

## PODER, DERECHO Y JUECES: LA JURISDICCIÓN COMO PARTICIPACIÓN POLÍTICA

JOSÉ FERNANDO OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO

*“... el Derecho es siempre fruto de un diálogo múltiple que parte de y pretende llegar a un consenso, más o menos general, pero en cualquier caso suficiente, que no se logra de una vez y para siempre y que, por el contrario, se encuentra permanentemente in fieri y demanda por ello un esfuerzo continuo de renovación por parte de todos los operadores jurídicos, que es tanto como decir todos los individuos que componen una sociedad dada...”*

*Tomás-Ramón Fernández  
El Derecho y el revés*

SUMARIO: I. Introito. II. El Derecho como fuente de legitimación del poder. III. El binomio inescindible: derechos y jueces. IV. La jurisdicción como participación política; V. A manera de epílogo.

### I. INTROITO

A un cuarto de siglo de la introducción del recurso de reclamación por medio del cual se le confirió competencia a la Suprema Corte

de Justicia de la Nación para conocer, con un alcance bastante limitado, las impugnaciones de los partidos políticos en contra de las decisiones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados, así como a dieciseis años de la formal integración del Tribunal de lo Contencioso Electoral, primeros y decisivos pasos para el sometimiento de las contiendas electorales del escenario nacional al Derecho, valiosa y trascendente contribución de los distintos *tribunales electorales federales* a la consolidación democrática de nuestro país, es francamente incontestable. Y me refiero a “tribunales electorales”, así, en plural, porque propiamente hablando, pese a la existencia de una continuidad en el desarrollo de estas instituciones, el Tribunal de lo Contencioso Electoral no guarda identidad estructural, organizacional ni competencial con el Tribunal Federal Electoral, tribunal éste que no es el mismo en su concepción original que en su segunda etapa, producto de las reformas constitucionales y legales de 1993 y 1994, el cual, a su vez, no guarda correspondencia con el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuya génesis se encuentra en las modificaciones a la Ley Fundamental de agosto de 1996.

Pese al reconocimiento de esas importantes diferencias, que, a semejanza de un electrocardiograma, marcan los distintos puntos de inflexión, representados por los encuentros (y hasta desencuentros) conseguidos entre las distintas fuerzas políticas existentes al seno de la sociedad, la esencia misma de esos segmentos de un *continuum*, constituida por la existencia de ese órgano especializado para juzgar los conflictos de los actores de la contienda política del país, permanece incólume y, sin lugar a dudas, se ha visto fortalecida por vía de los cambios normativos y, aun más, consolidada por vía de los hechos, con la emisión de cada resolución, de cara no sólo a las partes en disputa, sino del país mismo.

Por ello, me congratulo por la realización de obras como la presente, en la que se busca el fortalecimiento de la cultura jurídico-electoral y del intercambio de experiencias de quienes hemos contemplado e interactuado en el nacimiento y consolidación de las instituciones electorales, particularmente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, así como en el arduo trabajo de aplicación de la ley, aspectos que constituyen presupuestos indispensables para la consolidación de nuestra cultura democrática.

Precisamente por ello, no es el caso, en esta oportunidad, de reincidir, en la exposición más o menos pormenorizada de los distintos estadios de la justicia electoral, pues ello ha sido la materia de una publicación hace apenas algunos meses.<sup>1</sup> Por otro lado, la importancia del establecimiento de una jurisdicción electoral y la trascendencia de la función que cumplen los tribunales especializados en esta materia, resultaría incongruente con el mero desarrollo anecdótico de ciertos pasajes de mi labor profesional, habida cuenta de que la anécdota, según informan los diccionarios autorizados en el empleo del castellano, es el “relato breve de un hecho curioso, normalmente real” o la “cosa circunstancial o puramente episódica”.<sup>2</sup>

He de circunscribirme, a brindar mi *testimonio* de un aspecto concreto de la labor que viene desarrollando el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y que, desde mi punto de vista, más ha contribuido a la consolidación del Estado de Derecho en México, al fortalecimiento de las instituciones democráticas (desde los partidos políticos mismos hasta los puestos en que se concretiza

<sup>1</sup> AA. VV. *Evolución histórica de las instituciones de la justicia electoral en México*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2002, 644 pp.

<sup>2</sup> Me limito a pasar cuenta de las definiciones proporcionadas por Manuel Seco, Olimpia Andrés y Gabino Ramos. *Diccionario del español actual*, Madrid, Aguilar Lexicografía, 1999, p. 310.

la voluntad popular), así como a la legitimación misma del Estado: el de la función catalizadora que efectúa el Tribunal Electoral al resolver los distintos medios de impugnación en los que se le ha conferido competencia, dado que para dictar su resolución debe sujetarse, ineludiblemente y pese a la existencia de la suplencia de la queja deficiente, a las posiciones asumidas por las partes, es decir, a la materia de impugnación y a la *causa petendi* que se invoque para sustentar la misma, de tal suerte que el resultado final de lo resuelto es, en mayor o menor medida, reflejo de lo expuesto por las partes involucradas en el proceso, lo que implica que, de esa manera, al definirse el contenido de las normas y derechos que se invoquen como violados, deficientemente aplicados o de plano omitidos, esto es, al definirse el Derecho o el marco constitucional y legal en el que se despliega el actuar social, con base en la interpretación propuesta de inicio por los inconformes y aquellos que se oponen a su pretensión, se da lugar a una trascendente forma de participación política de aquellos a quienes el ordenamiento va dirigido primordialmente y, cuando menos, de inicio.

Por supuesto, si bien a efecto de brindar semejante testimonio la vida me ha honrado con la posibilidad de ser partícipe y testigo de primera fila en los recientes acontecimientos que han delineado el estado actual de tales derechos, debo también admitir, no sin dejar constancia de la ironía que ello representa,<sup>3</sup> que los sucesos de que doy cuenta requieren ser interpretados o entendidos en clave argumentativa dentro de una corriente ideológica liberal y lógico-racional, que es

<sup>3</sup> Y es que, en sentido estricto, cuando menos en el ámbito en el que los especialistas del Derecho nos solemos desenvolver, quizá por deformación profesional, el testimonio se debe limitar a la narración objetiva de los hechos que uno ha presenciado de manera directa, evitándose así las consecuencias o inferencias que de los mismos puedan leerse o desprenderse, ya que ello debe corresponder, en todo caso, a un tercero ajeno, preferentemente desvinculado de los hechos o controversia.

precisamente el discurso de la fundamentación y razón de ser de los derechos fundamentales en los modernos conglomerados sociales.

## II. EL DERECHO COMO FUENTE DE LEGITIMACIÓN DEL PODER

La reflexión sobre el poder es una constante a lo largo de la historia del pensamiento. Aparece en los primeros tiempos o, al menos, desde que las fuentes nos permiten conocer el contenido sobre el que ha versado el despliegue de la razón humana, y a lo largo de los siglos se ha mantenido como uno de sus objetos centrales. El poder, la política y los contextos en los que se ejerce el primero, dando lugar a la segunda, han suscitado la atención de todos los pensadores importantes en los diversos momentos del currir histórico. Cierto es que no todas las aproximaciones se han efectuado desde el mismo enfoque, sino que, por el contrario, los puntos de vista adoptados han sido muy numerosos y variados, como, por otra parte, es obligado, atento al dinamismo y a la capacidad expansiva con los que el poder y la política se proyectan sobre las relaciones sociales, de las que son componentes esenciales.

En efecto, el poder es uno de esos conceptos que no es fácil acotar y definir debido a la larga historia que lleva auestas, así como a la intensa carga retórica, evaluativa y hasta prescriptiva que su potencia semántica permite. Aquí habré de limitarme a traer a colación la que brindara Max Weber en su obra póstuma, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie*,<sup>4</sup> para quien significa “la probabilidad de imponer la propia voluntad, den-

<sup>4</sup> Utilizo la edición castellana *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, preparada por Johannes Winckelmann, traducción de José Medina Echavarría et. al., 2ª edición en español de la 4ª edición alemana, México, Fondo de Cultura Económica, 1984 (reimpresión), p. 43.

tro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa relación”.

Como puede apreciarse, la amplitud del concepto es abrumadora. En él se pueden abarcar desde las actividades realizadas al seno de un pequeño grupo de amigos, de la familia misma, hasta las grandes decisiones de las comunidades políticas nacionales e, incluso, las correspondientes al ámbito internacional, esto es, toda aquella situación en la que pueda desarrollarse la política, entendida, así genéricamente, como la actividad a través de la cual los grupos humanos toman decisiones colectivas.

Pues bien, entre las múltiples cuestiones que son susceptibles de análisis, interesan aquéllas en las que se hace referencia a los aspectos institucionales y organizativos, es decir, las vinculadas con el contexto en el que se producen las relaciones de poder, las políticas y, también, las jurídicas. En concreto, interesan los aspectos atinentes a la sociedad, el grupo social en el que se produce la convivencia y las estructuras en torno a las que concurren los fenómenos a los que me estoy refiriendo, porque resulta que, en cuanto gana un mínimo grado de consistencia, ese agregado humano genera un entramado institucional que lo vertebra y contribuye a su consolidación. En dicho proceso intervienen múltiples factores: económicos, sociales, culturales, psicológicos, religiosos y, por supuesto, jurídicos y políticos. Todos ellos parten de la naturaleza social del ser humano y asisten a la formación de la organización en la que desenvuelve su existencia y satisface sus necesidades. Se trata de una realidad compleja que puede ser contemplada desde tantos ángulos como facetas ofrecen las relaciones que transcurren en su seno. Ahora bien, sea cual fuere la posición en que el observador se coloque, es posible percibir, si bien con diferente alcance, la singularidad que presenta. Pero son, ante todo, las dimensiones jurídicas y políticas las que me interesa resaltar ahora.

El Derecho implica poder y tiene una evidente significación política. Del mismo modo que la sociedad requiere normas jurídicas, el Derecho supone y necesita del poder para ser y realizarse. A su vez, el poder precisa del Derecho para consolidarse y dotarse de la racionalidad que requiere supervivencia. La relación sociedad-Derecho es, pues, inescindible.<sup>5</sup> Es cierto que se percibe con mayor nitidez cuanto más evolucionada sea la forma de convivencia que se contemple. También es verdad que en sus estadios más primitivos se ve influida por otros elementos<sup>6</sup> que pueden, de primera mano, difuminarla, pero que no evitan reconocerla en cuanto se examinan con la debida atención. Desde luego, si se contempla en el seno de ese tipo histórico de organización política en que consiste el Estado, la percepción es diáfana. Y, así, cabe afirmar que el Derecho y el Estado se implican, que el uno es condición de existencia del otro y que en ambos se manifiesta el poder y la sustancia política de las relaciones sociales. No obstante, aunque aquí sea más perceptible, no es exagerado extender tal interpretación a toda modalidad de organización social estructurada de carácter general mediante la cual sus miembros aspiran a satisfacer sus necesidades individuales de subsistencia y a realizar progresivamente sus capacidades.

Pero, insisto, es en el Estado donde el grado de vinculación entre poder y Derecho se vuelve más notoria, ineludible, puesto

<sup>5</sup> El brocardo latino *ubi societas ibi ius; ubi ius ibi societas* expresa con claridad meridiana esta conexión.

<sup>6</sup> Los de carácter religioso son los más comunes en las etapas primitivas de la vida en sociedad. Pero el influjo de aspectos religiosos o sobrenaturales de las comunidades antiguas se refleja no sólo en el sustento del poder, sino también en la configuración del sistema jurídico, incluso en su rama procesal, a través de una búsqueda “mística de la verdad”, *cfr.* Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. 8 y ss.

que es con el surgimiento de este artificio del intelecto humano<sup>7</sup> que la organización política institucionalizada recaba para sí, en exclusiva y con éxito, el monopolio de la violencia legítima dentro de un territorio determinado, aglutinando por ende la producción y aplicación de las normas jurídicas que rigen la conducta de sus integrantes,<sup>8</sup> surgiendo así con igual nitidez, por un lado, la noción de autoridad, entendida como aquella que ejerce el poder institucionalizado y ocupa un lugar predominante en las relaciones de supra-subordinación, y, por otro, la diferenciación más o menos permanente entre gobernados y gobernantes. De ahí que la normalización histórica del Estado, de la autoridad pues, trae consigo la rutinización de la obediencia y a su conexión con los valores y creencias fundacionales del Estado, esto es, con aquéllas que sirven de apoyo al sistema político de que se trate, operando así la legitimación del poder en el titular o titulares de la autoridad.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Sobre el Estado y su carácter artificial, *cf.*: Pérez Royo, Javier. *Introducción a la Teoría del Estado*, Barcelona, Blume, 1980, pp. 138 y ss.

<sup>8</sup> Para una visión panorámica del surgimiento del Estado y las razones y circunstancias que los originaron, *cf.*: Esteban, Jorge de. *Jaque al Estado*, Madrid. Ediciones Libertarias, 2000, pp. 21 y ss.

<sup>9</sup> La legitimación normalmente se entiende como un “Concepto con el que se enjuicia la capacidad de un poder para obtener obediencia sin necesidad de recurrir a la coacción que supone la amenaza de la fuerza. Un Estado es legítimo cuando existe un consenso entre los miembros de la comunidad política para aceptar la autoridad vigente”. Molina, Ignacio y Santiago Delgado. *Conceptos fundamentales de Ciencia Política*, México, Alianza Editorial, 1998, p. 68. Y es que, en efecto, si bien el poder político puede descansar exclusivamente en el uso de la fuerza, también lo es que, como sostiene Edmund Burke, ello sólo puede ocurrir de manera pasajera o transitoria y no con vías a establecer un período de dominación duradero o con pretensiones reales de perpetuación: “el uso de la fuerza es sólo temporal [...] puede sojuzgar por un momento, pero no elimina la necesidad de sojuzgar de nuevo”. La misma noción se encuentra en el comentario atribuido a Talleyrand al emperador Napoleón: “Con las bayonetas, sire, lo podéis hacer todo, menos una cosa: sentaros encima de ellas”. Ambas *cit.* por García, Eloy. ‘*El último triunfo de la libertad*’: la democracia constitucional ante su momento maquiavélico, Instituto



Precisamente por estas circunstancias históricas, sociales y políticas es que Weber, al tratar las distintas formas puras de legitimidad que sustentan los modelos de dominación,<sup>10</sup> es la *racional* la que corresponde a las formas de administración específicamente modernas.<sup>11</sup> El tipo de dominación legítima de carácter nacional, dice el ilustre autor alemán, “descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal)”.<sup>12</sup> En otras palabras, la *legitimidad legal-racional* apela a la creencia en la legalidad y los procedimientos racionales como justificación del orden político y considera dignos de obediencia a aquéllos que han sido elevados a la autoridad de acuerdo con esas reglas y leyes, por lo que la obediencia no se prestaría a personas concretas, sino a las leyes.

No obstante son estrechos los márgenes con que opera esta categoría dogmática (la legitimación legal-racional). Hace de lado cualquier consideración sobre la legitimidad material de un orden político cualquiera. Efectivamente, este tipo de legitimidad se reduce a la legalidad pura. La legitimidad de una decisión o de una autoridad se circunscribe a la creencia en el procedimiento legal con el que esa decisión se adoptó o esa autoridad se eligió.

de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pp. 15 y s. Esta obra, con un ligero cambio en el título (*El Estado Constitucional ante su 'Momento Maquiavélico'*) se encuentra publicada por Civitas, Madrid, 2000, 94 pp. Las páginas que, en lo sucesivo, se citen en este trabajo corresponden, desde luego, a la primera de las ediciones mencionadas.

<sup>10</sup> La dominación, para Max Weber, vendría a ser una manifestación concreta de poder, visto que aquella sería la “probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos (o para toda clase de mandatos). No es, por tanto, toda clase de probabilidad de ejercer ‘poder’ o ‘influjo’ sobre otros hombres”. Weber, Max. *ob. cit.*, p. 170.

<sup>11</sup> *Ibid*, p. 173.

<sup>12</sup> *Ibid*, p. 172.

Es, sin duda alguna, una legitimidad de origen puramente legal, del mismo modo que la legitimidad de ejercicio de la autoridad en cuestión se limita a su cumplimiento escrupuloso de la legalidad en el ejercicio del poder. Bien podrían representarse en estas ideas con la frase liberal “un gobierno de leyes, no de hombres”, pero despojada de las consideraciones que dan virtud a las leyes.

Guardadas las distancias apropiadas, este tipo de legitimidad de Weber adolece de los mismos defectos que suelen atribuírsele al reduccionismo positivista, normalmente identificado con la figura del más grande jurista austriaco del siglo pasado, Hans Kelsen, reduccionismo al que se identificó con un cascarón vacío de poder.

Lo mismo ocurre con la expresión “Estado de Derecho”. El Derecho es, si no el único cuando menos el más viable, mecanismo para conseguir una convivencia social en armonía y de manera pacífica. La historia así lo demuestra. Todo Estado u organización social más o menos desarrollada ha tenido que echar mano de él para su funcionamiento. De ahí que la expresión “todo Estado es un Estado de Derecho” sea fundamentalmente correcta, así sea sólo desde un punto de vista formal.

