

## **ACCESO GRATIS** a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

**ebooktirant@tirant.com**

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado



**LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES  
EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN**

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

**MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**  
*Catedrática de Filosofía del Derecho  
de la Universidad de Valencia*

**ANA CAÑIZARES LASO**  
*Catedrática de Derecho Civil  
de la Universidad de Málaga*

**JORGE A. CERDIO HERRÁN**  
*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.  
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

**JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**  
*Ministro en retiro de la Suprema Corte  
de Justicia de la Nación y miembro  
de El Colegio Nacional*

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**  
*Juez de la Corte Interamericana de Derechos  
Humanos. Investigador del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

**OWEN FISS**  
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho  
de la Universidad de Yale (EEUU)*

**JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**  
*Catedrático de Derecho  
Mercantil de la UNED*

**LUIS LÓPEZ GUERRA**  
*Catedrático de Derecho Constitucional  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**  
*Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad de Sevilla*

**MARTA LORENTE SARIÑENA**  
*Catedrática de Historia del Derecho  
de la Universidad Autónoma de Madrid*

**JAVIER DE LUCAS MARTÍN**  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y  
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

**VÍCTOR MORENO CATENA**  
*Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

**ANGELIKA NUSSBERGER**  
*Catedrática de Derecho Constitucional e  
Internacional en la Universidad de Colonia  
(Alemania). Miembro de la Comisión de Venecia*

**HÉCTOR OLASOLO ALONSO**  
*Catedrático de Derecho Internacional de la  
Universidad del Rosario (Colombia) y  
Presidente del Instituto Ibero-Americano  
de La Haya (Holanda)*

**LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
*Catedrático de Derecho Administrativo  
de la Universidad Carlos III de Madrid*

**TOMÁS SALA FRANCO**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

**IGNACIO SANCHO GARGALLO**  
*Magistrado de la Sala Primera (Civil)  
del Tribunal Supremo de España*

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**  
*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad de Valencia*

**RUTH ZIMMERLING**  
*Catedrática de Ciencia Política de la  
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

# LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN

Enrique Uribe Arzate  
Ana Mastromarino  
Jorge Olvera García

Coordinadores

Copyright © 2021

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

© Enrique Uribe Arzate  
© Ana Mastromarino  
© Jorge Olvera García

© TIRANT HUMANIDADES  
EDITA: TIRANT HUMANIDADES  
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO  
Río Tiber 66, Piso 4 Colonia Cuauhtémoc  
Alcaldía Cuauhtémoc  
CP 06500 Ciudad de México  
Telf: +52 1 55 65502317  
[infomex@tirant.com](mailto:infomex@tirant.com)  
[www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)  
[www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN: 978-84-1278-446-5

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

# Contenido

Palabras iniciales .....	13
<b>Constitucionalismo democrático: desafíos y perspectivas</b> ANNA MASTROMARINO	
I. CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO .....	17
II. EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO.....	21
III. CRISIS DEL MODELO .....	25
IV. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN .....	31
<b>El constitucionalismo social en la emergencia actual</b> Enrique Uribe Arzate	
I. INTRODUCCIÓN.....	35
II. LOS DESAFÍOS ACTUALES.....	37
III. CONSIDERACIONES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN TEÓRICA	39
IV. LA IMPRONTA DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES	42
V. EL CONSTITUCIONALISMO HUMANO SOCIAL.....	45
<b>Nuevas orientaciones en las formas de gobierno</b> GIORGIO SOBRINO	
I. NOTAS INTRODUCTORIAS: LOS CAMBIOS EN LA FORMA DE GOBIERNO ITALIANA DESDE 1993; EL CONCEPTO DE FORMA DE GOBIERNO EN LA LITERATURA JURÍDICA ITALIANA Y EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN AQUÍ SEGUIDO	51
II. LOS ELEMENTOS MATERIALES DE LA FORMA DE GOBIERNO ITALIANA EN EL PERÍODO POSTERIOR A 1993: CARACTERÍSTICAS Y EVOLUCIÓN .....	63
1. El sistema de partidos (dinámicas posteriores a la celebración de las elecciones).....	63
2. La formación de los gobiernos y la relación de confianza Parlamento-Gobierno (instauración y acontecimientos posteriores).....	68

3.	Las crisis de gobierno y la disolución anticipada de las cámaras.....	72
4.	El papel político-constitucional del gobierno y su relación, en especial, con los órganos de garantía.....	80
III.	LAS TENDENCIAS GENERALES DE LA FORMA DE GOBIERNO EN ITALIA DESPUÉS DE 1993; EL SURGIMIENTO AL PRIMER PLANO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA .....	86
IV.	UNA EVALUACIÓN DE SÍNTESIS: LA FORMA DE GOBIERNO ITALIANA DESDE 1993 HASTA HOY Y SU ENCAJE EN LAS «SUBCATEGORÍAS» TÍPICAS DE LA FORMA DE GOBIERNO PARLAMENTARIA .....	91
V.	LA INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA FORMA DE GOBIERNO Y LA RELACIÓN ENTRE ESTAS NORMAS FORMALES Y LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES .....	95
VI.	UN PERIODO MARCADO POR PROPUESTAS DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN FORMA DE GOBIERNO .....	100

**Fundamentos de la teoría clásica de las normas de gobierno y estado de derecho. Avatares en la construcción del estado constitucional en México**

ISIDRO DE LOS SANTOS OLIVO

I.	PRETENSIONES ANTROPO-AXIOLÓGICAS EN LA TIPIFICACIÓN DE LAS FORMAS DEL PODER.....	103
II.	EL PENSAMIENTO DE PLATÓN EN LA SISTEMATIZACIÓN DE LAS FORMAS DE GOBIERNO .....	108
III.	ARISTÓTELES Y LA CATEGORIZACIÓN DEL FENÓMENO ESTRUCTURAL DEL PODER POLÍTICO.....	116
IV.	PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS EN LA CONFECCIÓN CIENTÍFICA DEL CONCEPTO ESTADO DE DERECHO .....	118
V.	SUCINTO RECORRIDO DIACRÓNICO EN EL DESARROLLO DEL ESTADO DE DERECHO EUROATLÁNTICO.....	120
VI.	COMPLEJIDADES GENEALÓGICAS EN LA CONFECCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN MÉXICO	126
VII.	DESAFÍOS SOCIOCULTURALES Y QUERELLAS POLÍTICO-INSTITUCIONALES PARA LA CONSECUCCIÓN DE UNA COMUNIDAD LIBRE Y DEMOCRÁTICA .....	131
VIII.	REFLEXIONES FINALES .....	134



**El “neo-regionalismo” italiano: rasgos y retos de un modelo territorial inacabado**

ANNA MARGHERITA RUSSO

I.	LA “CONSTITUCIÓN TERRITORIAL” DEL 1948: EL ORIGEN DEL MODELO REGIONAL ‘GARANTISTA’ .....	141
1.	Las primeras etapas de desarrollo del sistema regional .....	146
II.	LA ETAPA ‘CASI-FEDERAL’: DESDE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE LOS AÑOS ’90 A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL TÍTULO V, PARTE II CONST. (2001) .....	150
III.	LA ETAPA DE LA CRISIS ECONÓMICA-FINANCIERA: RECENTRALIZACIÓN Y EMERGENCIA CONSTITUCIONAL .....	156
IV.	EL FRACASO DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL “RENZI-BOSCHI” .....	165
V.	NOVEDADES EN TEMA DE “REGIONALISMO ASIMÉTRICO”: LA APLICACIÓN DEL ART. 116.3 CONST. ¡POR FIN! .....	168

**Tendencias en la organización territorial de México**

JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA

I.	INTRODUCCIÓN .....	177
II.	TENDENCIA 1: LAS “FACULTADES CONCURRENTES” EN MÉXICO .....	179
III.	TENDENCIA 2: LA CREACIÓN DE “SISTEMAS NACIONALES” .....	190
IV.	TENDENCIA 3: EL ESTABLECIMIENTO DE CONTROLES Y SUPERVISIÓN DESDE EL ÁMBITO FEDERAL HACIA EL ÁMBITO LOCAL (LA REGULACIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA SUBNACIONAL) .....	193
V.	TENDENCIA 4: LA DETERMINACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO SUB-NACIONAL DESDE EL CONSTITUCIONALISMO NACIONAL .....	196
VI.	REFLEXIÓN FINAL .....	202

**Retos de las cortes nacionales y supranacionales**

GIUSEPPE MARTINICO

I.	OBJETIVO Y ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO .....	207
II.	LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: UNA PANORÁMICA DE LAS PREVISIONES RELEVANTES .....	209

III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELEVANTE EN MATERIA DE DERECHO DE LA UNIÓN: UNA BREVE PANORÁMICA.....	212
IV. EL CONVENIO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO.....	227
V. CONCLUSIONES.....	239

### Retos de las cortes nacionales y supranacionales

KARLA ELIZABETH MARISCAL URETA

I. INTRODUCCIÓN.....	241
II. PERSPECTIVA GLOBAL DE LOS DERECHOS HUMANOS .....	242
III. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	249
IV. MÉXICO Y EL DIÁLOGO SUPRANACIONAL FRENTE AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS .....	251
1. La Comisión Americana de Derechos Humanos.....	253
2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	261
3. La competencia contenciosa y el impacto al orden jurídico mexicano.....	264
V. LOS RETOS DE LA SUPRANACIONALIDAD. DE LAS CORTES Y LAS NORMAS.....	269
VI. CONCLUSIONES.....	272

### El impacto de la economía en las mutaciones constitucionales

MATTEO NICOLINI

I. EN TORNO A LAS CAUSAS “ECONÓMICAS” DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES .....	273
II. EL PROBLEMA METODOLÓGICO: FORMALISMO Y CAMBIOS CONSTITUCIONALES.....	276
III. MODELOS ECONÓMICOS NEOLIBERALES Y DEMOCRACIA NOMINAL .....	279
IV. LA COMPARACIÓN COMO CAMBIO METODOLÓGICO FRENTE A LAS INSIDIAS PROCEDENTES DE MODELOS ECONÓMICOS .....	284
V. LA RAÍZ DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES: LA VUELTA CUANTITATIVA DEL JURISTA.....	285

VI. LOS SÍNTOMAS DEL CAMBIO DE MENTALIDAD: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO	288
VII. EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO Y MUTACIONES EN EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL: DERECHOS, FUENTES, DESCENTRALIZACIÓN.....	291
VIII. CONSTITUCIÓN ECONOMÉTRICA Y ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS .....	296
IX. TRIUNFO DE LA ECONOMÍA, AUTISMO DEL JURISTA Y AUDACIA DE LA COMPARACIÓN .....	298

**Constitucionalismo económico mexicano. Observaciones a su paradigma**

RAMIRO CONTRERAS ACEVEDO

I. INTRODUCCIÓN.....	301
II. OBJETIVO.....	301
III. PROBLEMA Y PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN.....	303
IV. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA .....	309
1. El constitucionalismo económico.....	310
2. Políticas sociales de las reformas estructurales.....	313
3. Los logros de las nuevas constituciones latinoamericanas.....	315
V. SOPORTE TEÓRICO .....	317
1. La teoría crítica y la teoría crítica latinoamericana.....	319
2. La teoría crítica latinoamericana.....	321
VI. CONCLUSIONES.....	323

**La transformación de los derechos en el orden italiano  
entre cuestiones sociales y modelos regulatorios**

ELEONORA CECCHERINI

I. TÉCNICAS DE MANTENIMIENTO CONSTITUCIONAL.....	325
1. La vis expansiva de la dignidad.....	327
II. LA ELASTICIDAD CONSTITUCIONAL Y LA INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	335
III. LIBERTAD Y SEGURIDAD .....	339
IV. SEGURIDAD, DERECHOS, MIGRACIÓN .....	344
V. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA A TRAVÉS DE LA RED: AMPLIACIÓN DE LOS ESPACIOS DE TOMA DE DECISIONES O DEBILITAMIENTO DE LA DEMOCRACIA.....	351
VI. DERECHO, DERECHOS Y ECONOMÍA.....	355

VII. CONCLUSIONES.....	358
------------------------	-----

**Nuevos paradigmas sobre derechos y garantías:  
Entre la justicia angloamericana y la justicia de tradición romanista**

ALFREDO ISLAS COLÍN

I. INTRODUCCIÓN.....	361
II. LA JUSTICIA SEGÚN ARISTÓTELES.....	362
III. LA JUSTICIA A LA EUROPEA.....	365
IV. LA JUSTICIA A LA AMERICANA .....	369
V. ENTRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD .....	373

## Palabras iniciales

Los estudios comparativos siempre han sido una gran fuente de información y análisis. Se practican desde la antigüedad y hoy se llevan a cabo en una amplia gama de disciplinas humanísticas y sociales. La historia comparada encuentra un gran ejemplo en Plutarco y el estudio comparado de la política y el derecho tiene en Aristóteles a un eminente precursor.

En derecho el método comparativo es una especialidad que contribuye a examinar con rigor y a detalle las diferentes instituciones jurídicas existentes. Los métodos de comparación están muy desarrollados y hoy se aplican de manera generalizada en todos los campos del derecho.

En derecho constitucional el comparatismo es un método muy utilizado no sólo entre sistemas semejantes. En la realidad cultural todos los sistemas son diferentes pues incluso las mismas instituciones funcionan de manera distinta según el entorno en el que se desarrollan. La fuerza normativa de la cultura ha sido vista con precisión Peter Häberle y ha guiado una vertiente de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y en el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Por esta razón en 2004 fue organizado un congreso internacional sobre culturas y sistemas jurídicos comparados.

El comparatismo contribuye a aprovechar las ventajas potenciales de cada institución y al mejor diseño institucional posible. De ahí que se puedan obtener muchas ventajas en cuanto a los instrumentos de la justicia, de las instituciones sociales, de los mecanismos para la descentralización del poder, y de la organización y funcionamiento gubernamentales, por ejemplo, combinando elementos de procedencia diversa.

Una obra como esta, que examina las mutaciones constitucionales en tiempos de transición, se inscribe en la conveniencia del estudio comparativo para identificar problemas y soluciones comunes así como las diferentes respuestas a la luz de los respectivos ordenamientos y contextos culturales. Para llevar a cabo este ejercicio, juristas

italianos y mexicanos sistematizaron sus reflexiones en torno a seis grandes asuntos: la actualidad y el porvenir del constitucionalismo; las nuevas orientaciones en las formas de gobierno; las tendencias en la organización territorial; los retos de las cortes nacionales y supranacionales; el impacto de la economía en las mutaciones constitucionales, y los nuevos paradigmas sobre derechos y garantías.

El análisis de esa amplia gama de cuestiones en un país europeo y en otro latinoamericano ofrece muchas claves para advertir que, con independencia de las particularidades de sus respectivas estructuras jurídico políticas, todos los Estados tienen aspectos en común. Esto podría parecer un lugar común pero no lo es porque muchos expertos son reacios a admitir que no existen los sistemas puros y que todos son resultado de procesos de hibridación.

