la LOPJ, la futura observancia de la misma por parte, en este caso, de la Sala especial del Tribunal Supremo.

Pues bien, se puede concluir que la jurisprudencia constitucional en el amparo electoral ha retornado al estadio que se alcanzó con las sentencias dictadas con ocasión de las elecciones generales de 1989 (SSTC 24, 25, 26 y 27, entre otras, de 1990), que, como se ha dicho de manera gráfica, representan “el punto álgido de un proceso de conversión del amparo electoral en un genuino recurso de segunda instancia, muy próximo a la apelación”⁴¹. Y es que las argumentaciones vertidas por la mayoría que respalda la STC 85/2003 parecen

⁴¹ Francisco Caamaño Domínguez: *ob. cit.*, pág. 72.

ir en la dirección de “dar una respuesta judicial de urgencia en relación con unos concretos comicios, del mismo modo a como operaría un recurso de segunda instancia ante un Tribunal de garantías electorales”⁴².

De esta manera el Tribunal Constitucional acaba reparando la muy deficiente ingeniería empleada por el legislador para articular mecanismos que impidan “el fraude de constituir, en los períodos electorales, agrupaciones de electores que vengan a suceder, de facto, a un partido político disuelto o suspendido” (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2002, de partidos políticos), pero al hacerlo acaba autoconfigurándose como una nueva instancia facultada para actuar “*con pleno conocimiento de las cuestiones planteadas en el proceso originario*” (F. 11).

El Tribunal logra salir del laberinto constitucional en que lo ha metido el legislador, pero a costa de hacer decir a la Ley lo que ésta no dice, añadiendo un plus de requerimientos no previstos en la LOREG y todo ello en su afán garantista de los derechos de participación política. Realizando un requiebro muy imaginativo, consistente en una interpretación constitucional de la Ley más rigorista

⁴² *Ibidem*, pág. 63.

que lo que su propio tenor permite, soslaya el problema fundamental: la constitucionalidad del art. 44.4 en relación al 49.5 de la LOREG, en cuanto a la validez de la medida, a la corrección de su configuración y al procedimiento en que se hace valer⁴³.

En definitiva, la fijación a través de esta sentencia de los criterios más arriba comentados no viene a ser sino una forma de apelación al legislador, en la línea de las denominadas sentencias de mera inconstitucionalidad, para que de una vez por todas ponga fin a lo que ya en la STC 24/1990 calificaba el Magistrado Rubio Llorente como una regulación “manifiestamente inadecuada” de los procesos contencioso-electorales, cuyas deficiencias se han puesto de nuevo en evidencia, y en mayor grado incluso, en el caso que nos ocupa. Como ya se afirmó en fecha temprana, y por decirlo de manera sumaria, la LOREG “fracasa allí donde son más necesarias las garantías judiciales”⁴⁴.

⁴³ Miguel Esparza Oroz: «Las agrupaciones de electores como forma eventual de sucesión en la actividad de un partido político disuelto», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 13/2003.

⁴⁴ Francisco Bastida Freijedo: “Ley electoral y garantías judiciales”, *Poder Judicial*, nº 1, 1986, pág. 37.

VI. A modo de conclusión

En los casos comentados hemos incluido tanto supuestos de control abstracto (SSTC 236/2007 y 48/2003) como de control concreto (STC 85/2003), constatando que en ambos casos existe el riesgo cierto de que el intérprete supremo se erija en un legislador “alternativo” en vez de “negativo”, es decir, imponga desde su supremacía una concreción política distinta a la aprobada por el legislador, incluso a la prevista en la propia Constitución. Como se ha dicho de manera gráfica⁴⁵, si no hay una autocontención del Tribunal Constitucional, el resultado es que el Estado de derecho se muta en un Estado judicial gobernado por un Tribunal Constitucional convertido en un *Deus ex machina*.

De todo lo dicho no debe concluirse, aunque pudiera parecer lo contrario, que aquí se comparte la idea de quienes consideran un espejismo la posibilidad de hallar un método propiamente jurídico capaz de realizar la interpretación constitucional. No sólo no nos apuntamos a las corrientes que propugnan la inexistencia entre decisiones políticas y jurí-

⁴⁵ Francisco Bastida Freijedo: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978, ...*, pág. 63.

dicas, sino que hemos querido tratar estas sentencias, que parecen confirmar esos postulados, pero precisamente en lo que tienen de crítica, no en lo que tienen de tesis; es decir, siempre que se tome su análisis como denuncia de las patologías de la justicia constitucional, y no como postulados científicos sobre la disolución de la teoría del derecho en la sociología política⁴⁶.

⁴⁶ *Ibidem*, pág. 64.

PEDRO SALAZAR UGARTE. (1971). Es Doctor en Filosofía Política. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en México. Autor, entre otros libros, de *La Democracia Constitucional. Una radiografía Teórica*, México, 2006.

JOSEP AGUILÓ REGLA. Es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Entre sus publicaciones destaca *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica* (México, 1995), *Teoría general de las fuentes del Derecho y del orden jurídico* (Barcelona, 2000), *La Constitución del Estado constitucional* (Lima-Bogotá, 2004), *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (con M. Atienza y J. Ruíz Manero, Madrid, 2007), *Sobre Derecho y argumentación* (Palma de Mallorca, 2008).

MIGUEL A. PRESNO LINERA. Es Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo. Autor de *Los partidos políticos y las distorsiones jurídicas de la democracia* (Madrid, 2000), *El derecho de voto* (Madrid, 2003), y coordinador de *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos* (Madrid, 2004), *Una introducción cinematográfica al derecho* (Madrid, 2006).

LIBROS PUBLICADOS

1. Robert Alexy: *Derechos sociales y ponderación*

2. Luigi Ferrajoli, José Juan Moreso, y Manuel Atienza: *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*

3. Alfonso Ruíz, Miguel y Rafael Navarro-Valls: *Laicismo y Constitución*

4. Pietro Costa y Benito Aláez Corral: *Nacionalidad y Ciudadanía*

5. Víctor Ferreres y Juan Antonio Xiol: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*

6. Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Cadau Pérez: *Consideraciones sobre la prueba judicial*

7. Roberto Romboli y Marc Carrillo: *Los consejos de garantía estatutaria*

8. Pedro Salazar Ugarte, Josep Aguiló Regla y Miguel Ángel Presno Linera: *Garantismo espurio*

Próximas publicaciones:

Stefan Huster, Antonio Pau y María J. Roca: *Estado y cultura*

Eugenio Bulygin, Manuel Atienza y Juan Carlos Bayón: *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*

Pablo Lucas Murillo de la Cueva, José Luis Piñar Mañas: *El derecho a la autodeterminación informativa*

Paolo Comanducci, M^a Ángeles Ahumada y Daniel González Lagier: *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*