Desde este aspecto primigenio cualquier régimen podría ser considerado con tal denominación, incluso la dictadura más perversa y totalitaria. Sin embargo, como lo ha resaltado Elías Díaz,<sup>13</sup> valores y exigencias éticas, así como, en general, el grado de evolución del pensamiento humano, permiten puntualizar, de inmediato, que no todo imperio de la ley se traduce en un Estado de Derecho, sino única y exclusivamente cuando dicha ley deriva de

<sup>13</sup> Sobre el particular, su obra que, a casi cuarenta años de su publicación primigenia, se ha convertido en un clásico de la literatura jurídica hispana: Díaz, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 9ª edición, Madrid, Taurus, 1998, 203 pp.

un proceso de creación en el que existe la participación y representación, libre y real, de todos los ciudadanos del territorio en el que se pretende aplicar. Es el caso, utilizando la tipología de Ferrajoli, de la ley democrática en su aspecto formal, esto es, la creación legislativa a través de los procedimientos y por los órganos expresamente previstos, en los cuales, intervienen los representantes populares.<sup>14</sup>

Tales mecanismos y órganos, por lo general, se encuentran previstos en la norma fuente de todo el ordenamiento jurídico estatal, denominada Constitución, por lo que todo Estado de Derecho resulta ser en realidad imperio de la Constitución, esto es, todo Estado de Derecho es un Estado constitucional de Derecho. Pero, siguiendo nuevamente al garantista italiano, la influencia de la Constitución hacia los poderes normativos, de entre los que destaca indudablemente el legislador popular, no se reduce al aspecto procedimental o formal anotado, sino también comprende un tamiz sustancial, en cuanto sistema de derechos fundamentales consagrados contra cualquier tentación absolutista y para garantizar la igualdad y las necesidades vitales de todo mundo.<sup>15</sup>

Así, la validez de la actuación de los poderes públicos tendrá como referente obligado la Constitución como norma fuente y orientadora de toda la estructura normativa, tanto para la confrontación de si en la producción de la legislación secundaria se han observado las reglas atinentes, como para comparar si el contenido de esta se adecua a los principios, reglas y valores fundamentales.

<sup>14</sup> Ferrajoli, Luigi. “El Derecho como sistema de garantías” en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, traducción de éste último y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, pp. 20 y ss.

<sup>15</sup> *Ibid*, pp. 23 y ss.

Desde este punto de vista, en sí mismo irreprochable y al cual se le ha dado un enfoque primordial en la Europa continental de la segunda posguerra, se tiene que la Carta Magna es una más de las normas que integran un sistema jurídico, con un papel a no dudarlo trascendente y, quizás, hasta indispensable, pero, a final de cuentas, un ordenamiento más dentro de un conjunto de ordenamientos, también necesarios dado que por lo general las normas constitucionales no hacen sino contemplar preceptos puramente valorativos, mandatos incompletos o normas de programación final, los cuáles requieren ser desarrollados. Pero una lectura que únicamente repasara este aspecto quedaría inconclusa, inacabada.

En efecto, una Constitución es, también, un documento político, el cual pretende, ante todo, organizar el funcionamiento del aparato estatal y de la sociedad misma, por lo que la concepción que ofreciera de ella Lassalle,<sup>16</sup> como conjunto de decisiones políticas fundamentales, debe seguirse considerando vigente. Característica inevitable de las diferencias que existen entre un texto constitucional y el resto de las normas jurídicas, al ser la única fuente formal del ordenamiento que no es producto de un poder constituido, sino del poder constituyente, el cual no tiene, ante sí, referente necesario al cual remitirse.

Ambos aspectos, político y jurídico, se alimentan recíprocamente, dando sentido a ese sistema de vínculos y equilibrios en los que se traduce el Derecho, pues a los valores y principios éticos, así como a los anhelos que en última instancia se persiguen, obtenidos mediante la adopción democrática de un pacto político, se les dota de forma y fuerza normativa, por un lado, a través de normas procedimentales, relativas a la organización del poder y en donde deben persistir los rasgos

<sup>16</sup> *cf.* Lassalle, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?*, 9ª edición, México, Colofón, 1997, 116 pp.

democráticos a fin de dotar de legitimidad la actuación de los poderes instituidos; y, por otro lado, de normas sustanciales, relativas a las condiciones de validez aseguradas por la observancia de los derechos fundamentales y que se encuentran reforzadas en el texto constitucional, siendo así indisponibles para las mayorías parlamentarias, al ser necesario para su modificación un procedimiento reforzado, pues de exigirse los mismos requeridos para la creación ordinaria del Derecho, resultaría irrelevante la diferenciación entre Constitución y ley.

Puede entonces claramente entenderse que cuando el sistema normativo que impera en una sociedad determinada no recoge, ordena y protege de manera adecuada los anhelos, valores y principios que realmente busca dicha sociedad, se presenta una desconexión entre el Derecho y las realidades sociales imperantes, lo cual se traduce en una falta de idoneidad para lo que de él se esperaría<sup>17</sup> y, en un grado extremo, frena o impide el cambio social, convirtiéndose, en palabras del chileno Novoa Monreal, en un “pesado lastre que frena el progreso social”, llegando incluso a convertirse en “un verdadero obstáculo para éste”.<sup>18</sup> Se corre el ries-

<sup>17</sup> “La norma constitucional carece de existencia propia, independiente de la realidad. Su naturaleza estriba en que pretende *tener vigencia*, es decir, realizar el estado por ella normado. Esta expresión no puede desvincularse de las condiciones históricas de su realización que... crean los condicionamientos específicos de los que no puede hacer abstracción... Las constituciones políticas no pueden injertarse en los hombres como se injertan los árboles. Donde la naturaleza y el tiempo no han trabajado previamente es como si se atasen flores con hilo. El primer sol del mediodía las agosta... La Constitución no es capaz de engendrar nada que no se halle ya en la disposición individual del presente...”. Hesse, Konrad. “La fuerza normativa de la Constitución” en *Escritos de Derecho constitucional*, selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón, 2ª edición, México, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 61, 62, 64 y ss.

<sup>18</sup> Novoa Monreal, Eduardo, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, 12ª edición, México, Siglo Veintiuno Editores, 1997, p. 13.

go, pues, de una falta de legitimación y del consecuente deterioro progresivo de la convivencia social armónica.<sup>19</sup>

En sentido similar, aunque con una metodología totalmente diversa, Habermas lo expresa en los siguientes términos:<sup>20</sup>

“En este sentido, en mi polémica con Luhmann, deduje la creencia en la legalidad a partir de una creencia, susceptible de fundamentación, en la legitimidad: “El procedimiento inobjetable de sanción de una norma, el hecho de que un proceso se ajuste a la formalidad jurídica, únicamente garantiza que las instancias previstas dentro de un sistema político, competentes y acatadas como tales, son responsables por el Derecho vigente. Pero esas instancias son parte de un sistema de poder que tiene que estar legitimado en total si es que la legalidad pura ha de considerarse *signo* de legitimidad. En un régimen fascista, por ejemplo, el hecho de que el gobierno se ajuste, en sus actos, a la formalidad jurídica puede cumplir una función de encubrimiento ideológico; ello significa que la sola forma técnico-jurídica, la legalidad pura, no puede asegurar el acatamiento, en el largo plazo, si el sistema de poder no puede legitimarse con independencia de su ejercicio ajustado a las formas correctas... Pero un procedimiento sólo puede legitimarse de manera indirecta, por referencia a instancias que de-

<sup>19</sup> Stammler presenta la cuestión en los siguientes términos: “El Derecho sólo puede convertir en realidad las aspiraciones que le son enunciadas cuando dispone de poder bastante para imponerlas. Y el poder por sí sólo es algo indeterminado y sin base, al que hay que trazar conceptualmente el camino justo”. Stammler, Rudolf F. *Tratado de Filosofía del Derecho*, traducción de la 2ª edición alemana por Wenceslao Roces, Madrid, Reus, 1930, p. 188.

<sup>20</sup> Habermas, Jürgen. *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, traducción de José Luis Etcheverry, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1998 (reimpresión), p. 123.

ben ser reconocidas a su vez. Así las constituciones burguesas escritas contienen un catálogo de derechos fundamentales, fuertemente protegido contra cualquier alteración, que posee virtud legítimante en la medida en que se lo entienda en conexión con una ideología del sistema de poder —y sólo así—. Además, los órganos establecidos para la creación y aplicación del derecho en modo alguno se encuentran legitimados por la legalidad de su procedimiento, sino, igualmente, por una interpretación general que sustenta al sistema de poder en su conjunto. Las teorías burguesas del parlamentarismo y de la soberanía del pueblo formaban parte de esa ideología...”.

Por ello, a fin de cuentas, la legitimidad no radica en las normas jurídicas *per se*, sino en el procedimiento de adopción y, especialmente, en su contenido, conforme a los cánones de la ideología moderna.<sup>21</sup> Consecuentemente, no interesa hacer alusión a cualquier sistema jurídico o “Estado de Derecho” *in genere*, sino a uno bien específico, aquél que se nutre de los ideales que inspiraron las revoluciones liberales del siglo XVIII, así como de los movimientos sociales de las dos centurias siguientes, respecto del cual ya se han dado algunas generalidades, por lo que sólo cabrá hacer unas anotaciones que redondeen la línea argumental que sigo.

De forma un tanto simplista, en muchas ocasiones se ha limitado el discurso político a identificar a la democracia con la realización de elecciones, cuando lo cierto es que la democracia

<sup>21</sup> De ahí que Ayala sostenga que “los principios de legitimación del poder aparecen funcionando al mismo tiempo como principios inmediatos de la organización del Derecho”. Ayala, Francisco. *Tratado de Sociología*, Buenos Aires, Losada, 1947, tomo II, p. 420, *cit.* por Recasens Siches, Luis. *Tratado general de Filosofía del Derecho*, 13ª edición, México, Porrúa, 1998, p. 230.

en los modernos Estados de Derecho, dentro de los cuales se enmarca nuestro país, no se circunscribe a la mera emisión del voto en elecciones periódicas, sino que se concibe más como un sistema de vida basado en un mecanismo racional de convivencia, legitimado por el asentimiento ciudadano manifestado a través de su participación y que persigue la identificación de propósitos entre gobernados y gobernantes.

Varios preceptos constitucionales corroboran esta visión,<sup>22</sup> quedando claro que el ámbito en que se enmarca la democracia se refleja en prácticamente todos los aspectos de la vida social lo que, consecuentemente, hace necesaria la existencia de normas que regulen la actividad humana, normas que, atendiendo a los propósitos perseguidos, tutelan auténticos principios democráticos de convivencia, de manera tal que democracia y Estado de Derecho son conceptos interdependientes.

Así, podría explicarse que la democracia, en su sentido político, es un sistema en el que la comunidad participa en la organización y el ejercicio del poder público y tiene como sustento el respeto de los derechos humanos y el Estado de

<sup>22</sup> En este sentido resulta paradigmática la expresión contenida en el artículo 3° de nuestra Constitución al entender a la democracia no sólo como un sistema político y una estructura jurídica, sino también como una “forma de vida...”, expresión que, coincidentemente, informa el actual Presidente del Tribunal Constitucional español, Manuel Jiménez de Parga (*La ilusión política. ¿Hay que reinventar la democracia en España?*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 50), corresponde al título de uno de los libros de Carl Joachim Friedrich. En específico dicha obra se intitula *Demokratie als Herrschafts und Lebensform*, Quelle und Meyer, Heilderberg, 1959, 123 pp. Existe una segunda edición del año 1966, bajo el mismo sello editorial. Cabe advertir, para evitar suspicacias, que la redacción que ahora aparece en el artículo 3° constitucional (en lo que interesa) fue introducida con las reformas publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1946.



Derecho.<sup>23</sup> No siendo realista la democracia directa, sino por excepción a través del plebiscito y el referéndum, la democracia moderna es representativa en tanto el pueblo ejerce su soberanía, hoy en día, designando a sus autoridades mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo.

El punto de partida de la teorización de la voluntad general y la soberanía popular es, indudablemente, la obra capital de Jean Jacques Rousseau, *Le contrat social*,<sup>24</sup> en la que busca construir un sistema político que respete la libertad de la que goza el hombre en su estado natural. En los capítulos V y VI del Libro Primero da la respuesta basada en el pacto social como instrumento para acceder al mismo. No entiende este pacto como una realidad histórica, sino como un medio lógico para justificar la incorporación del individuo al poder. Del pacto nace simultáneamente la comunidad política y la autoridad que la tiene que gobernar. El resultado es la enajenación de los derechos de cada individuo a favor de la comunidad.<sup>25</sup> De ahí que para el ginebrino el hombre se identifica con el ciudadano y los derechos individuales deben subordinarse a la voluntad general: “Cada uno de nosotros pone en co-

<sup>23</sup> Ante la desesperanzadora dificultad de obtener una concepción clara y uniforme de lo que es la democracia, Dahl prefiere brindar cinco criterios que deben ser satisfechos por el proceso de gobierno de una asociación para cumplir la exigencia de que sus miembros tienen el mismo derecho a participar en las decisiones políticas de la asociación, a saber: i) participación efectiva; ii) igualdad del voto; iii) control de la agenda; iv) Inclusión de los adultos; y v) alcanzar una comprensión ilustrada. *cf.* Dahl, Robert. *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, traducción de Fernando Vallespín, Madrid, Taurus, 1999, pp. 47 y ss.

<sup>24</sup> Obra aparecida en 1762. Aquí se utiliza la siguiente versión castellana: Rousseau, Jean Jacques. *El contrato social o principios de Derecho político*, traducción de Fernando de los Ríos Urruti, 8ª edición, México, Espasa-Calpe, 1989, 163 pp.

<sup>25</sup> *Ibid*, p. 27.

mún su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo”.<sup>26</sup> Es a partir de esta premisa que, en la construcción intelectual que realiza en el Libro Segundo, la soberanía no es sino la puesta en marcha de la voluntad general, de la que emana la ley:<sup>27</sup>

“Mas cuando todo el pueblo estatuye sobre sí mismo, sólo se considera a sí, y se establece entonces una relación, es del objeto en su totalidad, aunque desde un aspecto, al objeto entero, considerado desde otro, pero sin ninguna división del todo, y la materia sobre la cual se estatuye es general, de igual suerte que lo es la voluntad general que estatuye. A este acto es al que yo llamo una ley”.

Dicho de otra forma, la ley es la decisión de la comunidad entera, entendida como voluntad general, decidiendo sobre sí misma por medio de normas generales y comunes,<sup>28</sup> lo que trae, consigo, unas evidentes virtudes, las cuales expresa Rousseau en los siguientes términos:<sup>29</sup>

“De conformidad con esta idea, es manifiesto que no hay que preguntar a quién corresponde hacer las leyes, puesto que son actos de voluntad general, ni si el príncipe está sobre las leyes, puesto que es un miembro del Estado, ni si la ley puede ser

<sup>26</sup> *Ibid*, p. 28.

<sup>27</sup> *Ibid*, p. 50.

<sup>28</sup> “Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos en cuanto cuerpos y a las acciones como abstractos: nunca toma a un hombre como individuo ni una acción particular”. *Idem*.

<sup>29</sup> *Ibid*, p. 51.

injusta, puesto que no hay nada injusto con respecto a sí mismo, ni como se está libre y sometido a las leyes, puesto que no son éstas sino manifestaciones externas de nuestras voluntades”.

Con esta concepción, sostiene García de Enterría, arrancarí­a la noci3n esencial de la ley como garantía de los derechos individuales, enterrando las viejas ideas que hacían equivaler a la ley como manifestaci3n de una voluntad divina o superior: “Viene a resultar inesperadamente, en virtud del mágico y prodigioso hallazgo de Rousseau, que la Ley no tiene otro objeto ni produce otro efecto, justamente, que identificar, proteger y hacer efectiva la libertad, articulando la libertad de todos y asegurando su simple coexistencia”.<sup>30</sup>

Es así que en las ideas anteriores, junto con las demás doctrinas contractualistas e individualistas, se configura ya a la legitimaci3n como una forma de obediencia construida en el consentimiento, en la aceptaci3n pacífica del gobernante por el gobernado, partiendo de la base de la igualdad política de los componentes del conglomerado social que, para su identificaci3n social y política, son encuadrados bajo el concepto de ciudadanía y mediante la participaci3n de los ciudadanos en la formaci3n de la organizaci3n estatal, así como en el ejercicio de las funciones públicas.<sup>31</sup> Por ello se habla, en una visi3n operativa, por un lado, de legitimad de origen (*legitimidad secundum titulum*), de la que deriva la teoría del poder constituyente y su

<sup>30</sup> García de Enterría, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 2000 (reimpresi3n), p.28.

<sup>31</sup> En esta línea de pensamiento, Constant configura el nuevo sistema representativo a partir de la también novísima idea o noci3n de libertad (precisamente, la de los “modernos”): “Este sistema es un descubrimiento de los modernos... los antiguos pueblos no podían conocer sus necesidades ni sus ventajas: su organiza-

corolario político, la representación; y, por el otro, de legitimidad de ejercicio (*legitimidad secundum exercitium*), reflejo del respeto a los derechos fundamentales y su complemento organizacional consistente en la división de poderes, así como de las nociones de constitucionalidad y legalidad, propias de todo orden normativo.<sup>32</sup>

De ahí que hoy en día la verdadera soberanía solamente se realiza en un Estado Constitucional de Derecho, en el que los diferentes órganos de autoridad, estén limitados en cuanto al ejercicio de las facultades que se les otorgan en forma expresa

ción social los conducía a desear una libertad del todo diferente de aquella que nos asegura este sistema... Preguntemos desde luego a un inglés, un francés o un habitante de los Estados Unidos de América por la palabra *libertad*. Ella no es para cada uno de éstos otra cosa que el derecho de no estar sometido sino a leyes, no poder ser detenido, ni preso, ni muerto, ni maltratado de manera alguna por el efecto de la voluntad arbitraria de uno o de muchos individuos: es el derecho de decir su opinión, de escoger su industria, de ejercerla, y de disponer de su propiedad, y aun de abusar si se quiere, de ir y venir a cualquier parte sin necesidad de obtener permiso, ni de dar cuenta a nadie de sus motivos o sus pasos: es el derecho de reunirse con otros individuos, sea para deliberar sobre sus intereses, sea para llenar los días o las horas de la manera más conforme a sus inclinaciones y caprichos: es, en fin, para todos el derecho de influir o en la administración del gobierno o en el nombramiento de algunos o de todos los funcionarios, sea por representaciones, por peticiones o por consultas, que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración... De ahí viene el sistema representativo, el cual no es otra cosa que una organización con cuyo auxilio una nación se descarga sobre algunos individuos de aquellos que no quiere o no puede hacer por sí misma... El sistema representativo es una procuración dada a un cierto número de hombres por la masa del pueblo que quiere que sus intereses sean defendidos, y que, sin embargo, no tiene siempre el tiempo ni la posibilidad de defenderlos por sí mismo...". Constant, Benjamin. "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" en *Del espíritu de conquista*, estudio preliminar de María Luisa Sánchez Mejía, traducción de M. Magdalena Truyol Wintrich y Marcial Antonio López, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 67, 68 y 89.