Examinar las experiencias italiana y mexicana es un ejercicio muy fructífero, como lo corroboran los capítulos de este volumen. El contenido muestra el cuidado que tuvieron sus coordinadores, Enrique Uribe Arzate, Anna Mastromarino y Jorge Olvera García, para definir los seis grandes asuntos que abordarían. La lectura ofrece un panorama enriquecedor porque permite apreciar hasta qué punto existen convergencias en cuanto a la problematización de las mutaciones constitucionales. Deben tenerse muy en cuenta los dos elementos en torno a los que se concibió la obra: la mutación constitucional como fenómeno y el tiempo de transición como referente cronológico. En la mutación intervienen varios agentes, que no siempre son los facultados para reformar la norma suprema, y en las transiciones está presente un entramado de necesidades, expectativas y presiones que se multiplican merced a la mundialización. La tarea llevada a cabo por los colaboradores de esta obra ensancha las fronteras de lo habitual, y enlaza con el interés que siempre se ha tenido en México por la doctrina constitucional italiana. Como ejemplos, debe tenerse presente las traducciones publicadas por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de obras de Paolo Biscaretti, Mauro Cappelletti, Giuseppe Maranini y Giuseppe Vergottini, para sólo citar algunos ejemplos.

Pensar en términos como los planteados en esta obra ayuda a ver que los sistemas presidenciales y parlamentarios pueden encontrar soluciones enriquecedoras si se les introducen reformas creativas que eviten alteraciones coyunturales. La vida de todo Estado corresponde

a una dinámica en la que interviene una multiplicidad de factores que es necesario encausar; de no hacerlo tiene a imponerse la fuerza normativa de los hechos, como la enunciaba Georg Jellinek, y por ende se pierde la capacidad de conducción racional del poder.

Aquí juegan un papel medular la cultura y las decisiones jurídico políticas, que deben converger conforme a las prioridades de todo Estado constitucional contemporáneo: libertad, justicia y equidad por lo que concierne a los mandantes, y ejercicio eficaz, razonable y controlado del poder, en lo que atañe a los mandatarios. La relación gobernado-gobernante es lo que siempre aparece en las ecuaciones del poder y lo que en cada etapa del constitucionalismo debe resolverse mediante el mejor diseño posible de las instituciones.

Agradezco a los coordinadores de esta importante contribución al estudio comparado del Estado y de sus constituciones, la oportunidad que me han dado para acompañarlos con estas breves reflexiones, al tiempo que ellos y a los demás autores les expreso mi reconocimiento por su contribución a la doctrina jurídica en nuestros tiempos de transición.

Ciudad Universitaria, febrero 5 de 2020.

Diego Valadés

Investigador emérito del Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México  
y del Sistema Nacional de Investigadores





# Constitucionalismo democrático: desafíos y perspectivas

ANNA MASTROMARINO<sup>1</sup>

SUMARIO: I. CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO. II. EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO. III. CRISIS DEL MODELO. IV. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN.

## I. CONSTITUCIÓN Y CONSTITUCIONALISMO

El derecho constitucional nos ha enseñado que las constituciones más que un documento normativo constituyen el ADN de un ordenamiento. Es en las constituciones donde se define el perfil del sistema, pero también las particularidades de su carácter. Por eso consideramos las constituciones cuerpo y alma de un país.

En primer lugar, esto quiere decir que es en la constitución donde hay que buscar y encontrar los valores que forjan, o tendrían que forjar, las políticas del sistema, sea cual sea la mayoría política de ese momento; y significa también que son esos mismos valores los que entran en juego al encasillar aquel sistema dentro una determinada doctrina del Estado, afectando a todo el ordenamiento.

Así concebida la constitución no necesariamente tiene que concretarse en una carta escrita. Lo que vamos diciendo, efectivamente, conlleva que la esencia de una constitución no reposa en su texto escrito, sino, más bien, en sus valores y principios y en la idea de Estado a la que adhiere.

De esto se deduce que más que clasificar los sistemas según tengan o no una constitución escrita, hoy en día, la diferencia entre constituciones se juega a partir de valores en los que se fundan, es decir, a partir de la doctrina y la forma de Estado que condiciona las instituciones. Lo expuesto nos ayuda a intender el vínculo que une las constitu-

---

1 Profesora Titular en Derecho Público Comparado en la Università di Torino.

ciones liberales al constitucionalismo democrático, entendido como vocación de un sistema a la limitación de los poderes de gobierno a través del derecho y al reconocimiento y garantía de las libertades fundamentales<sup>2</sup>.

Nos podemos encontrar, entonces, con ordenamientos que adhieren a los principios pilares del constitucionalismo democrático sin contar con una constitución escrita, así como tenemos que registrar la existencia de países que, aunque hayan redactado un texto constitucional, no otorgan garantías que conciernen la salvaguardia de los derechos fundamentales o la limitación de poder.

Esta perspectiva nos lleva a considerar bajo otro enfoque la relación entre constitucionalismo y constitución, habida cuenta de que si el primero es el lugar ideológico en que se manifiesta la forma de Estado de los sistemas liberales contemporáneos, la segunda, en aquellos mismos sistemas, se ha convertido en el instrumento jurídico a través del cual esa ideología puede tomar forma y se puede practicar de manera concreta.

Claro es que lo que vamos diciendo supone tomar en cuenta una determinada idea de constitucionalismo, que sería ese constitucionalismo que definimos como democrático<sup>3</sup>, que se ha ido forjando a

---

2 Véase: M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma, Laterza, 2009; N. Matteucci, *Costituzionalismo*, en N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Il dizionario di politica*, Torino, Utet, 2004; C.H. Mc Hilwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, (1947), Trad. it., Venezia, Neri Pozza, 1956; C.J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, Boston, Ginn and Company, 1950.

3 En este sentido: A. Di Giovine, *Le tecniche del costituzionalismo del Novecento per limitare la tirannide della maggioranza*, en G.M. Bravo (a cura di), *La democrazia tra libertà e tirannide della maggioranza nell'Ottocento*, Firenze, Olschki, 2004, 328 ss.; A. Di Giovine, A. Mastromarino, *Il potere giudiziario nella democrazia costituzionale*, en R. Toniatti, M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, Giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Padova, Cedam, 2011, en particular 17 e s. donde se subraya que la peculiaridad del constitucionalismo democrático yace en el hecho que: «la limitazione non proviene da un principio diverso da quello che legittima il potere, ma dallo stesso principio, quello democratico, incarnato al massimo livello dalla Costituzione: è cioè all'interno della Costituzione che il principio democratico, per così dire, si sdoppia nella versione maggioritario-rappresentativa dell'esercizio del potere e in quella garantistica della limitazione del potere». El sentido profundo de las

partir de la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de las atrocidades que han herido profundamente Europa, pero no tan solo este continente.

Efectivamente, la palabra “constitucionalismo” no otorga un contenido semántico unívoco. Todo lo contrario. Nos encontramos frente a un término a cuya incertidumbre semántica se agregan cambios de significado debidos a la evolución histórica, pero también a las diferentes experiencias geográficas.

Por eso podemos afirmar, sin duda, que la idea de constitucionalismo que va formándose sobre las barricadas francesas en poco se parece al significado con que el término entra en la historia norteamericana a través de la revolución para la independencia de las colonias. Y sin duda ni la experiencia francesa ni aquella estadounidense, coinciden con la sucesiva evolución que el término tuvo en la segunda postguerra.

Para los revolucionarios franceses hablar de constitución y de constitucionalismo, en primer lugar, significó dotar al Estado de unas herramientas contra la desigualdad y trazar el camino para garantizar un trato igualitario a todos los ciudadanos; por otra parte, en los Estados Unidos el objetivo fundamental de la revolución era la independencia de la madre patria, lo que no necesariamente llevaba consigo la necesidad de volcar el orden anterior, mas bien todo lo contrario: guardar las reglas y la jerarquía que para ese entonces caracterizaban la sociedad se convierte en una tarea fundamental para conseguir los propósitos revolucionarios, que tienen más que ver con el desarrollo económico e institucional de las ex-colonias inglesas, que con los desafíos de las desigualdades sociales.

No es un caso si para ese entonces el tema de la abolición de la esclavitud no toma centralidad en el debate y solo años después conquistará un espacio. En el constitucionalismo norteamericano el principio de igualdad se expresa más bien a través del concepto de equidad: todos tienen derecho a un trato equitativo y justo, pero nadie tiene derecho

---

democracias constitucionales, por lo tanto, se encuentra en la «*combinazione di sovranità popolare e garanzia dei diritti, determinazione dell'indirizzo politico affidata al principio democratico e tutela della "tirannia della maggioranza" di competenza della giurisdizione*». Véase E. Scoditti, *Il contropotere giudiziario. Saggio di riforma costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, 33.

a imaginarse “igual” que otros. Nos recuerda Maurizio Fioravanti que según la idea de los revolucionarios «*Se ciò dovesse accadere, la misura sarebbe superata. L'uguaglianza senza differenze si avvierebbe in quello stesso momento a divenire estrema, perdendo irrimediabilmente il suo fondamento equitativo. La Costituzione sarebbe gravemente minacciata. E all'orizzonte si staglierebbe in modo sempre più nitido la figura del despota, non importa se monarchico o democratico*»<sup>4</sup>.

Finalmente, la idea francesa de igualdad y de no discriminación no coincide con la norteamericana, porque se funda en presupuestos diferentes: el quebramiento del equilibrio vinculado al status quo, de un lado; su salvaguardia por el otro lado. A partir de lo que vamos diciendo se deduce que hubo un tiempo en que conceptos como constitución, democracia, igualdad y paridad de trato no se podían atribuir a la misma fuente cultural y sin duda no tenían el mismo contenido semántico con el que hoy les utilizamos.

Efectivamente, la idea que dentro de un contexto democrático se pueda encontrar el principio de igualdad en su máxima expresión empieza a profundizarse en nuestra cultura política más bien a partir de la segunda mitad del siglo XX y tan solo porque se van trazando unas líneas teóricas que permiten conciliar el concepto de democracia con aquel principio. Mientras que la democracia se identifica tan solo con el proceso puro de expresión de la voluntad popular, sin racionalidad, y la igualdad quiere decir anulación de cualquier diferencia a pesar del carácter en esencia plural del cuerpo social, a los dos términos les cuesta ajustarse dentro de una misma fórmula constitucional capaz de otorgar un marco institucional estable y garantías de amparo y efectividad de los derechos a largo plazo.

El radicalismo que alimenta la revolución francesa y empuja a sus teóricos fascina, pero al mismo tiempo genera temor por su fuerza devastadora: la revolución no podía ser solo expresión de una voluntad momentánea, manifestación del deseo de arrastrar el orden anterior, si no más bien tenía que representar la ocasión para generar un nuevo equilibrio social más justo, pero también estable<sup>5</sup>.

---

4 M. Fioravanti, *Costituzionalismo*, cit., 114.

5 Se pregunta M. Fioravanti, *Costituzionalismo*, cit., 116: «*Si era davvero sicuri di essere all'inizio di un nuovo ordine, o non si stava forse distruggendo il vecchio*

Se entiende por qué por mucho tiempo hubo cierto recelo hacia las ideas revolucionarias radicales, que profesaban ideales como la igualdad y la expresión de la voluntad general. Ya hemos subrayado el diferente marco ideológico en el que fue desarrollándose la independencia norteamericana; en este sentido, a lo que vamos diciendo podemos agregar la oposición manifiesta de los regímenes europeos y la admiración, unida a la desconfianza, con la que los padres del constitucionalismo de la región latinoamericana recibieron la experiencia francesa. La alianza entre conservadores y liberales que vino reformándose en casi toda América Latina en la segunda mitad del siglo XIX otorgó espacio a lo que suele llamarse “constitucionalismo de fusión”, marcado por un fuerte rechazo a la tradición política radical o republicana asociada a «decisiones irracionales, y conscientes excesos» y a la voluntad de «poner fin de una vez por todas al discurso democratista de origen francés»<sup>6</sup> en pos de una fórmula constitucional capaz de salvaguardar el orden social y por lo tanto la estabilidad de gobierno.

No hay duda de que en estos primeros enfrentamientos ideológicos ya acechan todas esas tensiones que todavía caracterizan el debate político y académico acerca de la relación entre la democracia representativa y la democracia directa. Un debate que está lejos de quedar cerrado y que, si es posible, se ha ido haciendo más intenso en los últimos años frente a una grave crisis del sistema parlamentario y de la difusión de la red.

## II. EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Justamente la transición del Estado de derecho al Estado de derecho constitucional marca la recomposición de la distancia entre democracia, igualdad y constitución en la medida en que la constitución cesa de ser un documento cualquiera de expresión de la voluntad popular para convertirse en el documento que funda el sistema, al ampa-

---

*senza una prospettiva precisa, e magari con il rischio di cadere in una situazione di guerra civile, di bellum omnium contra omnes, come nella nota formulazione di Hobbes?».*

6 Cfr. R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Mostoles, Katz, 2014, 59

ro de los cambios políticos y legislativos y por lo tanto fundado en la idea que la sociedad representa esencialmente un cuerpo plural: es la pluralidad que garantiza la existencia de una minoría y de la mayoría, es decir que es el pluralismo que garantiza la alternancia de opiniones y por lo tanto asegura la democracia misma.

Al mismo tiempo la preeminencia de la constitución fundada sobre el pluralismo asenta la salvaguardia de los derechos fundamentales y por lo tanto la expresión de la identidad de los ciudadanos independientemente de sus rasgos, orígenes y características. El trato igualitario ya no se garantiza en virtud de la ausencia de diferencias, si no a pesar de ellas, lo cual llevará a un progresivo crecimiento del papel desempeñado por el poder judicial y de la jurisprudencia constitucional en particular: diferenciar ya no significa favorecer y por lo tanto vulnerar el principio de igualdad. En el contexto del constitucionalismo democrático diferenciar quiere decir no discriminar tratando casos iguales de la misma manera y casos diferentes de forma diferente.

A partir de esta perspectiva se impone definitivamente la idea que la esencia del constitucionalismo tiene su base en la limitación del poder como condición previa para la salvaguardia de los derechos y del pluralismo, es decir, de la dignidad humana: limitación que se refiere tanto al poder adquirido por un hombre solo, así como al poder ejercido por el pueblo en forma extrema, en un delirio de libertad<sup>7</sup>.

Son dos los instrumentos empleados por parte de las constituciones, que se convierten en verdaderas herramientas de equilibrio, para asegurar el alcance de estos objetivos: el principio de la separación de poderes y la técnica de balance entre ellos.

No cabe duda de que hoy el modelo del constitucionalismo democrático ejerce una enorme *vis* atractiva.

Lo demuestra su expansión; lo evidencia el hecho de que los elementos fundamentales del paradigma del constitucionalismo democrático se han convertido en factores imprescindibles para hablar de constitucionalismo en las democracias contemporáneas; lo revela también (en consecuencia de lo dicho) el hecho que la misma idea de democracia se ha vuelto inconcebible fuera del marco del constitu-

---

7 Así M. Fioravanti, *Costituzionalismo*, cit., 115.

cionalismo democrático, esto es, prescindiendo de garantías como la limitación del poder o la salvaguardia de las minorías.