<sup>32</sup> García, Eloy. *ob. cit.*, p. 38.

por la Constitución y por las leyes. En tanto que los particulares, como gobernados, gocen de la plena libertad de actuar como les parezca, con la sola limitación del respeto de los derechos de los demás o de lo que les está expresamente prohibido por la ley. En efecto, resultaría de banal trascendencia el hecho de elegir popularmente a los titulares de los principales órganos de poder público, si una vez electos pudieran desarrollar sus funciones en forma irreflexiva o desmedida, como de igual forma de poco o nada serviría un documento denominado formalmente Constitución si en el mismo no se estatuyeran reglas claras para el ejercicio de las facultades de las autoridades y sin esferas de inmunidad de los gobernados para con los órganos del Estado o, si existiendo estas características, no se previeran los mecanismos adecuados para hacer valer las violaciones que sobre estos tópicos se cometieran.

Pero para llegar a este estado, en la lógica de la lucha por los derechos, hubieron de transcurrir muchos años y sucesos históricos para que la humanidad haya llegado al sitio en el que se encuentra. Entre ellos, la progresiva generalización del derecho de sufragio y la creación de asociaciones de carácter políticos,<sup>33</sup> aspectos limitados e incluso en algunos momentos proscritos, con los cuales se produjo el tránsito del Estado liberal al Estado democrático.

Con lo expuesto hasta el momento, estimo que queda debidamente explicitado cómo la legitimidad del poder encuentra su justificación en los modernos sistemas democráticos, con la racionalización y organización del mismo. Así, la legi-

<sup>33</sup> Sobre los modelos iniciales de los derechos fundamentales y su progresión histórica, *cfr.* Peces-Barba Martínez, Gregorio; con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Cascón. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, pp. 145 y ss.

timidad de origen se vincula a los criterios que explican su nacimiento y que en el mundo moderno se concretan con la necesidad del consentimiento de los ciudadanos, lo cual se articula por el principio de las mayorías, organizado a través del sufragio universal, libre, secreto y directo. Manifestación evidente del clímax de igualdad política, la participación se efectúa a través de elecciones periódicas, en las que intervienen todos los ciudadanos en las mismas condiciones y con las mismas posibilidades para ser elector y elegible, sin coacciones, presiones, ni tampoco orientación del sentido del voto, como condición inexcusable del libre ejercicio de la autonomía de la voluntad. A su vez, la legitimación de ejercicio es la justificación dinámica del poder, organizándolo, limitándolo y ofreciendo garantías frente a su abuso. En uno y otro caso, aunque especialmente en el segundo, el Derecho es el vehículo de los procedimientos para alcanzar legitimidad de origen en el poder y justificar la de ejercicio.<sup>34</sup>

Todo parte, como puede observarse, del principio de las mayorías, así como de la identidad, al menos parcial, entre los sujetos creadores del Derecho y los sujetos destinatarios del mismo. Se realiza así, conforme la idea de Lavagna, “ese “circuito democrático”... en virtud del cual los destinatarios de los actos administrativos o jurisdiccionales en que se plasma el Derecho formado por quienes tienen competencias normativas son los mismos ciudadanos que, en cuanto integrantes del cuerpo electoral, contribuyen a dar el impulso inicial a ese proceso de transformación de los programas políticos en modificaciones

<sup>34</sup> Sigo aquí a Peces-Barba, Gregorio, Eusebio Fernández y Rafael de Asís. *Curso de Teoría del Derecho*, con la colaboración de María José Fariñas, Ángel Llamas, Javier Ansuátegui, Jesús P. Rodríguez y José María Saucá, 2ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 319 y ss.

concretas de la realidad a través del cual halla su aplicación, en toda su complejidad, el principio democrático”.<sup>35</sup>

En síntesis, los modernos Estados democráticos se sustentan en el principio de legitimidad legal-racional, entendida en su sentido material y no formal. La aplicación de estas ideas ha permitido independizar el fundamento del poder, situándolo más allá de la voluntad y los deseos de quienes lo ejercen, en cada momento concreto. Por ello, en buena medida, la legitimidad del Estado de Derecho no radica en la sustancia de la autoridad ostentada, sino en el modo o reglas que se permiten a sus detentadores. Asimismo, la aplicación del principio de legitimidad legal-racional supuso un extraordinario avance en el desarrollo de las libertades y derechos de los integrantes de la colectividad social.

### III. EL BINOMIO INESCINDIBLE: DERECHOS Y JUECES

Ya en párrafos precedentes ha quedado asentado, que la configuración de un auténtico y efectivo Estado democrático de Derecho no se reduce a resolver la legitimidad de las instituciones públicas y el sistema normativo que de él emane, a organizar y limitar el ejercicio del poder público, ni a reconocer aquellos derechos que se estimen de especial importancia en virtud de la configuración del aparato estatal o a la luz de las circunstancias históricas. Estos elementos son necesarios, pero en modo alguno constituyen condiciones suficientes para garantizar el correc-

<sup>35</sup> Lavagna, C. “Istituzioni di diritto pubblico”, Utet, Turín, 1982, pp. 623 y 624, *cit.* por Pizzorusso, Alessandro. *Lecciones de Derecho constitucional*, prólogo de Francisco Rubio Llorente, traducción de Javier Jiménez Campo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, Tomo I, p. 110.

to desenvolvimiento de la vida en sociedad. No se trata, en definitiva, de sólo origen, competencia y derechos.

El lector comprenderá de inmediato que me estoy refiriendo a los mecanismos que permiten hacer efectivos los derechos que se proclamen como fundamentales y aquellos mecanismos que permiten el respeto de las reglas del juego institucional y democrático, mediante la represión de aquellas conductas que atenten contra los principios y valores de la Carta Magna, o incluso, a través de la reparación del derecho o situación tutelada por el orden normativo. Es tan importante el aspecto de previsión, como el de corrección. En virtud del tema que me encuentro tratando, en las siguientes líneas me circunscribo a la cuestión de los derechos.

En la actualidad no se concibe ningún derecho subjetivo,<sup>36</sup> fundamental o no, sin la correspondiente garantía judicial, es decir, sin que se reconozca a su titular la capacidad de reaccionar frente a una restricción o perturbación en el ejercicio del mismo. La capacidad, en suma, para hacerlo valer y exigir el oportuno restablecimiento o expedita reparación.

Forma parte del derecho subjetivo la facultad de activar, de poner en marcha los mecanismos procesales legalmente previstos para su defensa, cualesquiera que éstos sean. Formalizada una reclamación, lo importante es obtener de los órganos jurisdiccionales competentes una respuesta fundada en Derecho con arreglo al procedimiento arbitrado para ese caso concreto por el legislador.

Y es que sin esa garantía de accionabilidad y adecuada tutela jurisdiccional, los derechos reconocidos o conferidos a sus titu-

<sup>36</sup> Sobre la noción de derecho subjetivo, *cfr.* Cruz Parceró, Juan Antonio. *El concepto de derecho subjetivo*, prólogo de Manuel Atienza, México, Fontamara, 1999, 322 pp.



lares serían una entelequia. El valor real de los derechos, su eficacia vinculante, se mide precisamente por la extensión e idoneidad de sus garantías y no por la mayor o menor solemnidad con que se proclaman. Como bien suelen decir los anglosajones en dos principios bien conocidos: *where is no remedy there is no right* o *remedies precede rights*; expresiones que sustentan adecuadamente las afirmaciones de Radbruch y Rubio Llorente<sup>37</sup> de que el único heredero real en nuestro tiempo del Derecho romano es el derecho anglosajón.

Si a la presunta conculcación de un derecho procede la activación del mecanismo judicial atinente, la conclusión de la disputa vendrá vestida en forma de una determinación jurisdiccional que fijará la verdad —siempre relativa— legal del derecho controvertido, dotando de efectividad a la norma que sustenta la decisión, misma que en nuestro sistema legal, de concurrir ciertos requisitos, podrá tener efectos para casos iguales o similares que se presenten en el futuro, sirviendo así a brindar seguridad jurídica a la ciudadanía, propósito fundamental de todo Derecho.

De ahí que por vía de consecuencia, el lector debe tener presente que el contenido de los derechos fundamentales o garantías individuales, fijado en el texto constitucional y desarrollado secundariamente a través de leyes federales y locales, según el principio de distribución residual de competencias, no se limita exclusivamente a lo que aparentemente dicen en su contexto aislado, sino también a lo que los tribunales federales interpreten, como con autoridad de sobra en su momento asentó el onceavo presidente de la *Supreme Court* estadounidense,

<sup>37</sup> Rubio Llorente, Francisco. “Juez y ley desde el punto de vista del principio de igualdad” en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 637.

Charles Evans Hughes, “Vivimos bajo una Constitución; mas la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.<sup>38</sup>

De ello no se sigue la inmutabilidad de las leyes y de los criterios jurisprudenciales, sino que, conforme enseña la experiencia, éstos se presentan de forma cambiante, ya sea por el mero transcurso del tiempo, por la transformación de las condiciones históricas, sociales, políticas o económicas, o por el simple cambio de los integrantes del órgano jurisdiccional. Por ende, el contenido de los derechos fundamentales se presenta como un constante diálogo entre las partes y los jueces, quienes tienen siempre, como punto de referencia, ese texto legal, base de la discusión.

En efecto, el Derecho, por más escritos que sean los sistemas jurídicos inspirados en el modelo romano germánico, como es el nuestro, puede evolucionar a través del tiempo, sin mediar reforma alguna, a efecto de dar respuesta a las nuevas condiciones que se van presentando, sin que ello signifique, desde luego, tergiversar el sentido de las normas legales, pues por supuesto existen ciertos límites. Ello, desde luego, se lleva a cabo por medio

<sup>38</sup> Afirmación que el notable jurista mexicano Antonio Carrillo Flores sostiene fue efectuada en la época en la que el otrora *Justice* fungía como gobernador del Estado de New York, *cf.* “Prólogo a la primera edición en español” en Hughes, Charles Evans. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, prólogos de Antonio Carrillo Flores, apéndice A de William J. Brennan Jr., traducción de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero, 2ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1971, p. 7. Hughes fue electo gobernador en 1906, incorporándose a la Corte Suprema en 1910, para seis años después renunciar con el propósito, a la postre fallido, de contender a la Presidencia del país, la cual perdió contra Wilson por escaso margen. En 1930 fue nominado nuevamente para incorporarse a la Corte, pero ahora como *Chief Justice*, cargo que mantuvo hasta su renuncia definitiva en 1941. Matsuda, Mari J. voz “Hughes, Charles Evans” en Hall, Kermit L. (editor). *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 1992, pp. 415 y ss.

de la interpretación y consecuentemente, la labor del juzgador juega un papel importantísimo.

No sólo el juez interpreta las normas, tal actividad la ejecuta también, no en pocas ocasiones, el legislador al desarrollar o armonizar preceptos constitucionales, así como los órganos administrativos, encabezados por el titular del Poder Ejecutivo y su facultad reglamentaria. Todas y cada una de las interpretaciones que desarrollan estas autoridades en el ejercicio de sus funciones son fundamentales para el correcto funcionamiento de las instituciones y la consecución de una vida social armónica. Por tales motivos, bien podría decirse que la fuerza real del Derecho, el grado de justicia, libertad y orden, de fomento y amparo que puedan brindar, depende de la forma y manera en que lo materialicen los operadores jurídicos. Consecuentemente, a nivel constitucional, cada uno de los poderes instituidos, a los cuales se encomienda las funciones estatales básicas, se encuentran en el mismo plano.

Quiero referirme en particular a la interpretación que realizan los juzgadores, es decir, aquella a la cual, por su carácter definitivo, los demás intérpretes, en posición de igualdad hermenéutica, confrontan las letras de la norma para valorar su racionalidad.

Esta concepción resulta necesaria y fácilmente comprensible si atendemos a la complejidad de la vida social de los tiempos que corren, en donde la determinación de lo que es justo en un caso concreto se vuelve una labor ardua y difícil a su vez. En ese orden de ideas, no es superfluo decir que el progreso de una comunidad depende, en gran medida, de la capacidad que la misma posee para dirimir los conflictos presentes entre los individuos que la componen. Sería imposible concebir una sociedad que no los tuviera: los conflictos son motores del cambio, y son una reacción al conformismo que ahoga toda manifestación de vida en

común. Pero, esos conflictos deben ser solucionados por las vías adecuadas, si lo que se desea es la continuidad del proyecto que supone toda organización política y su compromiso de lograr la paz social.

En este sentido, la aparición histórica del monopolio de la función jurisdiccional por parte del poder público resulta muy antigua, y nosotros podemos encontrarla ya en sociedades como la romana,<sup>39</sup> donde se privilegió precisamente la estabilidad social como presupuesto para la continuidad del proyecto estatal.

En las sociedades antiguas, cuando alguna persona tiene una pretensión jurídica que resulta incontestable, esto es, cuando resulta tan evidente para la colectividad que ese sujeto está exigiendo un derecho que en realidad le corresponde, él mismo puede, por propia cuenta ejercer su derecho: porque su acción es legítima a los ojos de todos. Su fuerza ejecutiva descansa en la valoración que del acto de reclamación hace la comunidad, la opinión pública expresada en bloque, monolíticamente y por eso inargüible.

En cambio, cuando existen dudas sobre la legitimidad de su pretensión, esto es, cuando la opinión pública está dividida y, por lo tanto, la conciencia social no lo favorece de modo indiscutible, las partes en pugna preferían resolver su contención sometiendo el caso a la consideración de un tercero, quien intervendría como árbitro para dirimir el conflicto. De igual forma ocurre cuando la

<sup>39</sup> Respecto de la protección de los derechos en Roma y el “arte jurídico”, *cf.* Sohm, Rudolf. *Instituciones de Derecho privado romano. Historia y sistema*, traducción de Wenceslao Roces, Gráfica Panamericana, México, 1951, pp. 359 y ss.; e Ihering, Rudolph Von. *El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, traducción y notas de Enrique Príncipe y Satorres, estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares, 1998, pp. 793 y ss.

evolución de la comunidad impide una conciencia jurídica homogénea, dada su complejidad.

Dicho árbitro era elegido por las partes, y la elección descansaba en su prestigio social, en su honorabilidad, tanto como en sus conocimientos. Dado que las partes lo habían elegido de común acuerdo, se garantizaba igualmente la imparcialidad de su actuación. Resulta obvio que cualquiera de las partes estaba excluida de la posibilidad de ser nombrada, pues como ya dice un viejo principio jurídico “nadie es buen juez en propia causa”.

Esta última solución fue acogida por la sociedad pero se consideró necesario regularla y encargar la tarea al poder público. Señalo como dato importante a retener, que la centralización de esta función jurisdiccional supone un paso adelante en la evolución de las sociedades, y es propio de aquellas en las que se presentan problemas complejos que es imposible dirimir de acuerdo con una conciencia social que actúe en la persona de cada uno de sus miembros.

La tarea de juzgar es, desde entonces, encargada a determinadas personas que cuentan con un patrimonio de conocimientos ajenos al no especialista. Pero la objetividad de su juicio descansa no sólo en este saber, sino también en su honestidad e imparcialidad, en su no vinculación a las partes en conflicto, esto es, en su independencia, así como en el cumplimiento estricto de un procedimiento que dote de legitimación jurídica y no política, legitimada que descansa en la forma en la que el juez obtiene el conocimiento del conflicto o litigio (mediante la instauración de un juicio o recurso del que sea competente, es decir, prevalece un principio de rogación que impide al juzgador conocerlo de oficio), en el procesamiento de la información (a través de un debate contradictorio que respete, como mínimo, los derechos reconocidos a las partes por el orden jurídico) y en cómo se transforma en

una decisión (con la emisión de una resolución motivada y razonada en términos estrictamente jurídicos).<sup>40</sup>

De tal suerte, en la misma línea de Hughes; Jiménez Campo<sup>41</sup> ha entendido bien que lo que los tribunales dicen, nace y vive en el debate procesal, pero en tanto ese decir no cambie, tanto la Constitución como cualquier otra norma jurídica es, guste o no, lo que la jurisdicción ve en ella. Ciertamente, hoy en día existe perplejidad en un importante sector de la población respecto que los enunciados lingüísticos, de cualquier clase, no encierran un sentido unívoco, ni contienen algo así como un sentido constante y perdurable, ajeno a los avatares del tiempo e inmune a la sucesión de las interpretaciones. De forma afortunada para este letrado del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia, entendida genéricamente como creación judicial del derecho, viene a constituirse como modo de ser de la jurisdicción en el tiempo, es decir, no es sino la temporalidad de las normas jurídicas.

Poco menos que ingenua se percibe en la actualidad la idea original engendrada en el seno de la Revolución Francesa, consistente en una mera subsunción a manera de silogismo, según la cual, la separación entre la creación del Derecho y la aplicación judicial de las normas radica en que aplicar una norma no es otra cosa que extraer para el caso concreto las consecuencias que en ella se prevén de manera general y abstracta, esto es, en cercio-

<sup>40</sup> “Ciertamente la verdad judicial no puede ser más que una verdad relativa. Pero es la verdad históricamente posible en las sociedades humanas. Ni más ni menos. Hasta el momento no se ha encontrado mejor sistema para hallar la verdad en los conflictos sociales que el proceso contradictorio con un árbitro imparcial sometido únicamente a la ley. La independencia del juez y el respeto a la ley y a las formalidades procesales son las mejores garantías que se conocen en la búsqueda de la verdad”. Pérez Royo, Javier. *Curso de Derecho constitucional*, 7ª edición, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 735 y ss.

<sup>41</sup> Jiménez Campo, Javier. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 14.

rarse que efectivamente se ha producido el hecho y que deben darse las consecuencias que la ley quiere.<sup>42</sup> A esta concepción obedece la fórmula clásica acuñada por Montesquieu, en su *De l'Esprit des Lois*, según la cual “los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.<sup>43</sup> Sería el juez, entonces y con cierta ironía, una especie de boca muda, carente de todo contenido volitivo.

<sup>42</sup> El primer proyecto de Constitución francesa de 1789, elaborado por la Asamblea, incluía un artículo que disponía “No será permitido a ningún juez, de cualquier manera que sea, interpretar la ley”, *cit.* por Porras Ramírez, José María. “Idea y valor de la Constitución” en AA. VV. *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, volumen I, p. 65. A su vez, en la misma línea de sentimiento antijudicial, la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, en su Título III, Capítulo V, contempló en su artículo 3: “Los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del Poder Legislativo, ni suspender la ejecución de las leyes, ni encargarse de funciones administrativas, ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones”; aquí tomo la traducción de Paloma Requejo Rodríguez en Varela Suanzes, Joaquín (edición, prólogo e introducción). *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 126. En el mismo sentido, de un modelo normativo fincado en esta concepción, es el establecido en la Constitución francesa del año III (1795). Sobre el particular, *cf.* Guastini, Riccardo. “La función jurisdiccional en la Constitución del año III” en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, traducción de Jordi Ferrer i Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 236 y ss.

<sup>43</sup> *Del Espíritu de las Leyes*, introducción de Enrique Tierno Galván, traducción de Mercedes Blázquez y de Pedro de Vega, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 2002 (reimpresión), p. 112. La cita se encuentra en el Libro XI, Capítulo VI, destinado principalmente, como es bien sabido, a describir la Constitución de Inglaterra, de cuya observación Charles-Louis de Secondat, barón de La Brède y posteriormente de Montesquieu, extraería sus ideas respecto a la división de poderes como mecanismo imprescindible para proteger la libertad y seguridad individuales.

Obviamente, semejantes posturas eran producto de la forma de entender a la ley misma. Primero, como de contenido unívoco, con un único significado verdadero del texto, evidente o accesible a través de los métodos de interpretación.<sup>44</sup> Segundo, su carácter completo u omnicomprendido, por virtud del cual no ofrece puntos oscuros ni lagunas que no puedan aclararse y colmarse mediante los métodos de interpretación. Consecuentemente, la labor del juez es meramente cognoscitiva, no volitiva. Esta idea comenzó a hacer agua desde finales del siglo XIX por muy diversas vías y argumentos,<sup>45</sup> enderezados a demostrar que la aplicación judicial contiene también elementos creativos.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Noción idealista que ciertamente no se compadece del origen del término *interpretatio*, el cual, a decir de Burdese, quien se apoya en Cicerón, puede tener el significado primigenio de “intermediación-explicación de significados no claros”: *rem obscuram explanare interpretando*. Burdese, Alberto. *Derecho romano e interpretación del Derecho*, traducción de José María Coma Fort y José-Domingo Rodríguez Martín, Granada, Comares, 1998, p. 48.

<sup>45</sup> “La demolición se ha realizado utilizando de ordinario argumentos de tipo político (como el «decisionismo» de Carl Schmitt) o, más modernamente, de tipo lógico como en el caso de Viehweg, Larenz, Kaufmann, Esser y Perelman; pero también deducidos de la experiencia: la subsunción es una banalidad porque la dificultad no se encuentra en esa operación tan simple sino en el acuerdo sobre las premisas. *Los litigantes no discuten la subsunción; lo que discuten es la corrección de las premisas que el juez utiliza para armar el silogismo. Tal es el corazón del pleito...* Una de las analistas más precisas, Iturralde, ha recordado... “El silogismo no agota el razonamiento judicial porque representa sólo el *iter* que el juez sigue para alcanzar la decisión, pero no comprende la actividad esencial del juez a través de la que éste llega a afirmar las premisas. El aspecto relevante para fijar la corrección de la decisión judicial no es tanto probar que ésta ha sido obtenida de las premisas como justificar las premisas empleadas”...”. Nieto, Alejandro. *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 120 y ss.

<sup>46</sup> La creación sería entendida como el establecimiento de normas jurídicas o preceptos dotados de eficacia normativa, según explica Díaz Revorio, Francisco Javier. *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 327.



Oliver Wendell Holmes, quien fuera *associate justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América de 1902 a 1932, expresó su rechazo a esta tesis de una manera particularmente agresiva, toda vez que el veía:<sup>47</sup>

“... The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed...”.

La teoría jurídica moderna reconoce, la gran complejidad de la operación de aplicación, tanto en lo que se refiere a la determinación del supuesto de hecho cuanto en lo que hace a la fijación de la premisa mayor; y ha demostrado ante todo que la interpretación no tiene un contenido puramente cognoscitivo, porque frecuentemente la ley a aplicar no tiene un sentido único, de modo que la aplicación de Derecho no consiste simplemente en encontrar ese sentido, sino también en optar entre los diversos contenidos posibles de la ley. En resumidas cuentas, la decisión judicial no está totalmente predeterminada en todos sus extremos y, en consecuencia, en la aplicación de la norma hay un mayor o menor margen de libertad, una cierta actividad

<sup>47</sup> Homes, Oliver Wendell. “The common law 1”, 1881, *cit.* por Schwartz, Bernard. *A history of the Supreme Court*, Oxford University Press, New York, 1993, p. 191. Schwartz puntualiza también que: “When Holmes wrote these words, he was pointing the way to a new era of jurisprudence that would, in former Attorney General Francis Biddle’s words, ‘break down the walls of formalism and empty traditionalism which had grown up around inner life of the law in America’. The courts, Holmes urged, should recognize that they must perform a legislative function, in its deeper sense...”. *idem*.

de creación de la premisa mayor en la cual subsume el supuesto de hecho.

Ahora bien, el hecho de que la actividad jurisdiccional no se encuentre totalmente preconfigurada normativamente, no significa que la labor creativa del Poder Judicial se equipare a la del legislador, que se le convierta en un poder político ni que sus funciones revistan la naturaleza de esos actos.

A este respecto, la moderna doctrina de la aplicación, como da cuenta De Otto,<sup>48</sup> advierte al mismo tiempo de la importante diferencia que media entre los actos en que se aplican las normas y aquellos en los que se crea el Derecho, porque la diferencia entre Derecho y política no es la que media entre decisión y deducción metódica, sino la que hay entre los diferentes modos de argumentación y fundamentación de los actos de una y otra clase.

En efecto, lo que caracteriza a la decisión política, como la que realizan los poderes Ejecutivo y Legislativo, es que se argumenta y es argumentable racionalmente a partir de los fines que persigue y, por lo tanto, la opción por una u otra alternativa se basa en las consecuencias que previsiblemente van a tener los actos (se hace esto y no lo otro para producir unas consecuencias y evitar otras y alcanzar así el fin que se invoca como fundamento del acto). Por el contrario, la decisión en la que se aplica el Derecho, y en concreto la decisión jurisdiccional, se basa en un modelo argumental distinto. Sus decisiones sólo alcanzan aceptación general o, mejor dicho, legitimidad, si se basa en premisas que a su vez recogen esa aceptación (es decir, las leyes emitidas por el legislador democrático), lo cual significa que es preciso poner de lado tanto las opiniones meramente personales del juz-

<sup>48</sup> De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1991 (reimpresión), pp. 228 y ss. En este punto sigo al malogrado constitucionalista español.

gador como las particularidades extrajurídicas del caso y las consecuencias particularizadas de la decisión del mismo,<sup>49</sup> con el matiz que más adelante preciso.

Según criterios de aceptación general, la exigencia de fundamentación a que vengo refiriéndome se cumple de dos modos complementarios. El primero de ellos es la sumisión a la norma, que viene a constituirse en el marco en que toda argumentación ha de moverse. En segundo lugar, en la medida en que la sumisión a la norma no predetermine el contenido de la decisión (por oscuridad o insuficiencia), ésta tiene que apoyarse en reglas de aplicación, que no son sino los criterios complementarios de fundamentación que la conciencia jurídica general o el propio sistema normativo establecen como válidos, que de forma sintética, podrían resumirse en las reglas de interpretación, las construcciones dogmáticas elaboradas por la doctrina, los precedentes judiciales o la jurisprudencia obligatoria.<sup>50</sup> Todos estos mecanismos, asimismo, reducen el

<sup>49</sup> *cf.* Mendoça, Daniel. “Aplicación del Derecho” en Garzón Valdés, Ernesto y Francisco J. Laporta (editores). *El derecho y la justicia*, Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pp. 267 y ss.

<sup>50</sup> “**La interpretación del derecho no se identifica con la política jurídica.** De ello tiene que mantenerse apartado el jurista en cuanto exégeta de la norma. La preparación para el oficio, la formación y la objetividad científica tienen que conducir a que únicamente se acepten **los criterios de valor que procedan de la propia materia jurídica** y que así se hagan constar... En este sentido toda interpretación está vinculada por el principio jurídico clásico del Art. 13 del Código Civil Suizo, según el cual la interpretación se efectúa de acuerdo con “la tradición y la doctrina acreditada”. Esto tiene vigencia según el mencionado precepto también en los casos en los que los tribunales se ven obligados a colmar lagunas, a producir derecho judicial...”. Stern, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, traducción de Javier Pérez Royo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1987, p. 132.

margen de indeterminación de las normas jurídicas, haciendo más previsible las resoluciones judiciales.<sup>51</sup>

A través de esta mecánica, en la cual quedan bien configurados sus límites (por ejemplo, el juez no podrá, válidamente, ofrecer una interpretación que sea evidentemente contraria al texto normativo), es posible adecuar la interpretación de la Constitución y de las leyes al infatigable paso del tiempo y al cambio de las circunstancias sociales, políticas y económicas, sin que esto implique la desnaturalización de la construcción jurídica de los tribunales.

Evidentemente, como ha evidenciado García de Enterría, apoyándose en Bachof, los tribunales, sobre todo los de corte constitucional, no pueden ser ciegos a las consecuencias políticas de sus decisiones. “Pero esas consecuencias sólo puede tomarlas en cuenta en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento, pudiendo contribuir la consideración de las potenciales consecuencias de su sentencia a descubrir el Derecho ‘justo’ y a construir interpretaciones jurídicas con una u otra corrección a las que no hubiese llegado si no hubiese tenido a la vista ese resultado. En ese sentido, existe, sin duda, un cierto influjo de las repercusiones políticas de la sentencia sobre la interpretación jurídica. Pero aquí está a la vez el *límite* para la toma en cuenta de tales consideraciones. Contra el derecho, el juez no puede decidir jamás... Un Tribunal Constitucional no puede rehusar la validez de una Ley sólo por las consecuencias jurídicas implicadas en ella...”<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Aunque como advierte Vernengo, “aún la más estricta de las aplicaciones del derecho mantiene un atisbo de discrecionalidad. Pues las decisiones de los jueces son, a la postre, decisiones que toman seres humanos para modificar las expectativas de otros hombres”. Vernengo, Roberto J. “Interpretación del Derecho” en Garzón Valdés, Ernesto y Francisco J. Laporta (editores), *ob. cit.*, p. 258.

<sup>52</sup> García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edición, Madrid, Civitas, 1994 (reimpresión), pp. 183 y ss.

Este propósito noble de configuración de un sistema jurídico real y efectivo que brinda la jurisdicción, sobre todo por su sujeción y respeto a la Constitución y a los derechos y valores en ella configurados, permiten la plena interacción de los poderes del Estado. Bien ha puesto de relieve Zagrebelsky al sostener que en nuestros días los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del Derecho, desconocida en los ordenamientos del Estado de Derecho legislativo: “Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto de cuidado de todos”.<sup>53</sup>

#### IV. LA JURISDICCIÓN COMO PARTICIPACIÓN POLÍTICA

Hemos visto sucintamente como el sistema representativo que en el Estado liberal se ideó para franquear el problema que representaba la participación de todos los ciudadanos en la toma de decisiones políticas, en el Estado democrático se convierte en la forma habitual de ejercicio de la participación y, además, de forma colectiva, a través de los partidos políticos.<sup>54</sup> La democracia, pues, se transforma en representativa y el sistema representa-

<sup>53</sup> Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, epílogo de Gregorio Peces-Barba, Traducción de Marina Gascón, Madrod. Trotta, 1995, p. 153.

<sup>54</sup> *cfr. supra* apartado II *in fine*.

tivo en la forma más habitual de democracia.<sup>55</sup> En consecuencia, la participación directa del pueblo en la toma de decisiones adquiere un carácter excepcional y, en todo caso, complementario de la primera. Eso es así, tanto por razones que atienden a la imposibilidad fáctica de estructurar un Estado de acuerdo con el principio de democracia directa, como por las que se inclinan hacia una justificación de la superioridad del sistema representativo.<sup>56</sup>

Durante la época liberal, la intervención de los individuos en el ejercicio del poder cumplía, en última instancia —según se ha visto arriba— una función legitimadora de las limitaciones impuestas por el legislador a la libertad natural de las personas. En el sistema democrático actual, se conceptúa también como

<sup>55</sup> Sobre la construcción de la noción de representación, su modificación democrática y las asimetrías que esto ha representado, *cf.* Garrorena Morales, Ángel. *Representación política y Constitución democrática (Hacia una revisión crítica de la teoría de la representación)*, epílogo de Manuel Aragón Reyes, Civitas, Madrid, 1991, 121 pp. No está demás precisar que, incluso, hay quien sostiene que la conformación originaria (específicamente la estadounidense) de un régimen representativo obedeció a crear un sistema encaminado no a promover la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, sino más bien a producir el efecto contrario, ante la desconfianza (propia del pensamiento de Montesquieu) en la participación activa en la política por parte de los ciudadanos. *Cf.* Gargarella, Roberto. *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 1997, pp. 49 y ss.

<sup>56</sup> Parto pues de la premisa de que los sistemas democráticos que existen hoy son de tintes representativos. Por lo tanto, excede al propósito de estas líneas cualquier consideración sobre las ventajas o “plusvalor democrático” de las democracias directas. Me limito a indicar al lector que sobre el tema, Bröckenförde publicó en 1983 un notable estudio sobre la democracia y representación (intitulado *Demokratie und Repräsentation. Zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion*), evidenciando, con base en un análisis sustantivo y no meramente referenciado a las dificultades prácticas, los errores de los que parten aquellos que sostienen la primacía de las formas directas de democracia. Existe versión castellana: Bröckenförde, Ernst Wolfgang. “Democracia y representación. Crítica a la discusión actual sobre la democracia” en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, prólogo y traducción de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, p. 133 y ss.

la articulación jurídica de la posibilidad de que los individuos puedan participar en el ejercicio del poder, con el propósito de canalizar el flujo de comunicaciones políticas de la sociedad al Estado, con lo que se hace posible que la comunidad política se constituya como tal en la medida en que se autodetermina de manera constante y puede decidir el sentido de su orientación política. Esto es, como explica Presno Linera, “la democracia se presenta como un sistema abierto, dotado de gran capacidad para percibir las informaciones procedentes de la sociedad y canalizarlas de la manera adecuada. Esto es posible gracias a que dispone de las respuestas oportunas para hacer frente al carácter plural y dinámico de las sociedades modernas, si bien para el cumplimiento de estas finalidades es necesario asegurar su autonomía, su carácter normativo y su apertura cognoscitiva hacia el sistema social”.<sup>57</sup>

Precisamente por ello, la viabilidad misma del sistema democrático tiene como presupuesto no solo la invocación formal del nexo de legitimación e imputación existente entre la acción de los órganos de gobierno representativos y la ciudadanía, por virtud del cual es posible hablar de la autorización con la que gozan aquellos respecto de ésta (y con lo que se garantiza, en la construcción teórica tradicional, que las decisiones vinculantes sean aceptadas como premisas de comportamiento, primero, generales y, posteriormente, particulares), sino también y de modo primordial, a que las acciones emanadas de las instancias representativas resulten congruentes con la voluntad de la comunidad social, pues solo de esta manera se consigue en realidad, más allá de la competencia derivada de la función legislativa o administrativa, de su origen en unos comicios po-

<sup>57</sup> Presno Linera, Miguel Ángel. *El derecho de voto*, Madrid, Tecnos, 2002, p.23.

pulares y de la posibilidad de imponer las determinaciones por la vía de la coacción, la capacidad de generar aceptación y disposición a su obediencia y seguimiento. Parafraseando a Bröckenförde, se trata de la constatación efectiva de la representación democrática, de la actualización y la manifestación de la identidad y conciencia mismas del pueblo, de manera tal que la acción de los representantes, en sus reflexiones, en sus decisiones y en sus consultas al cuerpo electoral, los individuos reconozcan su propio yo como ciudadanos y el pueblo reconozca su propia identidad.<sup>58</sup>

Como es bien sabido, el planteamiento de la democracia como unidad perfecta del pueblo como sujeto y objeto del poder, como representación idealizada de la voluntad general, es algo que no se consigue jamás en la práctica.<sup>59</sup> Pero esa modalidad utópica sí sirve como marco referencial al cual debe acudir para normar nuestras conductas en aras de continuar con la perfección del sistema democrático y el debido progreso del desarrollo social. De lo contrario, se corre el riesgo de que los procedimientos democráticos de legitimación, a través de los cuales se forma la voluntad estatal y se concretan las decisiones, se vacíen de contenido, carezcan de toda validez intrínseca y se reduzcan, en fin a meros rituales, caldo de cultivo, bien lo sabemos entre nosotros, para que generen formas de autoservicio político.