A partir de lo que se va afirmando, no sorprende, por lo tanto, la ambigüedad creciente que ha ido caracterizando la relación entre constitucionalismo y democracia, dos términos que hoy son empleados casi como sinónimos, hasta el punto que, por ejemplo, nos olvidamos que cuando se habla de la importancia de “exportar la democracia”, lo que se pretende obtener es el desarrollo de sistemas que garanticen un cierto modelo de vida democrática fundada en los preceptos del constitucionalismo democrático y no el simple enraizamiento de una fórmula generalmente democrática en la toma de decisiones.

No todas las manifestaciones de constitucionalismo pertenecen al *genus* del constitucionalismo democrático; no todas las experiencias democráticas se concretan en modelos de constitucionalismo. Y esto a pesar de las simplificaciones a las que ciertos conceptos están sometidos en el hablar cotidiano.

El caso de América latina y del llamado nuevo constitucionalismo latinoamericano me parece emblemático en este sentido<sup>8</sup>.

A pesar de la expansión de la lista de los derechos fundamentales reconocidos y protegidos en las constituciones que pertenecen a esta categoría considerada novedosa y de los previstos instrumentos de participación activa de los ciudadanos, estos cambios no han sido acompañados por adecuadas transformaciones en lo que concierne a otros ámbitos como la organización política, en particular en tema de separación de poderes y su balance<sup>9</sup>.

En consecuencia los adelantos obtenidos por un lado han sido desperdiciados o por lo menos no han sido aprovechados del todo en una óptica de sistema<sup>10</sup>. Las transformaciones en materia de derechos y

---

8 R. Viciano Pastor, R. Martínez Dalmau, *Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, en R. Viciano Pastor, *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, 11 ss.

9 Es la tesis en la que se funda el trabajo de R. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución*, cit. y que compartimos.

10 Desde un punto de vista crítico, entre muchos, ver: P. Salazar Ugarte, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, en L.R. González Pérez, D. Valadés (coord.), *El Constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a*

participación, como vamos diciendo, han chocado con la inmovilidad del sistema de gobierno de algunos sistemas, así que la mayoría de los países suramericanos generalmente han visto sus avances constitucionales atenuados por haber quedado cerrados en un *hiperpresidencialismo* que no deja espacio de maniobra a las minorías, rechaza la limitación del poder y, por lo tanto, se resiste y desactiva cualquier cambio que pueda afectar al poder del jefe de Estado.

Esta manera de ejercer el poder quizás no se coloca de forma evidente fuera del marco democrático: al fin y al cabo el presidente toma su legitimidad a partir de una elección directa del pueblo al que se dirige, sintiéndose con derecho a hacerlo, pidiendo confianza absoluta. Sin embargo, en su esencia, esta relación entre gobierno y gobernados termina con ser incompatible con los fundamentos del constitucionalismo democrático cuando se convierte en una relación de naturaleza plebiscitaria que pretende prescindir de los órganos representativos y de los cuerpos intermedios donde se expresa el pluralismo del cuerpo electoral y que quiere neutralizar sus naturales diferencias dirigiéndolo al pueblo como si fuera una entidad uniforme y homogénea<sup>11</sup>.

No es este el lugar más apropiado para profundizar el análisis del proceso de desarrollo del llamado “nuevo constitucionalismo latinoamericano”<sup>12</sup>. Lo que hemos querido subrayar en estas breves referen-

---

Jorge Carpizo, Ciudad de Mexico, CulturaUnam, 2013, 345 ss. L.J. Gladstone, *Os limites no novo constitucionalismo latino-americano diante de uma conjuntura de retrocessos*, en *Revista sobre acesso à justiça e direitos nas américas*, 2017, recuerda que sin duda el «*novo constitucionalismo latino-americano passa para uma etapa de resistência*». Se hace, cada día, más evidente la tensión entre los desafíos constitucionales que el nuevo constitucionalismo latinoamericano lleva consigo y la falta de una cultura democrática a la altura de las expectativas. Bajo la perspectiva del caso brasileiro, véase L.G. Arcaro Conci, *O Constitucionalismo brasileiro como do constitucionalismo latino-americano contemporâneo: algumas reflexões sobre os últimos 40 años*, en *Revista de Direito UFMS*, vol. 4, n. 1, 2018, 209 ss.

- 11 G. Salmorán, *Bolivia, Ecuador y Venezuela: un nuevo constitucionalismo latinoamericano o nuevas autocracias plebicitarias?*, en *D&Q*, 16/2, 2016, 1 ss.
- 12 P. Salazar Ugarte, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, en L.R. Gonzalez Pérez, D. Valadés (eds), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de Mexico, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, 2013, 345 ss.



cias, recordando el caso suramericano, es que si por un lado la *vis* expansiva del constitucionalismo democrático supera las conocidas fronteras geo-políticas del derecho constitucional, por el otro lado va creciendo también el nivel de ambigüedad en la que el concepto de constitucionalismo democrático resulta condenado, como consecuencia de su utilización generalizada, a pesar de fenómenos históricos, geográficos y sociales muy diferentes.

Y esto no sucede sin efectos: el perfil de su esencia va perdiendo enfoque y entretanto va disminuyendo la capacidad del constitucionalismo democrático de transformar las constituciones en espacios de “liberación” y no tan solo “de libertad”, manifestando su voluntad emancipadora respecto a la condición humana<sup>13</sup>. Es a partir de esta situación que se genera un estado de creciente debilidad del modelo, en su cuna europea también, acentuada por una condición de crisis estructural debida a algunos elementos que determinan una situación de estrés permanente del modelo.

### III. CRISIS DEL MODELO

En primer lugar, hay que reconocer que después de años de difícil coexistencia algunos efectos nefastos de la globalización se están manifestando con toda su fuerza, afectando profundamente las perspectivas del constitucionalismo democrático. En particular, si este último pretende, a través del derecho y, sobre todo, de las normas constitucionales, asegurar la existencia de un espacio de protección y de garantía de los ciudadanos frente a todos los poderes. Sea cual sea su naturaleza, la globalización rema en la dirección opuesta: antes baraja las cartas, transformando el contexto y neutralizando cualquier punto de referencia; luego arrastra a un espacio extra-estatal todas aquellas actividades que tradicionalmente están reguladas a nivel nacional y anula los efectos de las legislaciones correspondientes dejando a los ciudadanos prácticamente desamparados.

---

13 Cfr. A. Baldassare, *Diritti sociali*, en *Enc giur.* Treccani, Roma, 1989, 6 ss.; A. Di Giovine, *Diritto costituzionale comparato: lineamenti introduttivi*, en A. Di Giovine, A. Algostino, F. Longo, A. Mastromarino, *Lezioni di diritto costituzionale comparato*, Milano, Le Monnier, 2017, 17 ss.

Efectivamente, hoy en ámbitos como el mercado del trabajo, la seguridad social, la protección del medio ambiente, la regulación del acceso a la red... la disciplina a nivel estatal se demuestra insuficiente, mientras todavía carece del todo una regulación a nivel supranacional eficaz y capaz de otorgar protección frente a los intereses económicos en juego.

No cabe la menor duda de que la globalización ha ido transformando progresivamente la naturaleza del vínculo entre economía y política.

Si hubo un tiempo en el que hemos imaginado posible someter el interés económico del síngulo, al interés general de todos a través de la política y del derecho, hoy resulta difícil no admitir que el poder de decisión de los órganos políticos al fin y al cabo resulta limitado y reducido por parte de poderes económicos cuyo ámbito de acción sobrepasa las fronteras nacionales, quedando sustancialmente libre de vínculos normativos a nivel estatal<sup>14</sup>.

Este panorama se complica cuando analizamos las transformaciones a las que la dinámica democrática ha sido sometida, revelando la progresiva pérdida de peso de las asambleas representativas en los procesos de decisiones.

Efectivamente, por el papel que son llamadas a jugar, sobre todo en el caso de la forma de gobierno parlamentaria (pero no tan solo en el modelo parlamentario), las asambleas representativas constituyen el laboratorio donde valores como pluralismo, protección de las minorías o salvaguardia de los derechos frente al poder toman forma y concretan la idea de Estado propia del constitucionalismo democrático: esto significa que la crisis del sistema parlamentario termina por agravar inevitablemente la crisis del modelo del constitucionalismo democrático.

Desde hace años asistimos al desarrollo de un proceso de personificación de la política, al fin de favorecer prácticas propias del decisionismo consideradas más adecuadas al contexto actual, donde la velocidad se ha convertido en el común denominador de las relaciones humanas. Esta perspectiva ha conllevado a un cambio en los equilibrios entre poderes del Estado, incluso en el modelo parlamentario donde

---

14 Véase G. Bazoli, *Mercato e disuguaglianza*, Brescia, Morcelliana, 2006.

las asambleas representativas han visto progresivamente reducido su propio espacio de maniobra, por ejemplo comprimiendo el tiempo dedicado al debate que precede la decisión y favoreciendo el momento del voto respecto al momento del enfrentamiento entre las fuerzas políticas. Pero hay algo más.

Es cierto que hace muchos años el parlamento ha empezado a padecer la competencia del poder ejecutivo, que, mientras iba sobreponiéndose al parlamento, ha sufrido también a la vez la “presidencialización” de sus dinámicas provocando una verticalización de los procesos de decisión, según una tendencia que ha ido desarrollándose en todas las democracias liberales contemporáneas<sup>15</sup>.

Pero en los últimos años, si es posible, el contexto que se refiere al balance entre poderes del Estado ha ido enredándose aún más.

Atento a la incapacidad del parlamento de abordar una situación de creciente desigualdad y de enfrentarse a los desafíos que la globalización ha llevado consigo, se ha ido fortaleciendo la idea del definitivo fracaso de su misión política y la convicción que el lugar más adecuado para garantizar la protección de los derechos de los ciudadanos es el poder judicial.

Donde el parlamento no puede o no llega a otorgar amparo, intervienen los jueces reconociendo garantías a pesar de la existencia de una legislación explícita sobre el tema, practicando una interpretación extensiva de la constitución o de los principios generales del ordenamiento.

Frente al creciente protagonismo de los jueces, se va haciendo cada vez más sutil el espacio de discrecionalidad reconocido al parlamento en el momento de desarrollar una normativa con referencia a un determinado ámbito, habida cuenta de que en términos políticos la misma elección de no disciplinar aspectos peculiares de la vida humana significa tomar una decisión de naturaleza política al respecto.

A partir de la idea de que las constituciones son textos directamente aplicables cuya interpretación tiene que ser lo más amplia posible, otorgando el nivel más alto de protección y la máxima aplicabilidad de

---

15 Cfr. A. Di Giovine, A. Mastromarino, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, Giappichelli, 2007.

cada principio constitucional reconocido por la letra de la carta a pesar de su explícita regulación, la actividad de los jueces se ha ido haciendo, cada día, más invasiva respecto al ámbito del poder legislativo.

Son varias las razones de este fenómeno. Es cierto que a raíz de este crecimiento del protagonismo del juez se encuentra, sin dudas, la perspectiva de la filosofía neoconstitucional<sup>16</sup>, que se funda sobre la idea de que la constitución no tiene naturaleza solo programática y que su directa aplicabilidad y su implementación constituye una tarea del poder judicial<sup>17</sup>, sobre todo frente al silencio del legislador.

En este sentido los jueces se convierten en guardianes de los derechos contenidos en la constitución, velan y trabajan por su ampliación.

Es evidente que este cambio que afecta las relaciones entre poderes del Estado no queda sin consecuencias. En primer lugar el activismo judicial al que asistimos contribuye a la progresiva deslegitimación del

---

16 P. Comanducci reivindica la paternidad para la escuela genovesa que a finales de los años Noventa del siglo pasado empezó a utilizar la expresión “neoconstitucionalismo”: P. Comanducci, M.A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 87. Con el tiempo la literatura sobre el tema ha ido extendiéndose sin que sea posible hoy al día proponer una bibliografía sistemática. En lengua castellana: L. Prieto Sanchís, *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 5, 2001; Id., *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013; M. Carbonell, L. García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010; M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007; M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2006.

17 En las palabras de G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna 2008, p. 234: «*Che tristezza! Che consolazione avvilente c'è nella conclusione che ciò e solo ciò che è legato alla legge è giuridicamente rilevante e tutto il resto, che alla legge non è legato, è perfettamente irrilevante. Che concezione infelice del diritto e del giurista! Tutti coloro che hanno esperienza pratica del diritto, cioè l'unica esperienza conforme alla natura del diritto stesso, sanno perfettamente che il loro sforzo si concentra precisamente nel determinare ciò che c'è "oltre" e "intorno alla legge", dove stanno concezioni e convinzioni circa le relazioni sociali da cui la legge stessa dipende; e sanno che questa determinazione non è lo scontro di volontà o di arbitrii soggettivi, ma l'onesta ricerca comune di una sostanza che, pur non essendo legislativa, non è, ciò nondimeno, prevaricazione della volontà degli uni su quella degli altri, in nome della forza dell'inganno*».

poder legislativo mismo, acreciendo la crisis existencial en la que ya se encuentran, como vamos diciendo, las asambleas representativas.

Por otra parte, la utilización sistemática de la acción judicial genera también una distorsión dentro del marco del sistema de los derechos. La intervención de los jueces y la tendencia a garantizar todos los derechos subjetivos como si fueran derechos fundamentales conduce a deshacerse de la diferencia entre libertades universales, derechos y servicios y a la progresiva equiparación de su protección. Solo en apariencia esto conlleva una mejora de la posición de los individuos frente al poder. En efecto, mientras en el proceso de balance entre diferentes posiciones individuales los derechos fundamentales reducen su supremacía solo cuando se enfrentan a otros derechos fundamentales, prevaleciendo en todos los otros casos, esta transformación, que neutraliza cualquier jerarquía entre diferentes posiciones de derechos individuales, hace bajar la protección obligando a un balance más amplio y constante, que reduce la fuerza performativa de las libertades universales.

A todo lo dicho se añade otro aspecto, quizás el más contundente por lo que concierne sus consecuencias respecto al modelo del constitucionalismo democrático.

Asistimos a un cortocircuito del sistema: por un lado la dinámica electiva, la responsabilidad política y el paradigma representativo, que tiene su eje en el parlamento, entran progresivamente en crisis involucrando los principios en los que se funda la lógica del Estado liberal; por el otro lado crece el favor popular hacia los jueces, a pesar de su falta de responsabilidad directa hacia los ciudadanos y a pesar de que en muchos casos no son expresión directa de los ciudadanos.

En realidad, pese a una generalizada sensación de acrecido amparo, lo que se genera es una desviación de las formas de participación del pueblo en la vida pública. El uso frecuente y generalizado a la acción judicial debilita esas formas de participación política que se fundan en una cultura constitucional hecha de institutos de control popular, pero también de una costumbre sobre el concepto de compromiso, entendido como práctica de síntesis de posturas diferentes dentro de la decisión, como aceptación del pluralismo, como exaltación de la política como encuentro y no como mera primacía de una parte respecto de la otra. En este sentido, si más bien en sus primeras manifestaciones las ideas del neoconstitucionalismo han representado

una posible vía para reforzar el modelo del constitucionalismo democrático, reafirmando la centralidad del individuo y de sus derechos, con el tiempo se han ido presentando toda una serie de efectos colaterales.

Efectivamente la crisis del parlamento y de su papel representativo y la sobreexposición del poder judicial han determinado la exaltación del rol del juez, remplazando la acción de integración política propia de las asambleas representativas, por el uso de la acción judicial, que por su propia naturaleza no busca el compromiso, no traza soluciones de ajuste, sino que más bien llega a un veredicto donde alguien gana y los demás pierden, aunque a veces de forma más o menos matizada.

Se trata de una lógica dicotómica que ha ido contagiando todo el sistema, donde se registra un acrecido uso de los instrumentos de la democracia directa, cuya compatibilidad con el modelo del constitucionalismo democrático genera más de una perplejidad.

Si queda francamente en duda la idea de que la democracia directa constituye en efecto un sistema superior desde el perfil axiológico porque es capaz de otorgar un mayor protagonismo a la voluntad del pueblo a través de la participación inmediata en la decisión, quedan abiertas también algunas otras cuestiones relacionadas con los límites de los institutos de democracia directa<sup>18</sup> y su posible degeneración en regímenes de naturaleza populista.

---

18 Va reforzándose la idea que el desarrollo tecnológico vivido en los últimos años pueda finalmente favorecer a menudo el uso de los instrumentos de la democracia directa: siendo más fácil la participación directa de los ciudadanos en los procesos de decisión, esta forma tendría que ser favorecida respecto a formas de organización representativas, suponiendo que las primeras cuenten con una carga democrática mayor que las segundas. Aunque no se pueda aquí elaborar una reflexión exhaustiva, si merece la pena brindar algunas consideraciones con el fin de poner en duda este punto de vista. Si es verdad que las decisiones son fruto de un proceso de síntesis de las informaciones adquiridas, entonces la simplificación de la realidad en la que se funda la lógica binaria de la democracia directa inevitablemente favorece un contexto previo a la decisión muy poco favorable a la libre elección del ciudadano cuya capacidad de análisis resulta fuertemente vinculada y por eso limitada. En efecto, las propuestas formuladas dentro institutos como el sondeo, el plebiscito, el referéndum se inspiran a una política monosilábica, que comprime el debate neutraliza los diferentes matices de la propuesta tanto de las minorías como de la mayoría. Se fomenta así una democracia más atenta a las sensaciones que a los contenidos, que busca un *coup de théâtre* y no se dedica a buscar un compromiso capaz de generar integración política.

En efecto, no cabe la menor duda que el simple hecho de reconocer una interpretación extensiva de los derechos en la carta constitucional o de reconocer instrumentos de democracia directa no acrece en sí mismo el nivel de protección de los ciudadanos frente al poder ni fortalece su nivel de participación en la vida política. Eso porque a pesar del activismo judicial o de las teorías neoconstitucionalistas, la aplicación de los derechos necesariamente necesita de la intervención del poder legislativo. Prácticamente solo el desarrollo normativo garantiza estabilidad en la aplicación de los derechos y asegura equilibrio entre los poderes del Estado.

#### IV. CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN

Volvemos así al principio: es difícil entender la democracia fuera de la perspectiva del constitucionalismo democrático, porque solo esta perspectiva asegura pluralismo y salvaguardia de las minorías (que significa, también, acceso y participación en la decisión) a través de la valorización de las dinámicas parlamentarias, a pesar de la tendencia a la presidencialización de la política. Pero también es imposible no reconocer que cada uno de los aspectos críticos que hemos recordado en estas breves reflexiones ha terminado por afectar profundamente al desarrollo del constitucionalismo democrático que hoy vive una grave crisis identitaria.

No es fácil reconocer los orígenes de esta crisis y sus causas. En realidad nos encontramos frente a un fenómeno polifacético que no se deja sintetizar fácilmente, ni clasificar.

Con todo, lo que sí se puede empezar a decir de forma bastante firme es que sin duda detrás de la crisis del constitucionalismo democrático podemos encontrar dos tendencias distintas pero no contradictorias entre sí.

No parece atrevido afirmar que el constitucionalismo democrático ha sido afectado, de un lado, por un exceso de confianza que ha llevado a creer que el modelo poseía todos los anticuerpos necesarios para hacer frente a los desafíos que el progreso tecnológico y la transformación del sistema económico traían consigo; y del otro por una falta de conciencia respecto a la magnitud de estas transformaciones.

La supervaloración de la capacidad de resiliencia del constitucionalismo democrático, junto a la subestimación de los efectos de la globalización han determinado el progresivo desgaste de los fundamentos del constitucionalismo democrático y el crecimiento de la desconfianza por parte de los ciudadanos que, en vez de ver cumplirse las promesas hacia una sociedad más justa y más libre, han asistido al continuo incremento del nivel de desigualdad de nuestras sociedades tanto en términos de oportunidades como de capacidad económica.

Este panorama desolador ha llevado a hablar de fracaso del constitucionalismo y de sus objetivos de emancipación y ha ido favoreciendo la subida de movimientos nacionalistas y populistas cuyo fundamento ideológico se pone en abierto conflicto con los principios que han inspirado las democracias liberales a partir de la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo la puesta en juego es tan alta que, sin duda, merece la pena preguntarse realmente si estas son las únicas conclusiones a las que se puede llegar y si ha llegado el momento de despedirse del constitucionalismo democrático o si existe una solución a esta recesión del modelo.

Efectivamente, en la opinión de quien escribe, una salida diferente a la crisis existe, siempre y cuando estemos dispuestos a cambiar nuestro punto de vista y nuestras coordenadas geográficas y políticas.

Realmente, si bien nos detenemos a analizar el estado de debilidad en el que se encuentra el constitucionalismo democrático, nos damos cuenta de que las mayores críticas no afectan a sus pilares ideológicos. Valores como el pluralismo, la protección de las minorías y la salvaguardia de la dignidad humana en todos sus aspectos no han cesado de representar un objetivo casi primordial de nuestros ordenamientos. Buscando las razones de la crisis, por lo tanto, no hay que preguntarse si los fundamentos dogmáticos en los que se basa el constitucionalismo democrático pueden considerarse todavía válidos, sino más bien si el contexto en el que se pretende radicarlos es adecuado.

En este sentido nos enfrentamos con una primera constatación: los desafíos con los que nuestros modelos constitucionales se encaran, cada día, tienen dimensión supranacional. El desacuerdo entre la magnitud de fenómenos mundiales como la protección del medio ambiente, la gestión de la inmigración, la protección de los derechos



de los trabajadores o de los consumidores, la salvaguardia de los usuarios de la red, por un lado, y la pretensión de otorgar una disciplina a nivel estatal, por el otro, es evidente. No se trata, entonces, de considerar si propósitos como la salvaguardia del pluralismo o de la dignidad humana constituyen todavía una meta digna de dedicación, más bien de averiguar si los instrumentos empleados para alcanzar esta meta son proporcionados, desde una perspectiva geopolítica además de jurídica.

Si el problema a solucionar tiene nivel supranacional, el remedio no puede ser pensado en escala nacional.

La verdad es que se trata de una percepción ya advertida y que ya ha empujado hacia soluciones capaces de involucrar los estados en procesos de integración supranacional para la creación de entidades llamadas a enfrentarse a problemas que superan el límite de las fronteras de cada estado.

Hemos asistido a una larga fase mundial de integración regional cuya expresión más clara está sin duda representada por el proceso de construcción de la Unión Europea. Pero ahora es tiempo de imaginar otros objetivos, que de una perspectiva meramente económica nos conducen a la construcción de nuevos espacios políticos.

No es fácil, sin duda. El desafío es grande: el mismo proyecto de integración europea, que en este sentido no deja de ser una experiencia piloto, ha sufrido una grave interrupción a partir del año 2004 cuando, frente a la voluntad de aprobar un tratado constitucional para la Unión, los Estados han chocado contra la diferente opinión de los ciudadanos. Una opinión que ha sido expresada en ocasión del referéndum en Francia y Holanda.

No es esta la sede adecuada para analizar las razones de ese fracaso que aunque no haya llegado a desperdiciar los logros adquiridos en años de trabajo, sin duda ha ralentizado el proceso de integración.

Sin embargo, se pueden desprender algunas consideraciones en relación a lo ocurrido. Por ejemplo, acerca de la dificultad de concebir un proyecto constitucional sin haber construido previamente una voluntad constituyente en el pueblo. Las constituciones son cartas que para vivir necesitan un alma. Esa alma se sustancia en la voluntad de los ciudadanos de formar parte de un proyecto político común.

Es cierto, por lo tanto, que el constitucionalismo democrático para superar los desafíos de la globalización y para reaccionar al nacionalismo tiene que cambiar de paso, buscar un contexto más amplio en el que desarrollar sus virtudes y realizar su proyecto político. Por lo que concierne a Europa eso quiere decir abrir una extraordinaria fase constituyente que esta vez no tiene que ser dirigida por los estados, sino ser encaminada a partir del Parlamento, el lugar donde la ciudadanía está representada.

Efectivamente, la unificación de los Estados europeos ya no puede ser una perspectiva de algunos europeistas. Se ha convertido en una necesidad para la supervivencia de los principios del constitucionalismo democrático, que no necesita nuevos contenidos para enfrentarse al presente, sino no nuevos espacios geográficos para expresar todos sus beneficios.

# El constitucionalismo social en la emergencia actual

ENRIQUE URIBE ARZATE<sup>1</sup>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS DESAFÍOS ACTUALES. III. CONSIDERACIONES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN TEÓRICA. IV. LA IMPRONTA DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES. V. EL CONSTITUCIONALISMO HUMANO SOCIAL.

## I. INTRODUCCIÓN

La idea de consagrar en un texto jurídico superior los derechos de los habitantes, es una de las mejores aportaciones de la teoría constitucional moderna. A la par, la exigencia de moderar y controlar el ejercicio del poder público, implica otra significativa aportación de la ciencia constitucional. Una y otra idea, representan los dos pilares básicos de este gran paradigma que aboga por el reconocimiento de los derechos esenciales de los seres humanos y su garantía eficaz en el contexto de una organización jurídico-política que es capaz de establecer reglas claras al ejercicio de las potestades, así como límites y sanciones para quienes incurren en excesos o vacío de poder.<sup>2</sup>

Estas dos tareas esenciales, hunden sus raíces en la exigencia vital del pueblo de que sus derechos elementales sean adecuadamente tratados por el poder público y asegurados sin condición alguna; asimismo, en la remembranza de los modos en que el Estado nación se

---

1 Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

2 En el caso de México, la primera de estas dos tareas esenciales, fue completada –al menos formalmente–, mediante la reforma constitucional del 6 de junio de 2011. A partir de esta fecha, además del reconocimiento formal de los derechos humanos, se mandata su respeto y observancia por parte de todas las autoridades. La segunda tarea es, lamentablemente, todavía una asignatura pendiente

fue construyendo a lo largo de los siglos XVII y XVIII, el asunto del poder público es un tema que a todos nos implica y concierne y, por ello, en las nuevas exigencias de construcción de ciudadanía y ciudadanización del poder, nadie puede estar exento de esta obligación. Nos parece que ser ciudadano, representa una condición inmanente a la vida humano-social.

En este orden de ideas, la gestación del constitucionalismo como valladar imbatible con capacidad cierta para limitar y controlar a quienes ejercen el poder público, ha significado uno de los mayores aportes de la ciencia constitucional, a pesar de los escenarios de oposición evidente que emergen en cualquier sociedad actual. Hoy, que el abuso de poder incide sensiblemente en los dos campos que avalan el discurso del Estado constitucional (garantía de los derechos humanos y control del poder), resulta impostergable emprender el tratamiento de la doctrina y asiento que significa el constitucionalismo.

Ante la oleada de expresiones que claramente muestran una ruta contraria al respeto de la condición humana y a la mesura y racionalidad en el ejercicio del poder del Estado, consideramos que la revisión teórica de lo que el constitucionalismo significa actualmente y, al mismo tiempo, la ponderación de sus posibilidades reales de concreción –de cara a los grandes desafíos de este siglo XXI–, representan en sí mismos, un ejercicio de la mayor pertinencia.

Por principio, el constitucionalismo representa uno de los mayores afanes a favor de la libertad de los habitantes; su génesis está fuertemente arraigada en los movimientos libertarios y de emancipación de los pueblos. Así, son ilustrativos los casos de los Estados Unidos de Norteamérica y Francia que a través de sus revoluciones de 1787 y 1789, respectivamente, comenzaron a establecer las bases de una organización política garante de la división de poderes y de los derechos de los habitantes. En este aspecto, el numeral 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, es elocuente: *“Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.”*<sup>3</sup> Sobre este punto, podemos aseverar que no es necesario un debate tan

---

3 Tomado de: [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/ban\\_k\\_mm/espagnol/es\\_ddhc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/ban_k_mm/espagnol/es_ddhc.pdf)

profundo para discurrir y converger sobre la esencia de una Constitución, que efectivamente sirve de fuente y cauce para la vida de los seres humanos en condiciones de libertad e igualdad.

Con esta directriz insuperable, aunque no necesariamente inspiradas en el texto de referencia, se fueron redactando posteriormente las cartas constitucionales de los países que tuvieron que llevar a cabo movimientos de emancipación. En América Latina, podemos citar los casos de Venezuela y Colombia que emitieron sus respectivas Constituciones en 1819, o el de México que promulgó su Constitución en 1824, también con una importante carga de postulados a favor de la libertad y la igualdad.

Como podemos advertir, el constitucionalismo es ante todo, una construcción teórica que se vincula a los afanes libertarios de los pueblos. Sin embargo, el necesario desarrollo científico de la cuestión, nos lleva a decir que el constitucionalismo debe arropar adecuadamente las nuevas expectativas de los habitantes y afrontar los escenarios más diversos que jalonan y condicionan la vida de las personas.

## II. LOS DESAFÍOS ACTUALES

Esto significa que el constitucionalismo no es un modelo teórico perfecto o inamovible; para nuevos tiempos y para condiciones de vida de reciente aparición, el constitucionalismo tiene que mostrar los nuevos veneros por los cuales debe correr la vida diaria de los seres humanos; *vgr.*, si el constitucionalismo de principios del siglo XX, abogó por los derechos sociales de los grupos en mayor desventaja como eran los obreros y campesinos, el renovado constitucionalismo de nuestros días, tiene que ser el *constructo* garante de esos derechos señeros y de los derechos humanos emergentes, y el mejor instrumento para el control del poder capaz de auspiciar que la ley fundamental de un país pueda convivir con instrumentos internacionales que también procuran los derechos de los habitantes.