De ahí que Ramírez<sup>60</sup> advierta:

<sup>58</sup> Bröckenförde, Ernst Wolfgang, *ob. cit.*, p. 151.

<sup>59</sup> Jáuregui, Gurutz. “Prólogo” en Ugartemendia Eceizabarrena, Juan Ignacio. *La desobediencia civil en el Estado constitucional democrático*, Madrid, Marcial Pons, Instituto Vasco de Administración Pública, 1999, p. 10.

<sup>60</sup> Ramírez Giménez, Manuel. *La participación política*, Madrid, Civitas, 1993 (reimpresión), p. 31.



“El remedo de democracia se destruye el día en que el pueblo descubre que ha entregado su libertad a una pequeña oligarquía. Y entonces comprende que, aunque la no participación pueda ser una alternativa de su libertad, lo que acaso no exista en una democracia es la libertad misma a renunciar al derecho a esa participación”.

Ciertamente, la participación política se erige como el presupuesto esencial de todo régimen democrático. Pero, en consonancia con lo que vengo exponiendo, semejante participación en los asuntos públicos no se reduce a la emisión del voto cuando deban renovarse, mediante sufragio popular, los titulares de los órganos previstos constitucionalmente como representativos. Al contrario, la consecución de esa aproximación entre el poder instituido y la conciencia política colectiva, la identificación de ésta para con los actos de los representantes, exige, por un lado, el que los legisladores electos, el titular del Ejecutivo y, sobre todo, los partidos políticos (al ser éstos en las democracias contemporáneas los instrumentos de mediación y encauzamiento de las corrientes sociales y el poder), se tomen en serio su responsabilidad en el desempeño del papel que tienen encomendados, procurando, mediante la adopción de vínculos de comunicación en los que imperen las discusiones racionales, recoger ese “sentir político” del elemento personal del Estado. Por otro lado, también se precisa que la ciudadanía tenga la capacidad, mediante la instrumentación normativa atinente, de participar o influir de forma más continua y efectiva en la toma de las decisiones estatales, pero sin que esto signifique la sustitución del origen popular de los principales órganos del gobierno, ni que su inclusión traiga aparejada la distorsión del escenario político democrático.

Sobre el particular, Simon ha aceptado que el aspecto electoral es sin duda alguna, un componente fundamental de las democracias de masas, como también lo constituye la regla de la toma ordinaria de decisiones con base a un criterio mayoritario, pero de inmediato acota que “estos recursos no pueden convertirse en la característica esencial del concepto de democracia y desplazar su verdadera esencia: la consecución de la colaboración participativa de todos los ciudadanos en la formación de la voluntad estatal, el derecho a constituir y ejercer oposición, el control público permanente de los gobernantes y el deber de rendir cuentas a los gobernados, así como a la más amplia posibilidad de autodeterminación del individuo. En vez de desviar la atención sobre estas reivindicaciones, habría que meditar sobre las deficiencias vigentes”.<sup>61</sup>

Con esta premisa, Schneider reflexiona sobre los límites del principio mayoritario y la manera de hacer valer los intereses de los afectados por las decisiones del poder público de forma que, manteniendo la unidad de acción estatal, no haya menoscabo de la fuerza legitimadora del proceso político como forma de atribución de decisiones políticas. Toda vez que, en su concepto, la causa del problema obedece más a las deficiencias funcionales del sistema de partidos, como consecuencia de las transformaciones y las crisis del sistema representativo, la respuesta la encuentra en complementar, en todas las fases del proceso político, desde la formación de la opinión pública y hasta la decisión estatal, los elementos tradicionales de la representación política con los de

<sup>61</sup> Simon, H. “Demokratie und Grundgesetz” en Jüngel, E., R. Herzog y H. Simon. *Evangelische Christen in unserer Demokratie*, Gütersloh, 1985, p. 61, cit. por Schneider, Hans Peter. “Poder sin soberano” en *Democracia y Constitución*, prólogo de Luis López Guerra, traducción de Manuel Bonachela Mesas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 250.

la participación democrática,<sup>62</sup> sin que en modo alguno se planteen estas formas de participación en términos de disyuntiva, al no ser más que meras concreciones del principio democrático de soberanía popular.<sup>63</sup>

También Gomes Canotilho,<sup>64</sup> reconocido constitucionalista y profesor de las universidades de Coimbra y de la Autónoma de Lisboa, ha destacado el carácter complejo del principio democrático representativo:

“Só encarando as várias dimensões do princípio democrático (propósito das chamadasteorias complexas da democracia) se conseguirá explicar a relevancia dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em *ratio e ethos* da democracia. Em primeiro lugar, o princípio

<sup>62</sup> Aquí es importante subrayar que, para Schneider, son diferentes el principio de participación democrática y los mecanismos de participación directa, entendidos éstos como surgidos del modelo asambleario de participación permanente (*Rätemodel*), a los cuales no considera aptos para afrontar los complejos problemas de la moderna sociedad industrial en situaciones normales y que conducirían a una politización constante de la población. Schneider, Hans Peter. *ob. cit.*, p. 260.

<sup>63</sup> “Un Estado moderno de partidos no puede renunciar al principio de representación como factor legitimador, pero tampoco puede excluir totalmente o incluso declarar inconstitucional el concepto de participación. Es más bien un complemento necesario del sistema representativo, por lo que no está en contradicción con el mismo. Ambos son manifestaciones del principio democrático de soberanía popular, que se complementan y apoyan mutuamente en su relación. Y contra esto tampoco se puede argumentar que una democracia participativa debilitaría la responsabilidad política del Parlamento y del Gobierno, ni que el acto electoral se devaluaría por el ritual del voto o por el mero testimonio de la opinión pública. La representación y la participación no deben ser enfrentadas. La capacidad legitimadora que producen para el sistema democrático tiene un significado propio irrenunciable y totalmente diferente, dependiendo de la situación política concreta...”, *ibid.*, p. 264.

<sup>64</sup> Gomes Canotilho, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edición, Coimbra, 1999, pp. 282 y ss.

democrático acolhe os mais importantes postulados da **teoria democrática representativa** —órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica **democracia participativa**, isto é, a estruturação de procesos que ofereceram aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder... a participação democrática dos cidadãos... o reconhecimento constitucional da participação directa e activa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático... e aprofundamento da democracia participativa... Com a consagração de uma inequívoca *dimensão representativa* do princípio democrático, a Constituição teve em conta não só a mudança estrutural desta dimensão nos modernos Estados, mas também a necessidade de dar *eficiência, selectividade e racionalidade* ao princípio democrático (*orientação de 'output'*). Afastando-se das concepções restrictivas de democracia, a Constituição alicerçou *adimensão participativa* como outra componente essencial da democracia. As premissas antropológico-políticas da participação são conhecidas: o homem só se transforma em homem através da autodeterminação reside primariamente na participação política (*orientação de 'input'*). Entre o conceito de democracia como optimização de participação, a Lei Fundamental «apostou» num conceito “complexo-normativo”, traduzido numa relação dialéctica (mas também integradora) dos dois elementos— representativo e participativo”.

En definitiva, no cabe identificar el principio democrático con el mayoritario, entendido éste como reflejo de la voluntad de los

electores expresada en las urnas,<sup>65</sup> lo cual vale tanto para los instrumentos de democracia indirecta o representativa (elección de funcionarios) como para los de la llamada democracia indirecta o semi-directa (plebiscito, referéndum, revocación de mandato, etcétera). El sufragio político es sin duda el ejercicio paradigmático en las democracias de nuestros días. Es el acto fundamental de participación, pues es la causa última de legitimación de los modernos Estados, nuevo sacramento que vino a sustituir a los órdenes religiosos, dinásticos y carismáticos como sustento del poder público. Pero de esto a afirmar que el voto es la única vía de participación, y que con ello se satisface la influencia ciudadana en el aparato estatal, hay un largo trecho. No es así.

Atendiendo a su origen etimológico, el vocablo *participación* indica tanto la acción de tomar parte en un asunto como también, en una acepción distinta, tomar partido en o respecto de algo.<sup>66</sup> De tal suerte, el participante, o lo que es igual, el que participa, es aquél que toma parte en alguna cosa, acción o deci-

<sup>65</sup> “La idea de democracia, y la igualdad que esencialmente contiene, persigue la satisfacción de los intereses y deseos de los ciudadanos, de todos los ciudadanos, y la regla de la mayoría... sirve para acoger aquéllos intereses y deseos pública y colectivamente manifestados. En tal sentido democracia y regla de mayoría están vinculados estrechamente –quizá ya indisolublemente– pero no son, claro está, idénticos. La regla de mayoría es tan sólo *uno* de los elementos que integran el complejo funcionamiento de un sistema democrático. Un elemento que no se puede aplicar siempre y que es además de aplicabilidad limitada. Empero cuando es posible hacerlo y se aplica..., no resulta fácil hacer que funcione correctamente”. Chueca Rodríguez, Ricardo L. *La regla y el principio de mayoría*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 163.

<sup>66</sup> “*participatio, -onis [participo]*, f., comunicación, participación... *participium, -i [participo]*, n., participio | participación... *participo, -are, avi, atum [particeps]*, tr., hacer partícipe, hacer participar... *particeps, -cipis [pars, capio]* adj., que toma parte, que comparte, partícipe, participante...”. Segura Munguía, Santiago. *Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, p. 536.

sión, así como también quien toma partido por una cosa, acción o decisión, esto es, quien decide u opta por algo en relación a lo cual existen al menos dos o más alternativas de solución o tratamiento. En congruencia con estos antecedentes, en el lenguaje jurídico ordinario, recogido en el *Diccionario de la Lengua Española*,<sup>67</sup> el sustantivo *participación* y el verbo del que deriva, *participar*, aluden, en lo que interesa traer a colación, a dos significados. Por un lado, a que un sujeto tenga injerencia en una cosa o tocarle algo de ella y, por el otro, a dar parte, noticiar, comunicar. Estas nociones etimológicas y de uso común del idioma castellano, como es lógico y ha puesto de relieve Castellà,<sup>68</sup> son acogidas por el lenguaje jurídico y, concretamente, en el jurídico político. Así, en un aspecto, participar es tomar parte en la adopción de una decisión, sin que ello denote cómo y con cuáles alcances se participa, aunque sí presupone la existencia de información previa, pues de otra forma no se podría participar de manera adecuada. Una segunda acepción, en opinión del autor citado, muestra la forma en que se materializa la decisión de participar, es decir, mediante la toma de partido por una acción o decisión, a través de la integración a una organización política o social, o con el apoyo a una opción en detrimento de otras.

<sup>67</sup> Real Academia Española, 22ª edición, Madrid, 2001, p. 1145: Participar, vocablo que proviene del latín *participare* denota: a) dicho de una persona o tomar parte de algo; b) recibir una parte de algo; c) compartir, tener las mismas opiniones o ideas que otra persona; d) tener parte en una sociedad o negocio o ser socios de ellos; y e) dar parte, noticiar, comunicar. A su vez, participación, que proviene del latín *participatio*, *-onis*, es la acción y efecto de participar.

<sup>68</sup> Castellà Andrea, Joseph M<sup>a</sup>. *Los derechos constitucionales de participación política en la administración pública (Un estudio del artículo 105 de la Constitución)*, Barcelona, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 2001, p. 38.

De lo expuesto se tiene que, en el ámbito del Derecho público, participar implica concurrir en el proceso de adopción de decisiones de los poderes públicos por parte de los ciudadanos. Se traduce en una noción esencial en los entramados estatales, pues denota la relación existente entre los integrantes del conglomerado social de determinada comunidad política con los poderes públicos que les dirigen y representan.

Así, en el marco del principio democrático y utilizando la terminología propuesta por Aragón,<sup>69</sup> el concepto de participación es una de las manifestaciones o configuraciones materiales en las que se realiza dicho principio, cuyo contenido último refiere a la titularidad del poder público, traduciéndose de este modo en un derecho fundamental a tomar un rol activo en la adecuación de los ordenamientos y a los propios procesos evolutivos que se dan en la vida social y política, derecho que, a su vez, admite una amplia variedad de concreciones en los ordenamientos jurídico nacionales, sobresaliendo, como ya se mencionó, el del sufragio.

De manera sistemática, Pizzorusso diseña un esquema que pretende cubrir las diversas formas o mecanismos de participación en los sistemas democráticos de nuestros tiempos.<sup>70</sup> Para ello, parte de aceptar que, en aras de hacer efectivo el alcance básico de la soberanía popular, corresponde al pueblo expresar las orientaciones fundamentales en cuyo marco debe emprenderse la procura de los intereses públicos, lo cual no se efectúa necesariamente, mediante un catálogo rígido y cerrado de formas, por lo que si bien las técnicas de la democracia representativa se han configurado tradicionalmente como las más

<sup>69</sup> Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1990 (reimpresión), pp. 91 y ss.

<sup>70</sup> Pizzorusso, Alessandro, *ob. cit.*, pp. 103 y ss.

importantes, nada impide que otros institutos puedan yuxtaponerse a la representación ni que ésta se organice a través de expedientes diversos.

A partir de este planteamiento, el profesor italiano configura tres esferas de participación democrática, que van desde los tradicionales mecanismos de la democracia representativa hasta los de la democracia directa, quedando de manera intermedia lo que él denomina *democracia participativa*, término que desde mi perspectiva, no resulta del todo afortunado, pues por definición, según se explicó recién, toda democracia es participativa: se participa tanto al elegir a un presidente municipal, como al optar por una de las opciones propuestas en una consulta plebiscitaria o al formar parte, por ejemplo de un jurado en los limitados casos que nuestra legislación lo permite.

Haciendo de lado esta disquisición terminológica, que en realidad no afecta su planteamiento, una función integradora y no sustitutiva de los mecanismos de la democracia representativa, apunta la obra en cita,<sup>71</sup> desarrollan los propios a la democracia directa y representativa, en tanto que, los primeros, implican el ejercicio de poderes decisorios por parte de los órganos públicos que se presentan como inmediata expresión del pueblo y, los segundos, comportan la participación de tales órganos o de los representantes de los intereses colectivos en procedimientos que habrán de concluir en decisiones de órganos legislativos, administrativos o jurisdiccionales.

Esto es, en el concepto preciso de democracia participativa asignado en esta construcción, por un lado, no se plantea en términos de alternativa sino de complemento, de correctivo y de estímulo respecto de las otras dos formas de democracia y a los principios que las guían, comenzando con el mayoritario,

<sup>71</sup> *Ibid*, p. 110.



con los cuales se presenta en combinación; y, por otro, en él se encuentran las instituciones jurídicas que configuran la intervención de determinados órganos o de los ciudadanos en procedimientos que, pese a dicha intervención, concluyen con una decisión adoptada por los poderes públicos. Se refiere, a la actividad desarrollada por órganos o ciudadanos, individualmente o como representantes de organizaciones portadoras de intereses sociales, con la finalidad de influir en la gestión de los poderes públicos, sin que esta actividad se traduzca, al menos no directamente, en actos jurídicos que finalizan un procedimiento también público. Así, por ejemplo, las instituciones de la democracia participativa complementarían las de la representativa mediante la entrada de los ciudadanos en los procesos decisorios en el seno de las instituciones emanadas de la elección popular, sin quedar reducidas al acto de votación al inicio de cada mandato, así como también permitirían la introducción de mecanismos de control directos en órganos que no están sujetos a responsabilidad de índole política.

Las intervenciones de democracia participativa en las instituciones, Pizzorusso las ordena a partir de dos ejes. El primero alude al tipo de interés defendido con la intervención, según tienda a la realización de un interés propio del sujeto participante, normalmente colectivo y excepcionalmente individual, o de un interés general. El segundo hace referencia a la entidad colectiva o singular del ente participante.