Además, el asunto no se limita a una proyección meramente formal ni solamente jurídica; el constitucionalismo debe responder ahora a las amenazas gravísimas de centros de poder que están más allá del Estado y que poco o nada se interesan por la garantía de los derechos de los habitantes. Baste con citar la depredación del medio ambiente

que sin mayor preocupación pueden realizar las empresas mineras, los efectos negativos y de largo alcance del fracking, el calentamiento global y todas sus secuelas, que ni lejanamente consideran los derechos de los pueblos originarios como algo relevante.<sup>4</sup>

En otra vertiente, el referente clásico del constitucionalismo que fue el Estado-nación y sirvió como asiento para el desarrollo de estos afanes de garantía de los derechos humanos y control del poder, ya no responde totalmente al modelo originario que apuntaló el principio de supremacía como un de los más sólidos argumentos para la preeminencia constitucional. Menos aún, desde los trazos de la composición actual de las sociedades multiétnicas y complejas, es posible argumentar que el constitucionalismo de inicios del siglo XX sirva hoy para orientar y atender las grandes exigencias de este mundo actual, convulso, cambiante y complejo.

En el primer caso, el Estado-nación enfrenta tremendos desafíos de centros de poder que se hallan más allá de sus fronteras; en este sentido, es innegable la influencia de instancias como el Banco Mundial o las poderosas empresas transnacionales que en cualquier materia todo lo controlan y fijan precios –por lo general- exorbitantes a sus productos; idénticos desafíos se plantean ahora ante las oleadas de migrantes que en todos lados huyen de la miseria, del hambre o de la guerra, o simplemente abandonan sus lugares de origen, devastados por la sequía y la desmedida explotación de los recursos naturales.

Como podemos ver, el constitucionalismo enfrenta estos grandes desafíos: ya no son solamente los retos clásicos de control del poder doméstico o de garantía de los derechos humanos de los habitantes

---

4 Sólo en vía de ejemplo podemos citar esta referencia: “*La organización ecologista Greenpeace ha denunciado este jueves “la depredación ambiental” que las empresas españolas practican en América Latina. La responsable de Campañas de Greenpeace, Mabel González, ha denunciado que “tras la imagen responsable y sostenible que las multinacionales españolas venden en España, se esconde una realidad muy distinta” si actúan en el exterior. El informe titulado Los nuevos conquistadores. Multinacionales españolas en América Latina analiza «de forma no exhaustiva» la actuación de multinacionales energéticas y hoteleras en el continente y cita 43 casos, desde los hoteles en México a la explotación de la pesca en Chile pasando por las perforaciones petrolíferas en la Amazonia.*” Tomado de [https://elpais.com/sociedad/2009/10/01/actualidad/1254348014\\_850215.html](https://elpais.com/sociedad/2009/10/01/actualidad/1254348014_850215.html)

“nacionales”; ahora, el constitucionalismo debe servir como soporte teórico, viable para enfrentar el abuso de poder de corte transnacional y para asegurar los derechos esenciales de todo ser humano, dentro y fuera de su país de origen.

En medio de este proceso de mutaciones y cambios metanormativos, el constitucionalismo debe estar presto para afianzar desde la norma constitucional los principios y valores de orden prescriptivo que, si bien, no van a limitar la aparición y múltiples manifestaciones de naturaleza fáctica de lo constitucional, sí deben servir como guía y límite a las expresiones constitucionales de la realidad.

Así las cosas, en nuestro itinerario debemos atender la configuración actual del constitucionalismo en la perspectiva -ya apuntada- de sus múltiples desafíos; además, es imprescindible mirar el contexto nacional e internacional que incide en su configuración y posibilidades y -en el afán de acercar esta idea central al proceso de consolidación del Estado constitucional-, resulta oportuno escudriñar y repensar la potencia de las cartas constitucionales y de sus principios esenciales como son la supremacía y fundamentalidad de la *lex legum*.

### III. CONSIDERACIONES PARA UNA RECONSTRUCCIÓN TEÓRICA

Iniciamos con el abordaje de una cuestión primaria: ¿Qué es el constitucionalismo en la actualidad?; ¿qué tan viable es este tipo de constitucionalismo?; ¿qué elementos discursivos deben ser hilvanados -en su caso- para su (re) construcción?

Diremos por principio, que el constitucionalismo es la manifestación doctrinal que ubica en los textos fundamentales la orientación y posibilidades de realización de los derechos a partir de la dignidad humana, ante y sobre el poder público. Al mismo tiempo, es la expresión de racionalidad y medida que cualquier persona debe atender cuando encarna algún órgano del poder estatal.

Esta es la manera en que el constitucionalismo sirve para estos propósitos fundamentales en la vida humano social. Si bien, el enfoque inicial se referencia en el ámbito local-nacional y se visualiza desde los alcances del texto constitucional, no debemos pasar por alto que también la dignidad humana puede sufrir menoscabo desde la ac-

tuación de sujetos distintos a quienes ejercen la potestad estatal; y de este modo, el constitucionalismo adquiere una proyección diferente a la que tradicionalmente le ha identificado.

En este punto, resulta de suma relevancia averiguar si la primera aproximación al constitucionalismo debe seguir enquistada en la visión del Estado-nación, y si esta es la manera más apropiada de entender este fenómeno o si, por el contrario, en las circunstancias actuales -donde los asuntos de la humanidad desbordan a los Estados y a sus fronteras-, el constitucionalismo tendrá que ser uno de tipo cosmopolita.

En el itinerario que hemos delineado, el constitucionalismo tiene que invocar *ipso facto*, el principio de la dignidad humana que es la zona medular de cualquier derecho de las personas. En este sentido, es incontestable que la dignidad humana es la savia vital del constitucionalismo.

Como ahora se puede constatar, los alcances del constitucionalismo deben llegar hasta el ámbito internacional; de aquí podemos rescatar la afirmación de que la constitucionalización del orden jurídico internacional es consecuente con la internacionalización del derecho constitucional. Se trata de un enfoque epistémico que cada vez adquiere mayor fuerza en el discurso jurídico-político y en las construcciones científicas del derecho, debido a que la garantía de los derechos humanos ha resultado insuficiente al seno de la organización estatal y a que el abuso del poder, tampoco se restringe al ámbito doméstico; lamentablemente sobran casos que patentizan los excesos en el orden internacional. A pesar de que estas reflexiones pudieran estar más bien situadas en el campo de la geopolítica, las tensiones interestatales que se pueden mirar en casi cualquier latitud, ponen de manifiesto el desafío de reconstrucción del constitucionalismo que deberá ser tan fuerte para fijar límites a cualquier desenfado político capaz de ordenar una invasión a otro país o imponer sanciones económicas a otro pueblo -también soberano e igualmente importante en el concierto de las naciones-.

Por si esto no fuera suficiente, el constitucionalismo -que ha sido una aportación teórica que ha transitado en el formalismo-, enfrenta ahora el reto enquistado en la regulación normativa de hechos y fenómenos de naturaleza metanormativa. Si hemos de hacer caso de las



significativas aportaciones de la ciencia jurídica y de la teoría constitucional, la impronta de las mutaciones constitucionales no deja de marcar su sino en la orientación y alcances de los *corpus* que sólo medianamente sirven para “contener” a la realidad y encauzarla adecuadamente de acuerdo a los parámetros normativo-positivistas de la Constitución y de cualquier manifiesto o texto de tal naturaleza.

Pues bien, de este enfrentamiento irreductible entre norma y realidad, podemos resaltar la cuestión concerniente a las asimetrías sociales de índole multifactorial que, hasta ahora, el derecho “en forma de norma” no ha podido ni prevenir ni atenuar. Ante la fuerza de la realidad que advertimos sujeta a reglas diferentes a los parámetros y postulados de la normatividad, es evidente el ejercicio de interpretación y reconstrucción que debemos atender, si en verdad deseamos aminorar la distancia entre las prescripciones normativas y las expresiones duras de la cotidianidad.

Como sabemos, este abordaje es uno de los más difíciles que se pueden plantear en la ciencia jurídica y concretamente desde la filosofía del derecho –como espacio para el análisis teórico más depurado-, pues se trata del intento de la razón para lograr la conexión entre la proyección prescriptivo-normativa (tradicional e inveterada) y las manifestaciones de tipo ontológico de la vida diaria de los seres humanos, visibles en las sociedades diversas, multiculturales y complejas.

Así las cosas, resulta evidente que la reconstrucción teórica del constitucionalismo tiene que ponderar las capacidades de la Constitución como norma, frente a las realidades constitucionales –no siempre recogidas puntualmente en el texto-, y los mecanismos y procesos de “absorción” que los órganos legislativos deben practicar para la incorporación de los fenómenos constitucionales de orden metanormativo a la *lex legum*, que circundan y a veces contradicen o desbordan, el sentido de las expresiones de la escritura constitucional.

Visto así, hay una cuestión que se proyecta desde tres vectores: Primero, tenemos la identificación de las asimetrías entre norma y realidad constitucional que se manifiestan en la complejidad sociocultural de cualquier país; en segundo lugar, enfrentamos el desafío intelectual encaminado a la identificación de los procesos de creación constitucional de tipo metanormativo; en la misma vertiente, y luego de saber

cómo fluyen estos procesos de creación de “lo constitucional” desde la vida diaria de los seres humanos, debemos idear los procesos jurídicos capaces de acercar esas manifestaciones de la realidad constitucional a los contextos normativos que, con el lenguaje constitucional especializado son –al menos desde la visión estatal- los *corpus* idóneos para su comprensión, tratamiento y adecuada garantía.

En lo que aquí hemos delineado, es claro que la concepción normativa, monolítica y unidimensional del derecho, es una endeble manifestación teórica incapaz e insuficiente para la explicación de todo lo que sucede cotidianamente en el mundo y que *las leyes* no abarcan en sus prescripciones de tipo formal. En este orden de ideas, el constitucionalismo que requerimos para nuestras graves exigencias actuales, debe superar la idea de que las cuestiones de orden constitucional sólo se pueden *leer* en el texto jurídico fundamental de cada sociedad concreta. No nos detenemos en este tópico de indiscutible importancia para la ciencia del derecho y especialmente para la ciencia constitucional; empero, destacamos la proyección lineal del derecho que el formalismo construyó y con la cual se quiso ordenar y guiar a las sociedades, sin valorar otras expresiones jurídicas y otros modos de gestación de *lo constitucional*, más allá de la norma y de la actividad legislativa-formal del Estado.

#### IV. LA IMPRONTA DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES

Por si esto no fuera suficiente, y toda vez que el constitucionalismo predominante, asume la conexión natural e inmediata entre el *desiderátum* del texto y la realidad de la vida humano-social, otro concepto que no debe faltar en este esfuerzo de reconstrucción teórica, es el atinente a las mutaciones constitucionales.<sup>5</sup> La doctrina que aborda esta cuestión, señala de manera enfática que los cambios al orden constitucional que operan sin la necesidad de verificar una reforma

---

5 Al respecto, puede verse Uribe Arzate, Enrique y Correa Esquivel, Alejandra Grisiel, “Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado constitucional”, en *Revista de Derecho*, núm. 38, julio-diciembre, 2012, Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia

constitucional, tienen también naturaleza constitucional; por nuestra parte, consideramos que ante expresiones de tipo metanormativo que prefiguran o sirven de antesala a las manifestaciones constitucionales de tipo material, resulta imponderable la inserción de las mutaciones constitucionales en el acervo científico de lo constitucional.

Sin duda, la vida humano-social es la fuente primigenia de lo constitucional y, por ello, resulta inadmisibile negar los modos de producción de las prescripciones normativas de tal naturaleza en el ser y que-hacer de los seres humanos; asumir la posición contraria, solamente confirma la ruptura entre norma y realidad que la doctrina ha tratado reiteradamente y que, en el caso de las cuestiones de naturaleza constitucional, simplemente da cuenta de una visión limitada, formal, superada e incapaz de dar respuesta a las complejidades de nuestros días. En suma, el constitucionalismo no puede ser formal-positivo, porque no sirve ya para atender y responder oportunamente a la vitalidad y dinamismo de las sociedades actuales; *vgr.*, las exigencias crecientes a favor de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; los reclamos de los más jóvenes para atender el problema mundial del cambio climático<sup>6</sup>; la atención que más allá de nacionalidades y fronteras requieren los migrantes, etc., todo esto, son ejemplos elocuentes de lo que el constitucionalismo tiene que atender de manera inexcusable.

Finalmente, en lo que concierne a la cuestión que aquí venimos tratando, vale referir que la doctrina de los derechos humanos señala el surgimiento de nuevos reclamos o reivindicaciones de derechos ya reconocidos (pero no garantizados) y/o de derechos de reciente configuración, que se identifican como derechos humanos emergentes.<sup>7</sup> Ante cuestiones de tal relevancia y de aparición reciente, el constitucionalismo debe responder con prestancia –por principio desde

---

6 La activista Greta Thunberg es un buen ejemplo de este reclamo que ahora parece tener visos de orden intergeneracional. *Vid.*, “Greta Thunberg: el desafiante discurso de la adolescente sueca ante los líderes mundiales en la cumbre del clima de la ONU”, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-49804774>.

7 Este concepto de reciente acuñación, hace referencia a las reivindicaciones legítimas de la sociedad civil dirigidas a la formulación de nuevos o renovados derechos humanos. *Id. est.*, se trata de una visión renovada de los derechos humanos, lamentablemente enmohecidos por la desatención y su violación reiterada .

el ámbito de los Estados-, si todavía el orden estatal pretende ser el contexto con atribuciones originarias para la garantía de los derechos humanos. Además del esfuerzo estatal deseable en este campo, la comunidad internacional debe idear los escenarios y mecanismos adecuados para afrontar los enormes retos de proyección metaestatal que ningún Estado puede atender con eficacia. *Ergo*, el constitucionalismo que no puede ser meramente formal-positivo, tampoco puede estacionarse en una dimensión local/estatal, porque los fenómenos de orden constitucional y los escenarios para la garantía óptima de los derechos humanos, desbordan las fronteras y los ámbitos de competencia de los Estados.<sup>8</sup>

Como podemos advertir, los trazos necesarios del constitucionalismo que requerimos para este tiempo de enormes desafíos, debe abarcar a los Estados y tiene que proyectarse desde y hasta el ámbito transnacional o metaestatal.

De cara a este reto de grandes dimensiones, la concepción inicial necesaria para entender el fenómeno que aquí tratamos, debe asumir, *a fortiori*, que los fenómenos de naturaleza constitucional que son los que tejen la urdimbre de “lo constitucional”, no son exclusivos del ámbito de competencia de los Estados. Una perspectiva inicial así planteada, admite que las realidades constitucionales –como expresión del ejercicio del poder público y concreción de las manifestaciones propias de la organización de estructuras y competencias para incidir en la vida de los seres humanos-, se configuran igualmente en las organizaciones de cariz supranacional.