En efecto, se dice que entre los institutos de la democracia participativa,<sup>72</sup> se encuentran todos aquellos a través de los cuales, ciudadanos concretos o representantes de grupos sociales expresan sus pretensiones con un alcance que va más allá de la mera manifestación de opiniones ante un elenco mayor o menor de des-

<sup>72</sup> *Ibid*, p. 111.

tinatarios, para convertirse en un acto de integración de un procedimiento que concluirá con la emanación de una medida dotada de efectos normativos, participación a la que denomina activa. Pero también encuentra la existencia de otro tipo de intervención, de carácter pasivo, cuando las manifestaciones expresadas sirven al ente u órgano ante el que se dirigen para identificar más correctamente las exigencias e intereses por los que debe velar. A continuación, hace hincapié en que las intervenciones de carácter participativo pueden clasificarse, en primer lugar, según que las mismas correspondan a sujetos que actúan a título individual o a personas que, de un modo u otro, se presentan como representantes de grupos sociales de variado origen socio-económico y con una organización más o menos perfecta desde el punto de vista jurídico. Un segundo enfoque distingue entre las intervenciones participativas que procuran un determinado interés individual o colectivo, propio del sujeto participante o del grupo por el representado, y aquellas otras que tienden a la realización de intereses generales, asumidos por quien interviene en razón de la solidaridad, de la exigencia de defender un programa político o de la de actuar como exponente de un grupo de presión.<sup>73</sup> De estos lineamientos se derivan las siguientes cuatro hipótesis:<sup>74</sup>

“a) Caso del partícipe a título individual que procura su interés propio. Se trata de la hipótesis más simple y la que da lugar a la problemática de la intervención del particular en el procedimiento administrativo... y al sentido del principio contradictorio en el proceso y, dentro de sus límites propios, en el procedimiento legislativo.

<sup>73</sup> *Ibid*, pp. 110 y ss.

<sup>74</sup> *Ibid*, p. 111.

“b) El caso... en el que los representantes de grupos sociales (sindicatos, confesiones religiosas, grupos étnicos o lingüísticos, etc.) se integran en órganos colegiados con esa condición y al objeto de defender los intereses colectivos de quienes pertenecen al grupo de que se trate... Entran también en este tipo de participación los casos en los que los grupos sociales, en cuanto tales, deban o puedan ser consultados en el curso de un procedimiento o bien cuando aquéllos son titulares de facultades de iniciativa sobre el procedimiento mismo.

“c) El supuesto del partícipe individual que actúa en la procura de intereses generales... Actividades jurídicas que son manifestación de este tipo de participación son el poder de denuncia... el derecho de petición... la acción popular, etc. También a este caso se reconduce la hipótesis de que se atribuyan funciones de este carácter no ya a cualquier ciudadano sino aun órgano público independiente y encargado de promover iniciativas del tipo de las mencionadas...

“d) Quizá la hipótesis de mayor interés sea la del representante de grupos sociales que actúa participando en un procedimiento no como valedor de los intereses de su propio grupo sino en atención al interés general. Este caso, no fácilmente distinguible del examinado en el apartado c), se caracteriza porque, en él, la participación se presenta, más que como un canal para la expresión de pretensiones, como un medio del que se sirve el ente en cuyo ámbito se realiza para obtener la colaboración en sus proceso de decisión de fuerzas sociales distintas a aquéllas que normalmente se expresan a través del ente mismo”.

La propuesta de Pizzorusso tiene la virtud no sólo de explicar en forma unitaria las modalidades participativas que se rea-

lizan en los diversos entes públicos (mismas que pueden variar según el ordenamiento jurídico de que se trate), distintas de aquellas que suelen identificarse a los modelos representativo y directo o semi-directo, sino que sirve de forma complementaria, para delimitar el concepto de la materia que se trata, mediante la determinación de los sujetos participantes (los ciudadanos de forma individual o agrupados en las organizaciones representativas de ciertos intereses sociales), los ámbitos de aplicación (al seno de los órganos constitucionales y legales que se identifican con los poderes clásicos del Estado) y el objeto de la misma (participación en los procesos de adopción de decisiones públicas, la cual puede adoptar tantas formas como procedimientos de decisión existan, tales como consultivas, propositivas, informativas y controladoras, mas no así las decisorias).

Aplicando los elementos que anteceden, resulta claro que, con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional,<sup>75</sup> y específicamente la judicial, pueden presentarse varias formas

<sup>75</sup> De los lineamientos ofrecidos en el apartado III (*vid. supra*), se puede concluir, junto con Heyde, que “la jurisdicción se caracteriza por el dictamen jurídico vinculante... sobre supuestos de hecho en casos de derecho cuestionado, vulnerado o amenazado. Cometidos de este tipo serán desempeñados en términos de la Constitución fundamentalmente como función estatal y por el *poder judicial*, esto es, en procesos especialmente reglados por un órgano imparcial personal y objetivamente independiente... es decir, por el juez. Éste resuelve un asunto jurídico ajeno: cuando interviene lo hace respecto de asuntos en los que nada tiene que ver personalmente. Esta es la diferencia decisiva entre la Administración de Justicia y la Administración Pública, entre aplicación judicial y aplicación ejecutiva del Derecho: en un acto administrativo las autoridades no deciden sobre asuntos ajenos, sino sobre los propios”. Heyde, Wolfgang. “La jurisdicción” en Benda, Ernest, *et. al. Manual de Derecho constitucional*, presentación de Konrad Hesse, edición, prolegomena y traducción de Antonio López Pina, Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 773.

de participación ciudadana, tales como la función de jurado,<sup>76</sup> las de coadyuvancia que llevan a cabo los ofendidos en los procesos penales<sup>77</sup> y hasta ciertas formas muy particulares de orga-

<sup>76</sup> Función que la propia Constitución, en su artículo 5, cataloga como un servicio de carácter público y, además, obligatorio. En lo que interesa, el precepto en cuestión reza así: “En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquéllas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales e índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale”. Obligación que se encuentra refrendada en el artículo 36, fracción V, como obligación de los ciudadanos mexicanos. A su vez, el diverso numeral 20, apartado A, fracción VI, reconoce como uno de los derechos fundamentales del inculcado: “VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación”.

<sup>77</sup> Participación que, en reciente reforma constitucional, se ha visto reforzada con el reconocimiento de ciertas garantías individuales para los ofendidos con la comisión del ilícito penal, contenidas en el apartado B del artículo 20, del siguiente tenor: “B. De la víctima o del ofendido: I.- Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal; II.- Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa; III.- Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia; IV.- Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño; V.- Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculcado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley; y VI.- Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio”.

nización judicial que se configuran en las entidades federativas.<sup>78</sup> Como anticipa el título de la presente contribución, me limito a referirme a aquella participación que efectúa la ciudadanía, con motivo de la resolución de un conflicto legal y que se dirime a través de un procedimiento en el que impera el principio del contradictorio.

A diferencia de Pizzorusso, mi convicción de que nos encontramos ante una efectiva forma de participación ciudadana, no deviene por la mera posibilidad de formular al juzgador pretensiones a las que se les atribuye un grado de efectividad —no de mera consulta u opinión; por el contrario, se afirma tener la razón o verdad jurídicas con el planteamiento que se le somete a su consideración—, ni tampoco de la expectativa de que dichas pretensiones puedan ser acogidas en la resolución que ponga fin al procedimiento, sino que, junto con estos aspectos, de manera concurrente se presenta, en primer lugar, un fenómeno al que hice referencia con anterioridad,<sup>79</sup> consistente en que la interpretación y, consecuentemente, la aplicación de las normas jurídicas, por lo general, presentan un alto grado de conflictividad y, por ello, de cierta indeterminación respecto de su significado último y, en segundo término, la necesidad legal o deber jurídico del juez de pronunciarse, con base en ar-

<sup>78</sup> Así, por ejemplo, la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Michoacán (artículos 40 a 44) contempla la figura de los jueces de tenencia, con competencia para asuntos de valía reducida (un mil pesos), de quienes no se exige la pericia que supone la obtención de un título universitario de abogado, sino únicamente, fuera de su calidad de mexicano (que no la ciudadanía) y su estado de salud, gozar de buena conducta, opinión y fama (sic), así como no estar sujeto a proceso por delito doloso o preterintencional. Características estas que hacen inferir el papel de un amigable conciliador o componedor con altos dotes de honorabilidad reconocida en la comunidad en la que ejerce la función, mas que el de un perito en Derecho resolviendo una controversia en base a una técnica depurada.

<sup>79</sup> *cf. supra* apartado III.

gumentos lógico-jurídicos, respecto de las posturas que le han sido puestas a su conocimiento, explicitando las razones por las que falla en un sentido determinado, lo que a su vez implica detallarle a las partes en conflicto el por qué asume, o no, dichas posturas.

Situación en la que, como bien sugiere Hampshire,<sup>80</sup> se incrementa la polarización cuando, más allá de una estricta visión jurídica, en el fenómeno interpretativo de los gobernados influye su muy particular visión o lectura de las disposiciones normativas, pues por ejemplo, el concepto de lo *moral*, como límite al ejercicio de la libertad de expresión a que alude el artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no será el mismo en un ministro de alguna confesión religiosa, que en un agnóstico, en un obrero o en un profesionista promedio.<sup>81</sup>

No pretendo reiterar lo ya dicho. Valga nada más recordar que los enunciados lingüísticos que integran las hipótesis y consecuencias normativas en las disposiciones constitucionales y legales son, de suyo, normalmente controvertidos o controvertibles, pues le

<sup>80</sup> “Dentro de cualquier nación, siempre existirán luchas que surgen no sólo de intereses en conflicto, en especial de los intereses económicos, sino también de las visiones morales en disputa y de las creencias arraigadas”. Hampshire, Stuart. *La justicia es conflicto*, traducción de Alfonso Colodrón Gómez, revisión técnica de Eulalia Pérez Sedeño, Madrid, Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 73.

<sup>81</sup> Y es que tratándose de libertades públicas, la polémica respecto de sus límites se radicaliza cuando el ejercicio del derecho incide en el ámbito protegido de otros sujetos de la colectividad, especialmente cuando están en juego sentimientos y valores afectivos a los que un grupo social les reserva particular jerarquía. Un ejemplo de estas situaciones se encuentra en la obra de Ferreiro Galguera, Juan. *Los límites de la libertad de expresión. La cuestión de los sentimientos religiosos*, Madrid. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado de la Facultad de Derecho, 1996, 244 pp.

asiste la razón a Guastini,<sup>82</sup> cuando sugiere que el lenguaje, las palabras que lo componen y, con mayor razón, la adminiculación de éstas, no tienen significados asignados previamente y de forma estática, afirmación que no requiere de sesudas reflexiones ni de acudir a voces autorizadas en la materia. Basta constatarlo con la realidad, con las miles de demandas que cada año se presentan y, por qué no, con la ancestral existencia de jueces que resuelvan las controversias. Si las leyes fueran tan claras, unívocas y omnicomprensivas como pretendía la ilustración francesa, no habrían ni tantos pleitos ni se requeriría un complejo y extenso (aunque no tanto como las necesidades lo reclaman) aparato judicial.

Partiendo de esta premisa, la promoción de una demanda o la interposición de un recurso se encuentra sustentada en la lectura que ha efectuado el destinatario de las normas, interpretación que estará, muy probablemente, influenciada por las creencias, valores y experiencias del inconforme que busca la solución a la situación que, desde su perspectiva, es antijurídica y le ocasiona una lesión a su patrimonio jurídico y/o pecuniario.<sup>83</sup> Esta formulación abierta comprende, desde luego, la posibilidad de que la ciudadanía con-

<sup>82</sup> “Generalmente... este modo de pensar se conecta a, y depende de, la opinión falaz según la cual las palabras... tienen un significado intrínseco o ‘propio’. Es decir, un significado independiente de los diversos modos de usar y entender las mismas palabras, preconstituido a los modos de usarlas y entenderlas. Según esta perspectiva, cada palabra ‘tiene’ su significado: no son los hombres quienes le ‘dan’ un significado”. Guastini, Riccardo. “La interpretación: objetos, conceptos y teorías” en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 7.

<sup>83</sup> No sobra decir que el planteamiento que formulo presume que el litigio se centra en el contenido y alcances que se le ha de dar a ciertas prescripciones jurídicas, no abarcando, por ende, aquellas controversias circunscritas a cuestiones meramente probatorias. Empero, en muchas ocasiones, incluso éstas últimas tienen conexión con el significado de las proposiciones normativas, tanto sustantivas como adjetivas, que rigen la materia probatoria.



frente el contenido de las normas legales que estime aplicables al caso con los principios, valores y reglas de carácter constitucional que deban informar y normar la legislación secundaria. Más abiertamente, implica todo planteamiento relacionado con una supuesta o real antinomia entre dos o más preceptos que deba resolverse conforme un criterio de jerarquía normativa e incluso, conforme a los criterios de especialidad y de sucesión de normas en el tiempo, dado que también en estos casos deben emplearse argumentos que justifiquen la razón por la que se arguya que existe contradicción entre las disposiciones involucradas, ya sea por la falta de coincidencia entre sus contenidos, por la demostración de que la regla que pretende invocarse no es la especial que rige los hechos o por la derogación de una norma por una posterior que pretender regular, o dejar de hacerlo, determinados supuestos de hecho.

De manera previa a que sea corroborada en definitiva por un tribunal o un juez, esta proposición de visión o interpretación — que funciona a manera de hipótesis inicial de trabajo en un grupo de discusión o debate—, en cumplimiento del principio del contradictorio,<sup>84</sup> debe ser complementada y confrontada por la parte demandada y, también, por aquellos sujetos o entes que pudieren resultar perjudicados con el fallo que se emita, de manera tal que con ello, se inicia, en condiciones de igualdad —manifestación del principio constitucional que caracteriza a los Estados actuales de los que existieron en el pasado—, una especie de diálogo de corte lógico-racional, condición indispensable para dotar de legitimidad al resultado que se obtenga.<sup>85</sup>

<sup>84</sup> En cumplimiento de ciertas garantías procedimentales o de seguridad jurídica, principalmente las contempladas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<sup>85</sup> A diferencia de lo que ocurre con los poderes Ejecutivo y Legislativo, el Judicial no cuenta con un sustento democrático de tipo inmediato, pues, con algu-

Esta estructura guarda cierta semejanza —que no identidad— con aquellas posturas que, como las de Alexy,<sup>86</sup> conciben a la argumentación jurídica como un discurso racional, ante las deficiencias que, quienes esto sostienen, advierten de otros métodos o modelos de interpretación, como el deductivo, el decisorio, el de hermenéutica y el de coherencia. De acuerdo con esta postura, basada sustancialmente en una teoría general del discurso, “la idea

nas excepciones contempladas en ámbitos estatales distintos del nuestro, los jueces no producto de una elección, de una decisión soberana del cuerpo electoral convocado a las urnas para tales efectos. Pese a ello, Tomás y Valiente sostiene que su designación conforme lo establece la Constitución y las leyes les confiere una legitimidad de origen, legitimidad que se encuentra complementada con el ejercicio mismo de la función jurisdiccional, esto es, “el juez juzga «sometido únicamente al imperio de la ley”. Lo cual no significa... que el juez no tenga una importante función creadora del derecho como intérprete de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico... sino que en el ejercicio de la jurisdicción debe encauzar su interpretación “de la ley”, en sentido genérico, dentro del marco de los principios, pautas y garantías del ordenamiento entendido como un todo. Si el juez actúa en él, dentro de él, y para realizarlo de modo particular en cada caso, su ejercicio de la jurisdicción cobra sentido y recibe legitimidad plena”. Tomás y Valiente, Francisco. “Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales” en *Constitución: escritos de introducción histórica*, prólogo de Bartolomé Clavero, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 158 y s. En sentido similar, Silva García, Germán. *El mundo de los abogados y de la justicia. La administración de justicia*, Universidad Externado de Colombia, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, 2001, tomo III, p. 206 y ss; e Ibáñez, Perfecto Andrés. “Democracia con jueces” en *Claves de razón práctica*, Madrid, diciembre 2002, número 128, p. 9.

<sup>86</sup> Alexy, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*, introducción y traducción de Luis Villar Borda, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001 (reimpresión), p. 35 y ss. Este autor pone de relieve la significación de esta teoría en el nivel político, resultante de que en un Estado constitucional democrático la producción de Derecho no se apoya sólo en compromisos y actos institucionales, sino que, más bien y a pesar de todos los déficits de comunicación de las democracias modernas —dentro y fuera de los procedimientos de formación del derecho—, también se argumenta, ya que sólo de esta manera pueden ligarse legalidad y legitimidad en el sentido de una aceptación racional (*ibid.*, pp. 52 y ss.).

básica es discutir racionalmente sobre problemas prácticos, con una pretensión de rectitud”,<sup>87</sup> a efecto de lo cual es menester que concurren ciertos requisitos que permitan el desarrollo adecuado de la argumentación práctica racional. Por un lado, deben existir reglas relativas a la estructura de los argumentos (de exigencias de no contradicción, de universalidad en el sentido de un uso consistente de los predicados empleados, de claridad lingüística-conceptual, de verdad de las premisas empíricas utilizadas, de completitud deductiva del argumento, de consideración de las consecuencias, de ponderación y de análisis de la formación de convicciones morales) y, de otro, reglas cuyo objeto inmediato es el proceso ideal del discurso, con la finalidad de asegurar la imparcialidad de la argumentación práctica (todo aquel que pueda hablar puede tomar parte del discurso, todos pueden cuestionar cualquier afirmación e introducir la suya al discurso, exteriorizar sus criterios, deseos y necesidades; finalmente, ningún hablante puede ser impedido de ejercer la salvaguardia de los derechos anteriores cuando dentro o fuera del discurso predomina la fuerza).<sup>88</sup>

De manera más concreta, en la misma lógica de la teoría del discurso, Habermas dilucida respecto del problema de la racionalidad de la administración de justicia, que él entiende radica en que la aplicación de un derecho surgido contingentemente pueda hacerse de forma internamente consistente y fundamentarse externamente de modo racional, para así asegurar simultáneamente la seguridad jurídica y la rectitud o corrección normativas.<sup>89</sup> Tras repasar las propuestas de otros autores, y diversas corrientes metodológicas, rechaza la idea de reducir la teoría de la argu-

<sup>87</sup> *Ibid*, p. 47.

<sup>88</sup> *Ibid*, pp. 49 y ss.

<sup>89</sup> Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, introducción y traducción sobre la 4ª edición revisada, Madrid, Trotta, 1998, p. 268.

mentación, vía el discurso, en un plano estrictamente lógico-semántico,<sup>90</sup> sino que debe atender, asimismo, a la dimensión pragmática del proceso de fundamentación mismo. En este sentido, luego de declararse partícipe de la visión deontológica del Derecho de Dworkin, así como de las metodologías argumentativas asumidas por Aarnio, Alexy y Günter,<sup>91</sup> concluye, primero, que “el discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en un universo herméticamente cerrado del derecho vigente, sino que

<sup>90</sup> Y agrega: “Pues por esa vía pueden aclararse, ciertamente, las reglas de inferencia lógica, reglas semánticas y reglas de argumentación. Pero cuando en el caso de estas últimas se trata de las reglas investigadas por Toulmin que rigen tránsitos argumentativamente no triviales, éstas sugieren ya una concepción pragmática”. *Ibid*, p. 797.

<sup>91</sup> Teoría de la argumentación que, como es bien sabido, no le es ajena al propio Habermas. En efecto, ya hace 30 años (1973), en su “Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus” (Habermas, Jürgen. *Problemas de legitimación...*, ob. cit., pp. 117 y ss.), había planteado como vía para resolver los problemas de legitimación propios del ejercicio del poder (que no los de su generación o surgimiento), el establecimiento de un proceso deliberativo legítimo, mediante la especificación de ciertas condiciones formales o procedimientos mínimos que distinguieran una deliberación conjunta basada en la razón y el interés general de otra sustentada en la fuerza, la manipulación o el engaño. La primera condición consistiría en la libertad de las partes para hablar y exponer sus distintos puntos de vista, sin limitación alguna que pudiera bloquear la descripción y argumentación en torno a lo que debe hacerse. En tanto, la segunda radicaría en la igualdad de las partes, de modo que sus concepciones y argumentos tengan el mismo peso en el proceso de discusión. El tercer requisito se refiere a la estructura misma de la deliberación en común, en la que, a la postre, se imponga en la discusión el mejor argumento, sin que sea posible acudir a la coacción o a la violencia como parte integrante de la misma. Esta apretada síntesis permite advertir que la estructura argumentativa propuesta por Habermas coincide sustancialmente con la diseñada por Alexy, lo cual en modo alguno es extraño al compartir ambos autores una visión metodológica común, que no implica, desde luego, identidad de posturas y de conclusiones. Por cuanto a las posturas de Aarnio, *cfr.* Aarnio, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 313 pp.

ha de mantenerse abierto a argumentos de otra procedencia, en particular a las razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas y, por ende, agavilladas en la propia pretensión de legitimidad de las normas jurídicas”;<sup>92</sup> y, segundo, “la corrección o rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio”.<sup>93</sup>

No intento extrapolar lisa y llanamente la teoría de la argumentación al encauzamiento del proceso jurisdiccional en el que deban observarse sus condiciones y presupuestos, cuestión indebida y que, por lo demás, ya ha advertido el propio Habermas,<sup>94</sup> pues una cosa son las exigencias ideales de los procedimientos argumentativos y otra muy distinta las de la práctica judicial y sus necesidades fácticas de regulación, debiendo existir, por ello, una

<sup>92</sup> Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez...*, *ob. cit.*, p. 302. La referencia de Habermas a los aspectos morales debe entenderse no como posicionamiento de talante iusnaturalista, sino referido a la moral o ética pública que ha sido recogida por el ordenamiento jurídico, esto es, como valor del ordenamiento jurídico. En este sentido, la moral pública tiene un carácter cambiante, lo que la diferencia notablemente con las posturas que aducen la existencia de un orden supra-positivo que, de su comparación, confiere validez o no a las normas de Derecho positivo. En efecto, más adelante Habermas critica —en lo que es evidentemente una toma de distancia a la posición de Alexy— a las tesis que consideran el discurso jurídico como un caso especial del discurso moral, planteando así una subordinación del Derecho a la moral, dado que “queda claro que los discursos jurídicos no sólo se refieren desde el principio a normas jurídicas, sino que quedan ellos mismos insertos en el sistema jurídico junto con las formas de comunicación que les son propias” (pp. 305 y s.).

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>94</sup> “Pues el derecho procedimental o procesal no regula la argumentación normativo-jurídica, como tal, sino que no hace más que asegurar en el aspecto temporal, social y objetivo el marco institucional para decursos de comunicación que *así* quedan libres, es decir, que así puedan producirse, los cuales sólo obedecen la lógica interna de los discursos de aplicación”. *Ibid.*, p. 307.

complementariedad entre ambos aspectos, de manera tal que el fallo y sus contenidos, como premisa básica, puedan entenderse como la culminación de un juego argumentativo. Debate intelectual que pone nota en la esencia del proceso o juicio mismo: la de un diálogo, en el que sobresale al final una postura, la del juez, de la que debe esperarse una calidad argumentativa superior a la de las posiciones asumidas por las partes, especialmente de aquella que resienta negativamente los efectos de la sentencia, pues sólo con eso, con mejores razones, es que, junto con su sumisión y respeto a la Constitución y a las leyes,<sup>95</sup> los tribunales —y con ellos el Estado mismo, pues al fin y al cabo forman parte de él— ganan legitimidad ante los ojos de la ciudadanía y de la población en general.<sup>96</sup>

Es de suma trascendencia, pues, esa comunicación al interior del proceso, pues con base a ella es que se arriba al punto decisorio. Hace poco más de cincuenta años, en las conferencias dictadas con motivo de los cursos de invierno celebrados en febrero de 1952 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Calamandrei<sup>97</sup> hizo notar este aspecto con unos párrafos que no desperdician palabra alguna:

“Dunque nel processo il giudice non è mai solo. Il processo non è un monologo: è un dialogo, una conversazione, uno scambio di

<sup>95</sup> *cf.* *supra* nota núm. 85.

<sup>96</sup> Ambos aspectos se encuentran, por supuesto, íntimamente vinculados: no se trata de buenas razones de cualquier tipo, sino de aquellas que justifiquen —en grado que lleve al convencimiento del destinatario, esto es, las partes y comunidad en general— que la postura por la que se ha optado es la jurídicamente correcta (o, cuando menos, si se sostiene una postura de pluralidad de soluciones posibles y acordes con el entorno normativo, que la excogitada es la más plausible).

<sup>97</sup> Calamandrei, Piero. *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di Diritto della Università Nazionale del Messico*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Pavoda, 1954, pp. 123 y ss.

proposte, di rispote, di repliche; un incrociarsi di axioni e di reazioni, di stimoli e di contropinte, di attacchi e di contrattacchi. Per questo è stato rassomigliato a una scherma o a una gara sportiva; ma è una scherma di persuasioni e una gara di ragionamenti.

“In ciò consiste quel carattere, il più prezioso e tipico del processo moderno, che è la dialetticità: che vuol dire che la volontà del giudice non è mai sovrana assoluta, ma sempre condizionata (anche nel processo penale) alla volontà e al comportamento delle parti, cioè alla iniziativa, allo stimolo, alla resistenza o all’acquiescenza di esse. E lo stesso si può dire per ciascuna delle parti, la cui volontà e la cui attività si plasma e si adegua in ogni momento del processo agli stimoli che le arrivano dal comportamento del giudice e della controparte”.

Todo teniendo como punto de referencia tal o cual ley, reglamento o circular que las partes y el juzgador estiman conducentes para solucionar el conflicto, y mediante la utilización tanto de categorías jurídicas, básicamente formales y elaboradas por los juristas a lo largo del tiempo con propósitos sistemáticos y cuyo contenido va determinando la praxis social y política, como de ciertas técnicas interpretativas (lógica jurídica, la denominan algunos autores), que ponen de relieve el carácter argumentativo con que debe desenvolverse las discusiones referidas a aspectos normativos. De ahí que, como se ha recordado en alguna ocasión,<sup>98</sup> el diálogo o debate promueve el descubrimiento de nuevos puntos de vista, matices no esperados, aspectos del problema que de otra manera hubieren pasado desapercibidos, cuyo inter-

<sup>98</sup> Fernández, Tomás-Ramón. “El Derecho como diálogo y consenso” en Nieto, Alejandro y Tomás-Ramón Fernández. *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Barcelona, Ariel, 1998 (reimpresión), p. 25.

cambio entre los protagonistas del proceso contribuye decisivamente a afinar el razonamiento, a profundizar el análisis de las implicaciones del problema y, desde luego, a orientar la solución en un sentido determinado.

Los aspectos de los que, a vuelo de pájaro, se ha pasado revista evidencian la relevancia de la participación de las partes en el juicio y su influencia creadora en la función judicial del Estado. Ciertamente, a esta postura podría criticársele de meramente dogmática o simple y sencillamente, tacharla de ingenua, toda vez que, se argumentaría, de cualquier manera el juez recurre a su arbitrio en la solución del conflicto, ya sea por mandato legal (cuando discrecionalmente determina una pena o sanción en atención a las particularidades del caso), bien de forma implícita ante la naturaleza normalmente controvertible de las normas (derivada de su carácter general y abstracto) o de las fisuras que inevitablemente presentan las leyes. Se ha dicho, en este sentido, que en todos los tiempos y lugares la “Ley ha dejado un margen de decisión al juez para que éste, sin contradecirla, ordene los trámites procesales, constate y valore los hechos, adopte medidas cautelares, introduzca matices en el contenido de la sentencia y, tratándose de asuntos criminales, gradúe la intensidad de la pena; tal es el objeto del arbitrio judicial y no hay ley que lo pueda suprimir, puesto que pertenece a la esencia de la actividad de juzgar”.<sup>99</sup> De tal suerte que en ese último reducto volitivo, se colocaría la esperanza de que la justicia se logre en el caso concreto que las leyes no pueden determinar de antemano, o el infortunio de que la arbitrariedad torne inútiles las leyes más perfectas.<sup>100</sup>

<sup>99</sup> Nieto, Alejandro. *Balada de la Justicia y de la Ley*, Madrid, Trotta, 2002, p. 273. Este autor ofrece un tratamiento más detenido de la cuestión en su obra intitulada “El arbitrio judicial” (*cit. supra* nota núm. 45).

<sup>100</sup> *Idem*.



Quedaría, según esta visión, desplazada la importancia de la participación de las partes en el juicio ante el albedrío del órgano jurisdiccional, que resolvería en los términos que él entienda en el Derecho aplicable y, además, le dicte su conciencia.

Es innegable la importancia del juzgador en la resolución del conflicto, como también lo es su pericia en el adecuado desenvolvimiento de la cadena procedimental. Pero ello no implica que, a colación de ensalzar la figura del juez, se deba infravalorar la posición y trascendencia que juegan las partes vinculadas al juicio.

Habría que recordar lo que en su momento, con más de ciento cincuenta años de diferencia, advirtieron con lucidez Hamilton<sup>101</sup> y Bachof:<sup>102</sup> el Poder Judicial —léase los jueces y tribunales que lo integran— no cuenta con iniciativa propia, carece de la posibilidad de reparar una situación antijurídica, real o aparente, *motu proprio*. En efecto, el juzgador sólo actúa cuando

<sup>101</sup> “Quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentran separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución... el judicial no influye sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, **y no puede tomar ninguna resolución activa...**” [se adicionan las negritas]. Hamilton. “El Federalista”, edición de McLean, Nueva York, MDCCLXXXVIII, núm. LXXVIII, en Hamilton, A., J. Madison y J. Jay. *El Federalista*, prólogo y traducción de Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 1998 (reimpresión), pp. 330 y ss.

<sup>102</sup> “... No se puede designar realmente como «soberano» a quien no puede actuar más que represivamente, a quien carece de toda iniciativa propia para la configuración de la política, **a quien sólo puede actuar a petición de otro órgano estatal o de un ciudadano lesionado, a quien, finalmente, tiene que limitarse a los asuntos que... le llegan casualmente...**” [se adicionan las negritas]. Bachof, Otto. *Jueces y Constitución*, traducción de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, prólogo de Tomás-Ramón Fernández, Madrid, Civitas, 1987 (reimpresión), p. 59. El texto de esta obra corresponde al discurso leído por el autor al tomar posesión de la rectoría de la Universidad de Tubinga en mayo de 1959.

un tercero, particular o entidad pública, según sea el caso, ejercita una acción y pone en marcha la maquinaria jurisdiccional. Antes de que algún sujeto haga efectivo este *principio de rogación*, los tribunales permanecen estáticos, impassibles, indiferentes al entorno social, económico y político en el que se encuentren, por más injusticias que presencien los titulares que encarnan tales órganos jurisdiccionales e incluso, si detectan, fruto de profundas meditaciones en los momentos de reposo, un sinnúmero de imperfecciones en los códigos y leyes.

No obstante, la vida en sociedad acarrea indefectiblemente el conflicto y, más tarde que temprano, alguien activa el aparato judicial. Pero cuando ello sucede, y aquí entra un segundo aspecto que limita la función judicial, lo hace planteando al juez el problema, la causa del mismo y la pretensión que busca le sea reconocida por éste. Planteamiento al cual, vía los cauces procedimentales previamente diseñados, en su caso, se acumularán las defensas y excepciones del demandado y, tal vez, de aquellos otros que pudieren verse afectados con la emisión de una sentencia favorable a los intereses del demandante. Con ello queda formada lo que se conoce como la *litis*, que no es sino las pretensiones, excepciones y defensas que las partes someten a consideración del juzgador y, por lo mismo, lo que puede y no puede resolver el juez, en atención al *principio de congruencia*, que le obliga a respetar la existencia de una identidad entre lo pedido y lo resuelto,<sup>103</sup> principio que, con mayor o menor rigidez, cuenta con plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídi-

<sup>103</sup> Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*, 2ª edición revisada y corregida, presentación de Luis Armando Rodríguez, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997, p. 76; y Fairén Guillén, Víctor. *Doctrina general del Derecho procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Barcelona, Librería Bosch, 1990, p. 364.

co.<sup>104</sup> Y que hablar, por no decir más, del carácter *normofiláctico* que cumplen las instancias revisionistas de la labor desempeñada por el juez de origen, al verificar la decisión adoptada.

<sup>104</sup> En coexistencia con el principio plasmado en el aforismo latino *iura novit curia* (especie de “... forma tradicional con la que en el lenguaje jurídico se ha venido expresando esa preparación técnica del juez...”; Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier. “*Iura novit curia*” y *aplicación jurídica del Derecho*, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 17), que permite al juez no limitarse a atender los preceptos jurídicos aducidos por las partes y, si es necesario, aplicar los que estime conducentes al caso concreto. En materia electoral, tal principio se encuentra recogido en el artículo 23, apartado 3, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral para los medios de impugnación competencia de los órganos del Instituto Federal Electoral y las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Por cuanto hace a las acciones de inconstitucionalidad, pese a que, como regla general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se encuentra habilitada para corregir los errores que advierta en la cita de los dispositivos invocados y, además, fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya sido o no invocado en la demanda, cuando la acción versa sobre leyes electorales existe prohibición manifiesta de referirse a cualquier otro precepto que no hubiese sido señalado expresamente en el escrito inicial (artículo 71 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos). Mención aparte merece la llamada suplencia de la queja deficiente, introducida inicialmente en el juicio de amparo, trasladada —con una envergadura menor que en ciertas hipótesis contempladas para el juicio de garantías— a los medios impugnativos electorales con las reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales de septiembre de 1993 y conservada en la ley adjetiva vigente para la mayoría de los juicios y recursos (artículo 23, apartados 1 y 2). Esta figura permite al Instituto y Tribunal electorales corregir las deficiencias u omisiones en los agravios, siempre y cuando los mismos puedan deducirse de los hechos. En las acciones de inconstitucionalidad se encuentra prevista esta atribución para el Alto Tribunal, aunque, de manera paradójica, en este aspecto no se impuso limitación alguna a las cuestiones comiciales. Pues bien, en todo caso, las suplencias del Derecho y de la queja no rompen con el principio de congruencia que deben regir las sentencias jurisdiccionales —aunque sí lo atemperan—, dado que semejantes suplencias no equivalen a crear o inventar agravios o causas de invalidez no invocados por las partes, ni que no deriven lógica y claramente de las causas de pedir que sí se encuentren plasmadas (o de los hechos, como dice la ley de medios).

A estas limitaciones de la potestad judicial cabría agregar otras, derivadas de principios y valores propios de la configuración moderna de un Estado de Derecho, tales como la igualdad o la seguridad jurídica, pues en virtud de su carácter supremo, informan, orientan y desarrollan el resto del ordenamiento y, además, ciertamente restringen el arbitrio judicial,<sup>105</sup> dado que los tribunales no sólo resuelven disputas jurídicas concretas, sino que, al mismo tiempo y como producto de esa tarea principal, proveen a la sociedad de reglas jurídicas, las cuales sirven de parámetro normativo en la resolución de casos similares acaecidos con posterioridad, función institucional que, en el caso mexicano, adquiere obligatoriedad cuando se satisfacen ciertos procedimientos y requisitos.<sup>106</sup>

<sup>105</sup> Así, por ejemplo, se ha establecido en la doctrina y jurisprudencia comparadas que un juez se encuentra obligado a resolver de manera similar a como lo ha hecho en el pasado, en asuntos que sustancialmente presenten las mismas características, para con ello respetar el principio de igualdad, el cual operaría aquí no sólo en la configuración de las normas sino también en su aplicación. Desde luego, se acepta que el juez modifique su criterio, pero en tal caso debe expresar las razones que lo justifiquen. El tratamiento detallado de estas cuestiones puede *cf.* en Álvarez Conde, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1999, volumen I (El Estado constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades), pp. 321 y ss. En el mismo sentido, *cf.* Balaguer Callejón, Francisco (Coordinador). *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2001 (reimpresión a la 1ª ed.), volumen II (Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales), pp. 75 y ss. En lo referente al concepto y función de la seguridad jurídica, *cf.* Laporta, Francisco J. “Imperio de la ley y seguridad jurídica” en Díaz, Elías y José Luis Colomer (Editores). *Estado, justicia, derechos*, Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp.105-132; y Pérez Luño, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*, 2ª ed. revisada y puesta al día, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 27 y ss.