De acuerdo con esta idea matriz, el constitucionalismo que hoy requerimos, tiene que ser comprendido a partir de una proyección holística que aglutine las expresiones de corte local y aquellas otras que se prefiguran desde los espacios de orden internacional; desde luego, en ambos casos -y aun cuando no sea posible ni deseable excluir el lenguaje de las normas-, la comprensión de “lo constitucional” tiene que

---

8 Sobre este punto puede verse Pizzolo, Calogero, “Problemas fundacionales del derecho constitucional transnacional”, en Uribe Arzate Enrique y Flores Martínez, Alejandra (Coordinadores), *Retos y desafíos para el Estado constitucional en la globalización*, Universidad Autónoma del Estado de México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Plaza y Valdés, México, 2014.

ponderar el alcance e incidencia de las manifestaciones cotidianas de las sociedades que se valoran con relevancia y proyección “fundamental”. Estas expresiones que trascienden hasta la vida colectiva para ser asumidas como fenómenos de relevancia humano social -vitales para la organización humana por antonomasia que es el Estado-, son “lo constitucional” que el constitucionalismo renovado debe otear desde una visión integral, a fin de recoger la totalidad de manifestaciones humanas que evidentemente no se agotan en el texto y lenguaje de las normas jurídicas de rango constitucional.

## V. EL CONSTITUCIONALISMO HUMANO SOCIAL

De acuerdo con este hilo argumentativo, el reto inicial es de tipo epistemológico porque implica un giro intelectual en la manera de entender la gestación de los asuntos de orden constitucional. Si asumimos como premisa que efectivamente *lo constitucional* se expresa en normas, pero por sus contenidos esenciales, es mucho más que normas, luego entonces, como condición esencial aparece el proceso de comprensión y construcción de otros canales de gestación de esas expresiones sociales que tienen “contenidos constitucionales” aun cuando no aparezcan expresamente señalados en un texto fundamental. De este modo, *lo constitucional* que el constitucionalismo debe recoger para su adecuado redireccionamiento, tiene que atender esta doble vía, si en verdad deseamos que la garantía de los derechos de los habitantes, no se estacione en las declaraciones y los límites expresos de las normas constitucionales.

Entendemos que este proceso de asimilación no puede ser de otra manera, pues de lo contrario, el constitucionalismo formal que ha sido la constante a la sombra del formalismo, continuará estancado en el discurso de lo deseable desde las normas, pero difícilmente asequible en la vida de todos los días.

En este orden de ideas, además del reto epistemológico aquí señalado, hay otro desafío que se focaliza en los procesos de aprehensión de lo constitucional en las manifestaciones de la vida diaria de la sociedad humana. ¿Cómo puede asumir el constitucionalismo que tal o cual expresión de la vida cotidiana debe ser considerada de naturaleza constitucional?; ¿cómo puede el constitucionalismo recoger esas

manifestaciones “constitucionales” de la vida diaria y darles el mejor tratamiento para su adecuada garantía?

Como podemos colegir de estas preguntas, al reto epistemológico antes referido, debemos agregar la tarea de orden metodológico pertinente para advertir el surgimiento de lo constitucional en la vida cotidiana de los seres humanos, *dentro* y *fuera* del Estado, y también *dentro* de la formalidad de las normas de naturaleza constitucional, pero igualmente *fuera* de los textos constitucionales y *dentro* de la realidad de la vida diaria de las sociedades complejas y multiculturales que hemos referenciado con antelación.

Ante el escenario irreductible de los fenómenos humanos que no se agotan en la dimensión estatal y que tampoco pueden ser constreñidos ni aprisionados por el orden jurídico político del Estado, el constitucionalismo humano social que podemos proyectar en este renovado desarrollo *por* y *para* los derechos de los habitantes, necesita la colaboración del Estado y, desde luego, de los espacios institucionales de orden internacional que pueden contribuir a la comprensión, tratamiento y garantía de los derechos humanos, que inicialmente tienen una dimensión doméstica, pero que por su importancia fundamental aquí y allá, tienen una proyección universal. *Ergo*, el constitucionalismo humano social, puede ser también catalogado como un esfuerzo epistemológico y metodológico para la gesta de un constitucionalismo universal.

De acuerdo con la ruta trazada para el abordaje de la cuestión que aquí nos ocupa, es necesario decir que el proceso de asimilación de los contenidos constitucionales –como etapa necesaria para la gestación de los mecanismos de garantía-, debe tomar en consideración la coexistencia de los dos órdenes normativos ya apuntados: el orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional.

Si bien, hemos considerado inicialmente la necesidad de asumir el reto que representa la comprensión holística de los fenómenos de naturaleza constitucional, dentro y fuera de las normas jurídicas, es imprescindible valorar ahora los alcances del tratamiento normativo de la cuestión a partir de la existencia de la dualidad normativo-competencial que representan el Estado y el orden jurídico internacional.

Esto que podemos identificar como el orden normativo dual del Estado constitucional contemporáneo, marca el ascenso de un nuevo

modelo constitucional que toma como referente inicial al Estado, a sus normas y las directrices fundamentales enmarcadas en su texto constitucional y, al mismo tiempo, comienza a enlazar sus decisiones esenciales en principios de corte universal que la ciencia jurídica y la evolución de la cultura de los derechos humanos, han ido construyendo paulatinamente, aun en contra de las resistencias de los poderes locales que imperan en los países, de la tradición de sus minorías étnicas y el multiculturalismo en su vertiente no positiva.

Lo último aquí dicho debe ser referido con puntualidad para no dar lugar a interpretaciones erróneas: significa que los valores afianzados desde la tentativa de universalidad y progresividad de los derechos humanos, todavía tiene que bregar de cara a los desafíos de prácticas consuetudinarias que agravan principalmente a mujeres y niñas, desde una idea esencial que es el respeto a la diversidad cultural -que no alcanza a esgrimir que no todo lo que practican los pueblos originarios es defendible-. Se trata de una cuestión de las más difíciles para la cultura de los derechos humanos y la construcción democrática de las sociedades de los libres e iguales, pues queda expuesta de inmediato la difícil pregunta sobre lo que es o no defendible en algún espacio cultural en cualquier parte de la tierra y a quién le debe corresponder la tremenda encomienda de dilucidarlo.

Pues bien, el orden normativo dual que venimos citando, permite la convergencia de los dos ámbitos jurídicos clásicos que hacen sus respectivas aportaciones en el campo de los derechos humanos y la tarea de control del poder al seno del Estado constitucional, y es así como ahora, el constitucionalismo -idea matriz de cualquier esbozo a favor de los seres humanos-, debe juntar sólidamente los dos ámbitos competenciales que históricamente se disputaron la primacía. Para nosotros es claro que el orden jurídico internacional no pugna con el espacio de soberanía y decisión de los Estados; en el entendido de que el único y gran valor que se debe defender desde cualquier trinchera, es la dignidad humana, derecho internacional y derecho interno tienen que servir para la configuración de los escenarios más plausibles en la evolución de los derechos humanos y la consolidación de sus mecanismos de aseguramiento.

Este es el nuevo rostro del constitucionalismo de nuestro tiempo. En América latina se ha desarrollado la idea de que la Corte Intera-

mericana de Derechos Humanos es un camino más para la vigencia de los derechos humanos, y esto que se ha llamado la convencionalidad, es un tipo de control metaestatal, regional, que pugna por la observancia y respeto de los derechos humanos en todos los Estados que han aceptado la jurisdicción contenciosa de este Tribunal supranacional. No han faltado las discusiones e incluso la oposición de magistrados y/o jueces integrantes de las Cortes y/o Tribunales constitucionales de la región que se han manifestado frente a lo que en ciertas decisiones, califican como un exceso de parte de los jueces de la referida Corte Interamericana. Sin embargo, y aun a pesar de la oposición y debates que hemos citado, lo cierto es que la Corte Interamericana cumple una función indiscutible que hace evidente el desaseo y el abuso de poder en los casos puestos a su consideración y en los que emite sentencias contra los Estados demandados.

En nuestra perspectiva, esta idea de la convencionalidad no debe entrar en pugna con las competencias nacionales (domésticas como también se les llama) de los Tribunales y Cortes nacionales. Las decisiones de los Tribunales de cada país y las de la Corte Interamericana deben constituir lo que se ha llamado un *ius commune latinoamericano*; sin duda, se trata de la mayor apuesta para el desarrollo de un acervo cultural de efecto vinculante para la garantía de los derechos humanos en toda la región.

Este escenario que se refiere concretamente a Latinoamérica, es idéntico a lo que se puede decir de Europa y África y -a pesar de que no lo han desarrollado como es deseable- de la región Asiática e incluso de Oceanía (que tal vez no lo necesite o lo necesite menos). Ningún país se puede ni se debe sustraer de la obligación de atender y cumplir satisfactoriamente con los derechos humanos en su ámbito competencial; ahora todos deben tener la mirada puesta en lo que acontece más allá de su espacio de decisión; *id. est.*, la soberanía del Estado (su potestad) y la supremacía de la Constitución, antes que ser utilizadas como alegato para el uso de la fuerza y el imperio sobre los habitantes, deben servir como fundamento y razón a favor de la dignidad humana, y deben servir para construir racionalmente los argumentos que sin menoscabo de la capacidad de decisión de cada espacio local, abonen a la construcción de los escenarios deseables, óptimos y accesibles para ser más humanos en cualquier lugar de la tierra.



Esta es una de las tareas más apremiantes del constitucionalismo de hoy; superar desde su origen el abuso del poder al interior del Estado; cumplir con los valores cimentados desde la doctrina y la cultura de los derechos humanos; ir más allá de las elementales actividades que a cada Estado le corresponden para asumir compromisos desde la solidaridad internacional y desarrollar un nuevo canon de constitucionalismo internacional, se nos presentan como el gran desafío del constitucionalismo para los próximos años. El constitucionalismo “cosmopolita”, la supremacía constitucional y su relación inextricable con las sociedades multiétnicas y complejas, tienen que empezar a eslabonar los temas de interés común y las directrices de los derechos humanos desde la dignidad –concepto insuperable e irreductible de todos estos afanes–.

Ahora que enfrentamos problemas metaestatales como la pandemia por Covid-19 el constitucionalismo debe alejarse de los formalismos y los discursos normativos para insertarse en una dinámica de construcción constitucional internacional y cosmopolita, capaz de leer oportunamente los fenómenos que se configuran como cuestiones de *natura* constitucional, que el derecho debe impulsar, aprehender y garantizar.



# Nuevas orientaciones en las formas de gobierno

GIORGIO SOBRINO<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. NOTAS INTRODUCTORIAS: LOS CAMBIOS EN LA FORMA DE GOBIERNO ITALIANA DESDE 1993; EL CONCEPTO DE FORMA DE GOBIERNO EN LA LITERATURA JURÍDICA ITALIANA Y EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN AQUÍ SEGUIDO. II. LOS ELEMENTOS MATERIALES DE LA FORMA DE GOBIERNO ITALIANA EN EL PERÍODO POSTERIOR A 1993: CARACTERÍSTICAS Y EVOLUCIÓN. 1. El sistema de partidos (dinámicas posteriores a la celebración de las elecciones). 2. La formación de los gobiernos y la relación de confianza Parlamento-Gobierno (instauración y acontecimientos posteriores) 3. Las crisis de gobierno y la disolución anticipada de las cámaras 4. El papel político-constitucional del gobierno y su relación, en especial, con los órganos de garantía. III. LAS TENDENCIAS GENERALES DE LA FORMA DE GOBIERNO EN ITALIA DESPUÉS DE 1993; EL SURGIMIENTO AL PRIMER PLANO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. IV. UNA EVALUACIÓN DE SÍNTESIS: LA FORMA DE GOBIERNO ITALIANA DESDE 1993 HASTA HOY Y SU ENCAJE EN LAS «SUBCATEGORÍAS» TÍPICAS DE LA FORMA DE GOBIERNO PARLAMENTARIA. V. LA INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA FORMA DE GOBIERNO Y LA RELACIÓN ENTRE ESTAS NORMAS FORMALES Y LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES. VI. UN PERÍODO MARCADO POR PROPUESTAS DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN FORMA DE GOBIERNO.

## I. NOTAS INTRODUCTORIAS: LOS CAMBIOS EN LA FORMA DE GOBIERNO ITALIANA DESDE 1993; EL CONCEPTO DE FORMA DE GOBIERNO EN LA LITERATURA JURÍDICA ITALIANA Y EL MÉTODO DE INVESTIGACIÓN AQUÍ SEGUIDO

En el ámbito de una investigación dedicada a los cambios constitucionales en tiempos de transición, es realmente conveniente una reflexión sobre los cambios –y sobre las nuevas orientaciones– que han afectado a la *forma de gobierno* en Italia, al menos desde 1993.

---

1 Investigador de Derecho Constitucional de la Universidad de Turín. El texto retoma y actualiza las consideraciones hechas en: G. Sobrino, *La forma di governo*, en *Vent'anni di Costituzione (1993 - 2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, a cura di S. Sicardi, M. Cavino e L. Imarisio, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 63 - 149.

La evolución de la forma de gobierno representa, de hecho, un elemento central del aspecto constitucional italiano desde 1993 hasta la actualidad, imprescindible para aquellos que tengan la intención de analizar desde un punto de vista constitucional este período, muy controvertido, de la historia de la República. En 1993 – y más exactamente, como se verá más adelante, el 18 de abril de 1993, fecha de realización del referéndum popular que determinó la derogación (con una amplísima mayoría) de la ley electoral de tipo proporcional que había regulado la celebración de las elecciones en Italia desde los albores de la República – marca, en este sentido, una fecha «divisoria» en las reconstrucciones de la literatura jurídica: la caída del sistema de partidos tradicionales y la aparición en la escena política de elementos completamente nuevos, «con vocación mayoritaria» (primero Forza Italia de Silvio Berlusconi<sup>2</sup>), marcó el inicio<sup>3</sup> de una larga fase de *transición* de la forma de gobierno italiana hacia una estructura diferente de la de décadas anteriores, y con connotación (parlamentaria) *mayoritaria*<sup>4</sup>.

Este período de transición –como también se verá en el transcurso de este capítulo– ha encontrado otro punto de unión después de veinte años, con las elecciones de 2013 y la entrada en el Parlamento (no menos perjudicial en cuanto a características y efectos) del Mo-

---

2 El cual representa el protagonista político principal de al menos veinte años de historia republicana italiana, 1993-2013.

3 Junto con otros factores de los cuales no se pretende, de ningún modo, disminuir su relevancia: en especial, las investigaciones judiciales conocidas como «Tangentópolis»; la crisis monetaria de 1992; las matanzas de la mafia; y –en el contexto supranacional– el final de la denominada «guerra fría» y la contraposición de los Estados en dos «bloques» (en este sentido véase P. Ginsborg *L'Italia del tempo presente. Famiglia, società civile, Stato. 1980 - 1996*, Torino, Einaudi, 1998, pp. 481 ss.).

4 A este preciso eje –político y jurídico– hacen referencia expresiones como «revolución constitucional» (C. Fusaro, *La rivoluzione costituzionale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1993) o los más comunes «Primera» y «Segunda República», utilizados por los medios de comunicación –aunque también, parcialmente, la reflexión constitucionalista– después de 1993 (G.U. Rescigno, *A proposito di Prima e Seconda Repubblica*, en «Studi parlamentari e di politica costituzionale», 1994, n. 1, pp. 5 y ss.; M. Ainis, *La forma di governo della Terza Repubblica*, en «Quaderni costituzionali», 2019, n. 1, pp. 111 y ss., que también habló, precisamente, de la «Tercera República», con referencia a la fase político-constitucional iniciada en 2013, de la cual se habla a continuación en el texto).

vimiento 5 Stelle, fundado por Beppe Grillo: esto determinó el final del «bipartidismo», basado en la competición entre una coalición de partidos de naturaleza conservadora (de «centro-derecha», liderada constantemente por Silvio Berlusconi) y una de partidos de naturaleza progresista (el «centro-izquierda», liderado, en cambio, por líderes diferentes con el tiempo)<sup>5</sup>. Este final fue «certificado» posteriormente en el plano normativo por las sentencias núm. 1/2014 y núm. 35/2017 del Tribunal Constitucional, que han declarado como constitucionalmente ilegítimas (y por ello suprimidas del ordenamiento) las modificaciones realizadas en la ley electoral en 2005 y en 2015, estando encaminadas ambas a consolidar el sistema mayoritario, y por la consiguiente reforma electoral de 2017<sup>6</sup>, con lo que el legislador ha (re-) introducido un sistema electoral «mixto» con una cuota predominante de escaños asignados, sin embargo, con método proporcional<sup>7</sup>.

Por último, las elecciones políticas del 4 de marzo de 2018 y los acontecimientos posteriores han abierto una fase político-institucional especialmente fluida y compleja, en la que la forma de gobierno parlamentaria italiana parece exhibir características propias del periodo *anterior a 1993* –en primer lugar «el multipartidismo exasperado»<sup>8</sup> y la extrema inestabilidad de los Gobiernos<sup>9</sup>–, ocasionando,

- 
- 5 En este sentido véase M. Ainis, *op. ult. cit.*, para quien “en 2013 resurge ... la nueva geografía política italiana ...: tres grandes minorías, articuladas una contra la otra. Derecha, izquierda, 5 Estrellas, separados por pocos puntos porcentuales. Por lo tanto, un sistema tripolar»; A. Spadaro, *L'evoluzione della forma di governo. Dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, en «Quaderni costituzionali», 2019, n. 1, p. 85, que divide la historia republicana italiana en tres fases «caracterizadas por el cambio [de la] *ley electoral* y [del] *sistema de partidos*»: 1948-1992; 1993-2017; 2018-hoy; así como S. Cassese, *Con il governo è cambiata anche la forma di governo?*, en «Quaderni costituzionali», 2019, n. 1, p. 117.
- 6 Ley n. 165/2017, conocida en Italia como “*Rosatellum*” por el nombre del parlamentario proponente, en. Rosato.
- 7 Se trata, precisamente, de 193 escaños en el Senado y de 386 escaños en la Cámara, correspondientes –para ambas cámaras– alrededor de dos tercios de los escaños totales.
- 8 Aludiendo a una conocida definición de Leopoldo Elia (en *Forme di Stato e forme di governo*, en S. Cassese (por) *Dizionario di diritto pubblico*, Miláno, Giuffrè, 2006, p. 2603), a la que se volverá en breve.
- 9 Un año y medio después de las elecciones ya ha habido dos gobiernos, apoyados

además, problemas en parte nuevos (y a su vez relevantes a efectos de la connotación de la propia forma de gobierno), sobre lo que se están preguntando hoy en día los constitucionalistas<sup>10</sup>.

El análisis de la forma de gobierno y sus dinámicas evolutivas representa, por lo tanto, en algunos aspectos un punto de observación privilegiado del *tiempo de transición* que ha vivido –y sigue viviendo aún– el sistema constitucional italiano<sup>11</sup>, en el marco de fenómenos caracterizados a estas alturas por una dimensión supranacional significativa, como destaca este volumen. En este contexto, esta contribución tiene por objeto describir los cambios producidos en la forma de gobierno en Italia, y las *nuevas orientaciones* surgidas en este sentido, centrándose el análisis – por las razones indicadas anteriormente – en el período de *después de 1993* (salvo, obviamente, las alusiones a la experiencia del período anterior que sean necesarias, sobre todo en clave de comparación).

En lo que se refiere al análisis es necesario, en primer lugar, dar cuenta de la *noción de forma de gobierno* consolidada en la doctrina constitucionalista italiana –y, por lo tanto, asumida como base del tratamiento– y, por otro lado, del *método* seguido en esta investigación.

En cuanto a la noción de forma de gobierno, hay que hacer referencia a la definición elaborada en los años setenta del siglo pasado por Mortati y Elia<sup>12</sup> (sobre la cual aún hay un amplísimo consenso):

---

por dos mayorías políticas diferentes (presididos, en cambio, –de manera insólita en referencia a este hecho político– por el propio Presidente del Consejo, Giuseppe Conte).

- 10 Véase, en especial, B. Caravita, *I Governi Conte: aspetti problematici di diritto costituzionale*, en «Osservatorio A.I.C.» ([www.osservatorioaic.it](http://www.osservatorioaic.it)), 2019, n. 5, así como las diferentes contribuciones recogidas en «Quaderni costituzionali», 2019, n. 1 (en parte citados *infra*), espec. pp. 77 ss.
- 11 Véase, entre las muchas posibles referencias, A. Spadaro, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., p. 90, para quien Italia aún está... hoy «en plena *transición*, sin saberse todavía bien hacia dónde».
- 12 C. Mortati, *Le forme di governo*, Padua, Cedam, 1973 (que recupera algunos estudios anteriores); L. Elia *Governo (forme di)* en *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1970, vol. XIX, pp. 634 y ss.; Id., *Forme di Stato e forme di governo*, Cit., P. 2600.

la forma en que se distribuyen las funciones políticas<sup>13</sup> entre los diferentes órganos del Estado y (en segundo lugar) las relaciones que existen entre ellos, en base a las reglas del ordenamiento considerado (en particular las bases constitucionales)<sup>14</sup>.

A partir de esta noción general, la literatura jurídica italiana ha propuesto diferentes *clasificaciones* de las formas de gobierno –y, por tanto, «tipos» de formas de gobierno, a utilizar como modelos para analizar las formas de gobierno históricas (incluyendo aquella italiana en los diferentes períodos)–, valorando uno u otro elemento de discreción. En especial, Elia<sup>15</sup> –basándose en el criterio de la relación entre el poder legislativo y el ejecutivo y (de manera correlativa) del modo de investidura del ejecutivo– ha distinguido las formas de gobierno en cuatro tipos: la parlamentaria; la presidencial<sup>16</sup>; la semipresidencial (o, más precisamente, «en componentes presidenciales y par-

---

13 O «de dirección política»: el subrayado de la relación con la «dirección política» de las funciones y de los órganos en cuestión es una constante en las definiciones de la literatura jurídica (además de Mortati y Elia, véase, por ejemplo, M. Volpi, *Forme di governo* en *Glossario di diritto pubblico comparato*, por L. Pegoraro, Roma, Carocci, 2009, p. 142; M. Luciani, *Governo (forme di)* en *Enciclopedia del diritto - Annali III*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 540; A. Di Giovine, *Le forme di governo*, en *Diritto costituzionale comparato*, por P. Carrozza, A. Di Giovine y G. F. Ferrari, Roma – Bari, Laterza, 2009<sup>1</sup>, p. 705; G. Amato, *Forme di Stato e forme di governo*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 15).

14 Más precisamente, según la última definición dada por Elia (en *Forme di Stato e forme di governo*, Cit., p. 2600), la forma de gobierno es el «[modo] en el que se estructura y expresa el conjunto de los órganos supremos de dirección política suprema del Estado». En un sentido análogo, A. Di Giovine, *Le forme di governo*, cit., p. 705, según el cual se trata de las «reglas que rigen la asignación del poder político entre los órganos constitucionales del Estado, al que compete la decisión de la dirección política [y de las] relaciones que se establecen entre ellos».

15 En el escrito *Governo (forme di)*, cit., pp. 634 y ss., recuperado – más recientemente en *Forme di Stato e forme di governo*, cit., pp. 2601 ss. Para otra clasificación útil, actualizada según los últimos desarrollos del derecho comparado, véase A. Di Giovine, *Le forme di governo*, cit., pp. 707 ss.

16 Según Elia, en la forma de gobierno parlamentaria la relación entre el poder legislativo y el ejecutivo es de «continuidad» (el ejecutivo es «*adopción permanente*» del Parlamento, observó este autor del escrito enciclopédico de 1970, citado anteriormente, con una expresión que ha tenido una gran fortuna en la literatura jurídica posterior), mientras que en la forma de gobierno presidencial es de «rígida separación»: *Forme di Stato e forme di governo*, cit., p. 2601.

lamentarios»<sup>17</sup>); la directorial. La forma de gobierno parlamentaria, a su vez, fue dividida por Elia en tres diferentes «variantes» (se pueden encontrar, en concreto, según este autor, en los ordenamientos que lo prevén): el parlamentarismo «con bipartidismo rígido»; aquel «con multipartidismo»; finalmente, «con multipartidismo exasperado»<sup>18</sup>. Esta distinción adicional es consecuencia de la importancia primordial que Elia atribuía al sistema de partidos a efectos de la conformación de las formas de gobierno (aspecto al que volveremos en breve). Otro estudioso, Pinelli<sup>19</sup>, más recientemente –recuperando una distinción del ya citado Mortati<sup>20</sup> y utilizando el criterio de discreción del órgano provisto de investidura popular directa– ha planteado, en cambio, una bipartición de las formas de gobierno: las «monistas», caracterizadas por la elección popular única del parlamento (forma de gobierno parlamentaria y directorial); las «dualistas», caracterizadas, en cambio, por la elección popular tanto del parlamento como del presidente (forma de gobierno presidencial y aquella –que Pinelli define «parlamentaria» como aquella “monista” indicada anteriormente– en la que también el presidente es elegido por el pueblo, pero se asiste a una relación de poder «invertida» entre este órgano y el circuito parlamento-gobierno con respecto al presidencialismo “puro”<sup>21</sup>).

En relación a estas clasificaciones generales, cabe señalar que la forma de gobierno italiana en su dimensión histórica-real se ubica, según Elia, hasta el año 1993 en la categoría (o «variante») del parlamentarismo «con multipartidismo exasperado». En cambio, en el

---

17 L. Elia, *Governo (forme di)*, cit., pp. 634 ss.; A. Di Giovine, *Le forme di governo*, cit., p. 728.

18 En este sentido, Elia menciona respectivamente –como experiencias constitucionales en las que se han concretizado las tres «variantes» del parlamentarismo– el sistema inglés; los ordenamientos alemán y español; finalmente, en cuanto al «multipartidismo exasperado», la IV República Francesa (1946/1958) y el sistema italiano anterior a 1993 (y a la llegada del «bipolarismo de investidura»: L. Elia, *Forme di Stato e forme di governo*, cit., p. 2603).

19 C. Pinelli, *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Napoli, Jovene, 2009<sup>2</sup>, pp. 149 ss.

20 C. Mortati, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, Cedam, 1973, pp. 145 ss.

21 La forma de gobierno semipresidencialista de la clasificación de Elia (típica, en especial, de la V República Francesa), es, por lo tanto, relacionada aquí con una «variante dualista» del parlamentarismo.



período «posterior al referéndum de 1993» (ya mencionado) «la nueva legislación electoral italiana ha estimulado un *bipolarismo de investidura* con resultados nada despreciables con respecto al período más decadente de la denominada Primera República»<sup>22</sup>: entonces se plantea el problema de entender si los acontecimientos político-constitucionales que han ocurrido desde aquella fecha hasta nuestros días han determinado o no el paso de la forma de gobierno a otra «variante» de parlamentarismo<sup>23</sup> (en este sentido véase abajo, en especial § 4). En cambio, con respecto a la taxonomía propuesta por Pinelli, es indiscutible la atribución de la forma de gobierno italiana –tanto antes como después del punto de inflexión de 1993– a las formas de gobierno «monistas» caracterizadas, como hemos visto, por la elección popular solamente del parlamento<sup>24</sup>.

Por otra parte, también hay que recordar, en esta parte introductoria –mencionando otra literatura jurídica autorizada<sup>25</sup>–, las limitaciones inherentes a las clasificaciones generales, como aquellas expuestas anteriormente. Estas, de hecho, ya que se basan en la «tipificación» de elementos presentes en realidades político-constitucionales, a menudo muy diferentes entre sí, y por ello están obligadas a considerar «variables» concretas numerosas y heterogéneas, experimentan a menudo – en el paso del análisis abstracto al examen efectivo de los sistemas políticos–, una excesiva rigidez, lo que compromete la utilidad práctica<sup>26</sup>. Esto se

---

22 L. Elia, *Forme di Stato e forme di governo*, cit., p. 2603.

23 Si no –incluso– a *otro tipo* de forma de gobierno, no calificable como «parlamentaria»: véase, en especial, más abajo de § 3, en relación a la tendencia a la aparición en primer plano (en especial en la última parte del período aquí considerado) del *Presidente de la República*.

24 Desde este punto de vista, la taxonomía de Pinelli resulta ser menos útil, objetivamente, para ubicar y comprender las mutaciones que, de hecho, han afectado a la forma de gobierno en Italia en los últimos veinticinco años.

25 La referencia es a Massimo Luciani y, más precisamente, a su artículo *Governo (forme di)*, cit., pp. 553 ss. Más recientemente, véase la crítica de S. Cassese, *Con il governo è cambiata anche la forma di governo?*, cit., p. 116.

26 Recientemente, por otra parte, Mario Dogliani ha recordado de manera útil (en Id., *C'è ancora posto per il diritto costituzionale in tema di forma di governo?*, en «Quaderni costituzionali», 2019, n. 1, pp. 119 ss.) que los modelos de las formas de gobierno, además de ser un «*strumento óptico*» para analizar las diferentes formas de gobierno históricas, realizan una función *ad docendum* tanto en dis-

desprende precisamente del análisis de la experiencia italiana, que, en el período posterior a 1993, se caracterizaba por acontecimientos contradictorios y, por tanto, por una alta fluidez: es difícil y no unívoca su ubicación en una de las categorías abstractas mencionadas anteriormente (sobre este punto véase más abajo, en especial, § 4). De acuerdo con Luciani, en especial, a una reconstrucción de la forma de gobierno basada en modelos y clasificaciones abstractas es preferible el análisis de la experiencia de las formas de gobierno históricas (el parlamentarismo inglés, el semipresidencialismo de la V República Francesa, etc.), para poder sacar de ellas después algunos «elementos» relevantes y comparar la disciplina relativa en los diferentes ordenamientos positivos<sup>27</sup>.