<sup>106</sup> En general, para la función del precedente, *cf.* Magaloni Kerpel, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, Madrid, McGraw-Hill, 2001, pp. 30 y ss.; y MacCormick, D. Neil y Robert S. Summers (editores). *Interpreting precedents. A comparative study*, Ashgate Publishing Limited, Dartmouth Publishing Company Limited, Great Yarmouth, 1997, 585 pp. De forma concreta, para el caso mexicano, *cf.* Carranco Zúñiga, Joel. *Poder Judicial*, prólogo de Ignacio Burgoa Orihuela, México, Porrúa, 2000, pp. 380 y ss.

Pero, en mi perspectiva, lo que continúa siendo especialmente trascendente es esa obligación del juzgador a pronunciarse respecto de las posturas asumidas por las partes en el proceso, a evaluar razonadamente la visión que ofrece la ciudadanía de las normas que regulan su comportamiento, a ofrecer, en fin, una resolución suficientemente fundada y motivada, lo que determina el carácter participativo. El resultado al que se arribe es producto de ese decantar dialéctico del juez y las partes. En este sentido, dicho producto es y será, en mayor o menor medida, reflejo del sentir y parecer que tenga la población de su Constitución y de las leyes, parámetro siempre necesario para evaluar el funcionamiento no ya de la administración de justicia, sino del aparato estatal en su conjunto. Es así como el “circulo democrático”, a que hace referencia Lavagna,<sup>107</sup> no culmina con la elaboración de las leyes por los representantes legitimados por aquellos que estarán obligados a cumplirlas, sino que se complementa con la visión que de ese conjunto legislativo efectúen los gobernados, visión que, en todo caso, debe ser confirmada o denegada (esto es, confrontada) por un tribunal a través de un diálogo (procedimiento) en el que impere, además del principio de igualdad, la argumentación racional y no el desplante o la arbitrariedad.

Precisamente en virtud de la participación de la ciudadanía, de su esencia cambiante con el paso del tiempo y de las circunstancias, ese marco jurídico se presenta con un carácter dinámico, de renovación constante, tanto como se verifique una modificación en el sentir social: “Thus the law becomes something that takes force of its own, and over time becomes something that is not so much ‘laid on’ from above as something that ‘grows up’. Indeed, it emerges from a great patchwork of choices articulated through many deliberations and discourses, and at each time of

<sup>107</sup> *cfr. supra* nota núm. 35.

its application has to be rethought in however partial a way”.<sup>108</sup> Discursos que incrementarán su función cuando el conflicto verse sobre cuestiones constitucionales, pues como bien ha realzado Cossío, no existe ni un sentido único correcto ni un entendimiento final y acabado para los derechos fundamentales, entre los que se encuentran los político electorales, sino un “proceso de construcción abierto”.<sup>109</sup>

Proceso abierto o público a que también se refiere Häberle,<sup>110</sup> quien ofrece una noción pluralista y procesal de la Constitución, en la que ésta se encuentre “abierta” a una pluralidad de intérpre-

<sup>108</sup> MacCormick, D. Neil y Robert S. Summers. “Further reflections and conclusions” en *Interpreting..., ob. cit.*, p. 543.

<sup>109</sup> Cossío Deschamps, José Ramón. *El derecho a la información y los medios de comunicación en las resoluciones del Poder Judicial de la Federación*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Departamento Académico de Derecho, documentos de trabajo, 20 de mayo de 2002, núm. 24, p. 43.

<sup>110</sup> Primero en su “Öffentlichkeit und Verfassung” en *Zeitschrift für Politik*, núm. 16, 1969, pp. 273 y ss. El tema es desarrollado con mayor detalle, en el aspecto que interesa aquí en Häberle, Peter. “Die offene Gessellschaft der Verfassungsinterpreten” en *Juristenzeitung*, 1975, pp. 297-305, incluido posteriormente como capítulo —con un apéndice— en la recopilación *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gessellschaft*, Duncker & Humbolt, Berlin, 1978, pp. 151-181. Existe version castellana en Häberle, Peter. “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución” en *Retos actuales del Estado Constitucional*, selección y supervisión de Iñaki Lasagabaster Herrarte, traducción de Xavier Arzoz Santiesteban, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1996, pp. 15-46; así como en *Constitución como cultura (artículos seleccionados para Colombia)*, traducción de Ana María Montoya, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2002, pp. 99-151. También es posible consultarlo en la versión del mismo que con modificaciones, se incluyó en la concentración de trabajos del autor intitulada *El Estado Constitucional*, estudio introductorio de Diego Valadés, traducción e índices de Héctor Fix-Fierro, México, Universidad Nacional de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 149-162. Aquí se utiliza la primera de las traducciones indicadas.

tes, es decir, que su concepción final sea el resultado del consenso de una multiplicidad de participantes, pues entiende que la interpretación constitucional no es, bajo ningún aspecto, un proceso estatal “exclusivo”. Por el contrario, afirma, el “ciudadano que interpone un recurso de amparo... es tan intérprete constitucional como el partido político que plantea un conflicto de competencias entre órganos constitucionales... o contra el que se tramita un procedimiento para su prohibición. Hasta ahora domina una reducción demasiado intensa del proceso de interpretación constitucional a los órganos estatales o los participantes inmediatos en el procedimiento, una fijación al “oficio” de la interpretación constitucional, a la cooperación jurídico-funcional de las funciones estatales, a pesar de lo importante que ésta pueda ser. Interpretación constitucional es, sin embargo, un “asunto” que incumbe potencialmente a cada uno y a todos. Los citados grupos, individuos, etc., pueden ser designados como intérpretes “mediatos” o que operan a largo plazo”.<sup>111</sup> Esta postura acierta en destacar que todo individuo o ente, al colocarse en la hipótesis normativa, toma el carácter de intérprete del enunciado contenido en la disposición de que se trate, rol que adquiere un carácter directo o indirecto, atendiendo a la actitud pasiva o activa que asuma ante las consecuencias jurídicas que deriven de la actualización del supuesto de hecho. De ahí que los destinatarios de las normas desarrollen un papel más intenso en el proceso interpretativo de lo que suele reconocérseles, gozando incluso de una función

Cabe advertir que la noción de “Constitución” como orden o, en algunos casos, proceso abierto, en oposición a cerrado, no guarda uniformidad en los tratadistas. Por el contrario, suele emplearse en la discusión técnico constitucional con significados diversos y no suficientemente diferenciados. Sobre este elenco de posibilidades, *cfr.* Stern, Klaus. *ob. cit.*, pp. 221 y ss (y los autores por él citados en nota núm. 110).; así como Schneider, Hans Peter. “La Constitución. Función y estructura” *en ob. cit.*, pp. 47 y ss.

<sup>111</sup> Häberle, Peter. *ob. cit.*, pp. 24 y s.

interpretativa primaria, ya que del resultado al que arriben en esta actividad y de la oposición que deseen adoptar, depende el que los tribunales conozcan y se pronuncien sobre ello.

Estimo que las consideraciones anteriores, ilustran suficientemente el error de apreciación de quienes, como Castellà, prefieren no considerar la intervención de un individuo en defensa de su interés personal en un procedimiento contencioso como participación democrática, al entender que únicamente se persigue una finalidad garantista de posiciones individuales.<sup>112</sup> Efectivamente, la potestad judicial implica una función protectora o garantista de los derechos que se estiman conculcados o preteridos, ya sea por un particular o por algún órgano del Estado, conflicto que se soluciona mediante el dictado de un fallo, el cual, una vez ejecutoriado, tiene carácter inmutable y obligatorio, es la verdad legal. Ello obedece, simple y sencillamente, a que se trata de la *voluntad del Estado*, emitido a través de uno de sus órganos (el judicial). Ya he visto cómo en la formación de esa voluntad participan las partes sujetas al proceso. Participación de suma importancia y que no cabe catalogarla como “de segunda” o indirecta, aun y cuando las posturas asumidas no sean plenamente acogidas, como no tiene un carácter participativo de segundo grado<sup>113</sup> la de aquellos ciudadanos que votaron por una fuerza políti-

<sup>112</sup> Castellà Andrea, Joseph M<sup>a</sup>. *ob. cit.*, pp. 78, 81, 82, 356 y ss., y 398 y ss.. No obstante, el autor reconoce que, en todo caso, la intervención de los particulares ante los órganos jurisdiccionales satisface de forma indirecta un carácter participativo. Después afirma que la audiencia de los interesados no tiene, en principio, carácter participativo sino que, insiste, su función es garantista, aunque, advierte, ello “no significa que se limite a la defensa de posiciones subjetivas individuales”.

<sup>113</sup> No cuando menos en el sentido en que estoy utilizando el concepto de participación, esto es, en una connotación distinta a la que caracteriza a la democracia representativa.



ca que, a la postre, constituye una minoría parlamentaria en un contexto en el que sus escaños no son requeridos por las otras fuerzas para lograr acuerdos políticos que se reflejen en decisiones legislativas; ni deja de ser participación la de aquellos que sufragaron por los candidatos perdedores en la elección del titular del Poder Ejecutivo.

Independientemente del valor intrínseco de la participación de los individuos en los procesos jurisdiccionales, no debe perderse de vista que ese conjunto de decisiones tienen efectos posteriores a la resolución de los casos en los que se dieron (función institucional, mencionada líneas arriba) y, en ciertos casos, pueden los criterios en ellas contenidos ser dotados de fuerza obligatoria para el grueso del aparato judicial del país. Esta circunstancia, aunada a la labor de tutela de los derechos fundamentales e incluso de las minorías políticas que efectúa la potestad judicial, especialmente en su rama estrictamente constitucional, conduce en más de una ocasión no únicamente a complementar las formas de democracia representativa,<sup>114</sup> sino también a producir inevitables tensiones con las instituciones político representativas y con las mayorías políticas que las controlan, dado que condicionan la actuación de éstas últimas en la creación de normas y en la forma en que deben aplicarla.<sup>115</sup>

<sup>114</sup> Una de esas formas de complementación la pone de relieve Simon respecto del caso alemán, pero que igualmente resulta aplicable a México: “Ha sido precisamente el recurso de amparo el que ha hecho del *Bundesverfassungsgericht* un tribunal de los ciudadanos, que a través del proceso han colocado en primer plano la fuerza de obligar los derechos fundamentales, y de esa forma han logrado una influencia directa en la formación de la voluntad política”. Simon, Helmut. “La jurisdicción constitucional” en Benda, Ernest. *ob. cit.*, p. 834.

<sup>115</sup> *cfr.* Guarnieri, Carlo y Patricia Pederzoli. *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, traducción de Miguel Ángel Ruíz de Azua, Madrid, 1999, pp. 128 y ss.

## V. A MANERA DE EPÍLOGO

Los párrafos precedentes pretenden mostrar cómo el acceso con que cuentan los gobernados a la justicia impartida por tribunales imparciales, autónomos e independientes, únicamente vinculados a la Constitución y a las leyes que de ella emanen, cumplen con propósitos estructurales de singular envergadura para el adecuado funcionamiento de los sistemas democráticos, pues además de satisfacer una función de tutela de los derechos y, en general, del orden jurídico, hacen posible la definición del Derecho imperante, el cual, entonces, no es sino, en mayor o menor medida, el reflejo de la posición que asuma la población, principal destinataria del entramado normativo, y promoviendo con ello, la interacción de las instituciones de la democracia representativa.

No se trata de una visión reduccionista o simplista del complejo de relaciones políticas, sociales, económicas, inmersas en la organización estatal. Vaya, ni siquiera se intenta explicar el fenómeno normativo a partir de estas relaciones jurídicas. Pero tampoco se pueden obviar o negarles el valor y papel que desempeñan en la autodeterminación política de la sociedad.

La judicialización de las cuestiones comiciales en México es viva expresión de cómo las demandas ciudadanas, individuales, de grupo e institucionalmente organizadas—principalmente— por conducto de los partidos políticos, han contribuido a la consolidación y perfeccionamiento de las instituciones electorales, así como han dado forma al propio Derecho electoral, el cual ya no es una articulación fría e insensible de una copiosa cantidad de disposiciones distribuidas en la Carta Magna, las constituciones estatales y las correspondientes leyes que las desarrollan. Con mayor o menor fortuna, en cada resolución, va definiéndose el contenido de los principios constitucionales que rigen los pro-

cesos electorales, los alcances de los derechos político electorales, el margen de actuación de los distintos institutos electorales encargados de conducir los comicios y proclamar sus resultados, los requisitos para que éstos y aquellos se cubran de la legitimidad suficiente para que los vencedores en la contienda política asuman sus cargos con la aceptación de la comunidad, las particularidades y límites de los derechos de las comunidades indígenas en la designación de sus autoridades conforme sus usos y tradiciones consuetudinarias, entre otras tantas cuestiones.

La visión que actualmente se tiene de las normas electorales es muy distinta de la que se tenía hace quince años cuando se instaló el primigenio tribunal electoral federal del país, o, más aún, cuando hace un cuarto de siglo se previó una tímida participación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la calificación de las elecciones de diputados federales. El desarrollo cualitativo en el entendimiento de la función del Derecho como sustento legitimador de las contiendas electorales no es atribuible exclusivamente a los pactos entre partidos, ni mucho menos el fruto de una graciosa concesión por parte de una fuerza política hegemónica. Es, junto con otros factores, producto también de los reclamos y disputas canalizadas a través de los tribunales electorales como se han levantado los cimientos de un edificio que aún se encuentra en plena construcción y del que todavía no se alcanzan a percibir con nitidez las formas que lo identificarán como una obra terminada, si es algún día se llega a semejante finalización.

Pero se ha dado ya un gran avance —precisamente esos cimientos—, consistente en la recepción de los derechos con que cuentan los partidos, las agrupaciones y los ciudadanos, que los conciben como suyos y hacen uso de los mismos. De esa manera, bien lo percibe Palombella, el “riesgo de un gobierno de tutores se conjura no sólo en la medida en que se proporcionan al

pueblo, externamente, derechos a respetar sino, por el contrario, en la medida en que estos derechos sean concebidos y percibidos como la proyección y la consecuencia de la elección democrática, y formen parte integrante de la “conciencia social de la democracia”.<sup>116</sup>

En esto consiste, en mi entender, la gran contribución del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación —y en general de todos los tribunales que concurren en la jurisdicción electoral, comenzando con la Suprema Corte— al desarrollo político democrático del país.

<sup>116</sup> Palombella, Gianluigi. *Constitución y soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, traducción y prólogo de José Calvo González, Granada, Comares, 2000, pp. 58 y ss.

JOSÉ FERNANDO OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO

Nació el 14 de marzo de 1955. Es Doctor en Derecho egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Obtuvo *mención honorífica* en su examen profesional de licenciatura en donde su tesis fue premiada con el tercer lugar entre las mejores *Tesis de Derecho* correspondientes al año de 1980, premio que fue otorgado por la Generación de Abogados 1949-1953 y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Recibió el grado de Maestro en Administración Pública y Políticas Públicas en la London School of Economics and Political Science de Londres, Inglaterra. Obtuvo el grado de Doctor en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, cuya tesis doctoral se titula: *“Evolución y Perspectiva del Derecho Electoral Mexicano. La Justicia Electoral”*.

A partir de 1983 es miembro del Royal Institute of Public Administration (RIPA), con sede en Londres, Inglaterra.

Desde el año de 1981, es catedrático de la Facultad de Derecho, impartiendo materias como *“Derecho Económico”* e *“Introducción al Estudio del Derecho”* y *“Filosofía del Derecho”* de la cual es profesor por oposición desde 1985.

Imparte en el Doctorado de esa Facultad la materia: *“Teoría Jurídica Contemporánea”*. De 1985 hasta 1987, fue profesor de las materias *“Instituciones del Sector Público”* y *“Teoría de la Administración Pública”*, en el Área de Posgrado de la Universidad del Valle de México. En 1989 fue invitado oficial del gobierno de Gran Bretaña para intercambiar puntos de vista sobre materia electoral.

En 1987 es nombrado Magistrado Supernumerario del Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal. A partir de 1990, es

designado Magistrado propietario del Tribunal Federal Electoral, fungiendo como presidente de la Sala Regional Xalapa en los procesos electorales de 1991 y 1994. Fue Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral en 1995 y 1996, en noviembre de este mismo año fue nombrado Magistrado Electoral de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Actualmente es Presidente de ese órgano jurisdiccional, cargo que asumió el 29 de septiembre del año 2000.

Ha publicado artículos como *“El Derecho del Sufragio”* y *“Las Sanciones en Materia Electoral”*, estudio sobre el *“Orden Público de Interpretación Normativa y los Principios de Constitucionalidad, Legalidad y Definitividad en Materia Electoral Federal”* en revistas especializadas, y ha impartido numerosas conferencias, a nivel nacional e internacional, sobre la materia político-electoral.