Pasando ahora (en estrecha correlación con esta última anotación) al aspecto del *método* de análisis de la forma de gobierno –y por lo tanto de la investigación aquí realizada–, la literatura jurídica italiana ha seguido enfoques diferentes dependiendo de la posición asumida en este problema teórico: si la naturaleza y la conformación real de una forma de gobierno dependen de las normas jurídicas de aquel determinado ordenamiento o de *otros elementos y factores*, como, por ejemplo, los «hechos políticos» y los «comportamientos» prácticos de los diferentes actores en juego (órganos del Estado, pero también otros sujetos). En otros términos (y más precisamente): la literatura jurídica se ha preguntado sobre qué incidencia tienen las normas jurídicas –las constitucionales en primer lugar– y los “hechos políticos” –u otros eventuales factores– sobre la connotación de la forma de gobierno de un ordenamiento constitucional particular.

---

cursos de derecho comparado, de ciencia política, de historia de las instituciones o de filosofía política, como en discursos de derecho positivo encaminados a identificar y describir la forma de gobierno declarada por la Constitución positiva. En este último caso, la función de *ad docendum* entra en aquella *ad iubendum*, ya que guía 1) la construcción de un *sistema de normas* escritas (uniéndolas conceptualmente) y 2) la investigación de – y la atribución de validez a –normas habituales en sentido estricto con las cuales integrar el mismo sistema (ya que pueden conectarse al mismo conceptualmente). Este sistema de normas, escritas y consuetudinarias, es la forma de gobierno positiva». Dogliani, en este sentido, se pregunta sobre la capacidad del derecho constitucional de «conformar» en sí la política –que representa el objeto–, expresando una posición pesimista.

27 *Ibidem*, pp. 583 ss. Para cuáles son, según Luciani, dichos «elementos» de análisis, véase un poco más adelante en el texto.

Específicamente, por una parte, Elia<sup>28</sup> (seguido por la mayor parte de los estudiosos<sup>29</sup>) ha propuesto un enfoque «realista» -o «factual»- a la investigación sobre la forma de gobierno, que se caracteriza por atribuir una importancia primordial a *hechos* (las prácticas, los precedentes, las «regularidades» recurrentes en el funcionamiento de un sistema institucional determinado) y al «*contexto político*» con respecto a las normas que regulan abstractamente las relaciones entre los órganos constitucionales. Los «hechos» -entendidos así- según Elia son, emblemáticamente, «*situaciones que condicionan*» la forma de gobierno<sup>30</sup>; entre estas la más importante es el sistema de partidos: «las formas de gobierno del estado democrático ya no pueden clasificarse ni estudiarse, incluso desde el punto de vista jurídico, prescindiendo del «sistema de partidos»<sup>31</sup>. Por otra parte, Luciani<sup>32</sup>, en especial - basándose en la tesis por la cual la categoría de la «forma de

- 
- 28 En el ejemplar del artículo publicado en 1970 en la *Enciclopedia del diritto*: L. Elia, *Governo (forme di)*, cit., pp. 638 ss.; pero, véase también, posteriormente, el posterior desarrollo en Id., *Forme di Stato e forme di governo*, cit., pp. 2600 ss. Sobre el enfoque de Elia relativo a los problemas jurídicos en general -definido por él mismo «realismo crítico»- véase M. Dogliani, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, en «Diritto pubblico», 2008, n. 3, pp. 899 ss.
- 29 Véase, en especial, L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1998<sup>3</sup>, pp. 67 ss.; G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, Milano, Giuffrè, 1984, tomo II, pp. 270 ss.; S. Mangiameli, *La forma di governo parlamentare. L'evoluzione nelle esperienze di Regno Unito, Germania e Italia*, Torino, Giappichelli, 1998.
- 30 Esta definición ha sido expresada por el ilustre estudioso en su último trabajo sobre este tema: L. Elia, *Forme di Stato e forme di governo*, cit., p. 2600. En el escrito *Governo (forme di)*, cit., de 1970 (en especial, en las pp 638-642.) Elia había hablado en este sentido -en vez de «situaciones condicionantes»- incluso de «*elementos constitutivos*» de la forma de gobierno: por lo tanto, sobre este punto ha habido una evolución en su pensamiento.
- 31 L. Elia, *Governo (forme di)*, cit., pp. 638 ss. En especial, en lo que respecta a Italia, los artículos. 49, 72 y 82 de la Constitución «presuponen una pluralidad de partidos y de grupos parlamentarios», los cuales representarán, por ello, una «condición de hecho de importancia legal inmediata». Precisamente a partir de este enfoque teórico llega, en particular, la «subclasificación interna» de la forma de gobierno parlamentaria - por parte de Elia - en las tres «variantes» «con bipartidismo moderado» y «con multipartidismo exasperado», a las cuales se ha hecho referencia anteriormente.
- 32 M. Luciani, *Governo (forme di)*, cit., pp. 551 ss. y, en especial, 553 ss.

gobierno» se identifica exclusivamente con la «estructura» de las relaciones entre los poderes y los órganos constitucionales<sup>33</sup>, mientras que el funcionamiento del sistema de partidos y las prácticas político-constitucionales representan el simple «contenido material» –, ha propuesto un método de análisis según el cual: -1) las normas formales y las prácticas (es decir, la «estructura» y el «contenido» de lo que se dice) deben mantenerse bien distinguidas en la investigación de una forma de gobierno determinada, atribuyéndose una importancia definitoria y «calificadora» a la propia forma de gobierno<sup>34</sup> solo en las primeras<sup>35</sup>; -2) dichas normas y prácticas (o «normas» y «hechos políticos») deben entenderse como «*las variables recíprocamente dependientes*», que *contribuyen* para determinar (no ya las «formas de gobierno» en sí, sino más bien) las «experiencias jurídico-políticas concretas». «El funcionamiento efectivo de un sistema político-institucional depende de una serie de factores materiales, y no menos de las reglas formales de su funcionamiento; sin embargo, así como los factores materiales que condicionan el resultado aplicativo de las reglas formales, aquellas reglas formales constituyen las condiciones de posibilidad de las estrategias concretas de los actores políticos del sistema... Para la compren-

---

33 «El conjunto», es decir, «*las normas jurídicas* de las relaciones entre los poderes y órganos constitucionales titulares de las atribuciones decisorias de carácter político» (que son «precisamente jurídicas ya que son positivamente vinculantes»): *ibidem*, p. 540.

34 Entendida, precisamente, «en abstracto», como «estructura» de las relaciones entre los poderes y los órganos constitucionales de un ordenamiento determinado.

35 Según Luciani «todo aquello que está fuera de la forma, del dato específicamente normativo, no puede ser un elemento de aquella misma forma, sino que debe ser colocado sobre el plano, diferente, del «*sistema político-institucional*». Un plano, este, que ... no es en absoluto ajeno al estudioso de derecho constitucional, pero que, sin embargo, requiere criterios analíticos diferentes de aquel preparado para la clasificación de las formas de gobierno. En definitiva: si la forma de gobierno como «forma» debe tener aún un significado, este solo puede unirse al dato normativo y debe mantenerse lejos de todos los otros» (M. Luciani, *Governo (forme di)*, cit., p. 556). En especial, no pueden considerarse en el análisis de la forma de gobierno los partidos y los sindicatos (ya que no están «incorporados» en los poderes y órganos constitucionales según el artículo 134 de la Const.), que, en cambio, son centrales –como se ha visto– en la configuración analítica de Elia.

sión del objeto en su unidad (es decir, de las experiencias concretas, históricas, jurídico - políticas) [es] indispensable la referencia tanto a la estructura como al funcionamiento»<sup>36</sup>.

Entre estos diferentes enfoques metodológicos, en este artículo nos moveremos –por así decirlo– sobre un plano «intermedio», que pretende valorizar aquello que parece el punto de contacto entre ellos<sup>37</sup>. De hecho, los dos enfoques –más allá de sus diferentes premisas definitorias y, precisamente, de método –, parecen converger en la idea de que para cada «forma de gobierno histórica» es el resultado de la *interacción* entre las normas jurídicas y los hechos (o los «elementos», o «factores») materiales de aquel determinado sistema político, y viceversa. Esta interacción tiene características y «direcciones» diferentes según el caso (es decir, dependiendo del ordenamiento constitucional considerado), y según el periodo histórico (dentro de un mismo ordenamiento constitucional). Por lo tanto, el examen de la forma de gobierno italiana del período posterior a 1993 se articulará en dos pasos principales:

- 1) en primer lugar (§§ de 2 - 4), en la investigación de las características y de la evolución concreta, durante este arco de

---

36 M. Luciani, *Governo (forme di)*, cit., p. 566 s.

37 Como, por otra parte, parece hacer la literatura jurídica en Italia, que, en el análisis de la forma de gobierno, tiende a «integrar» las dos enfoques: véase en especial, G. Amato, *Forme di Stato e forme di governo*, cit., en especial las pp. 22 ss.; A. Di Giovine, *Le forme di governo*, cit., p. 706 y pp. 716 ss.; R. Cherchi, *La forma di governo: dall'Assemblea costituente alle prospettive di revisione costituzionale*, en «Costituzionalismo.it» ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 2008, n. 3; por último A. Spadaro, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., pp. 77 s.; en cuanto al análisis de aspectos específicos de la forma de gobierno, por ejemplo, A. Ruggeri, *Le crisi di governo tra "regole" costituzionali e "regolarità" della politica*, en *Le crisi di Governo nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. Atti di un Convegno*, Catanzaro 22 y 23 de octubre de 1999, por L. Ventura, Torino, Giappichelli, 2001, en especial las pp. 35 ss.; P. Costanzo, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, en «Consulta on line» ([www.giurcost.org/studi/CostanzoMessina.htm](http://www.giurcost.org/studi/CostanzoMessina.htm)), 2010, en especial §§ 7 - 8; L. Carlassare, *Presidente della Repubblica, crisi di governo e scioglimento anticipato delle Camere*, en *Il Presidente della Repubblica*, por M. Luciani y M. Volpi, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 123 ss.; R. Cherchi, *Le crisi di Governo tra Costituzione ed effettività*, en «Costituzionalismo.it» ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 2011, n. 1.

tiempo, de determinados «*elementos materiales*» del sistema político-institucional italiano (aquellos que son objeto de examen más frecuente en la literatura constitucional): -a) el sistema de partidos; -b) la formación de los gobiernos y la relación de confianza parlamento-gobierno (su instauración y los acontecimientos posteriores); -c) la crisis de los gobiernos y la práctica de la disolución anticipada de las cámaras; -d) el papel del gobierno y su relación, en especial, con los órganos de garantía. Como sugieren las enseñanzas de Elia, dichos elementos –y las tendencias generales de su evolución, que serán objeto de evaluación específica (en el § 4)– resultan ser especialmente importantes para la conformación (sobre todo) de una forma de gobierno parlamentaria<sup>38</sup>, como la italiana;

- 2) en segundo lugar (§§ 5 - 6), en el análisis de cómo *las disposiciones constitucionales* en la forma de gobierno en Italia (artículos 55 y siguientes de la Carta, y en especial el artículo 92 y siguientes) han sido interpretadas por los actores políticos e institucionales siempre después de 1993; y correlativamente, de la *relación* que se ha determinado entre estas normas formales y los «hechos políticos» más relevantes de dicho período. Como destaca, esta vez, el enfoque de Luciani, dicha relación (específica) es lo que determina en concreto – como hemos visto anteriormente – la forma de gobierno<sup>39</sup> objeto de atención.

En esencia (y para traducir del modo más concreto los dos pasos analíticos recién expuestos): se intentará entender si los eventos –y las indudables *mutaciones*– que han afectado al sistema político

---

38 En este sentido, por ejemplo., A. Di Giovine, *Le forme di governo*, cit., p. 716, ha manifestado que «para dar una representación de una forma de gobierno lo más cercana posible a su funcionamiento concreto no nos podemos limitar a considerar los datos jurídicos que la disciplinan, sino que hay que tener en cuenta el «ambiente» en el que operan. ... La observación histórico-comparativa enseña que la forma de gobierno parlamentaria ha convivido y/o convive con las estructuras de partido más diferentes ... y con una amplia gama de sistemas electorales; además, en ella tanto el Parlamento como el Gobierno y su cúpula pueden asumir papeles y *estatus* diferentes, y también el papel del Jefe de Estado ... se mueve dentro de una banda de oscilación bastante amplia».

39 Para Luciani –más precisamente- la «*experienci[a] concret[a] jurídico-polític[a]*»: Id., *Governo (forme di)*, cit., p. 566 s.

y la práctica de los órganos constitucionales en Italia después de la fecha -«divisoria» de 1993 *han comportado un cambio de la forma de gobierno, entendida como una «estructura» formal de las relaciones entre los órganos constitucionales*; y si es así, en qué sentido. En especial, habrá que aclarar si (y también aquí, en qué términos) las normas establecidas por la Constitución italiana sobre la forma de gobierno han sido condicionadas, en su interpretación y aplicación, por –o han condicionado a su vez la– evolución del sistema político de estos años; y esto también con referencia a los numerosos proyectos de reforma de dichas normas que, como también se discutirá (en el § 6), fueron presentados por las diferentes fuerzas políticas a lo largo de estos veinticinco años, que se basan en una evaluación sustancial de la «obsolescencia» del dictado constitucional original ante –precisamente– el cambio del marco político ocurrido entretanto.

## II. LOS ELEMENTOS MATERIALES DE LA FORMA DE GOBIERNO ITALIANA EN EL PERÍODO POSTERIOR A 1993: CARACTERÍSTICAS Y EVOLUCIÓN

### 1. El sistema de partidos (dinámicas posteriores a la celebración de las elecciones)

Empezando entonces el análisis por el (l «*elemento material*» -) *sistema de partidos*, es necesario suponer que este se considera solo en los aspectos más directamente relacionados con la forma de gobierno: las modalidades de estructuración y la estructura de los partidos *después de la celebración de las elecciones políticas*; el comportamiento de los mismos dentro de las coaliciones; correlativamente, la contribución y el «peso» de los partidos y de las coaliciones en la asunción de las decisiones políticas de mayor calado<sup>40</sup>.

---

40 En cambio, en esta fase no se afrontan directamente los aspectos relativos a la relación entre el sistema de partidos y las normas electorales (que también revisten, evidentemente, mucha importancia), es decir, todo aquello que afecta *al momento electoral* y las fases y dinámicas que le preceden. Dichos aspectos merecerían un trato aparte, que escapa de los límites de este artículo.

Precisado esto, se observa que este elemento, en el período posterior a 1993, presenta dos tendencias evolutivas principales, sin duda, innovadoras con respecto a la larga fase de historia republicana anterior (de 1948 a, precisamente, 1992-1993)<sup>41</sup>. En primer lugar – y haciendo referencia al marco del sistema de partidos como tal –, la *transformación radical* debida a la desaparición (súbita y, en algunos aspectos, dramática<sup>42</sup>) de los principales partidos que habían caracterizado la escena política italiana desde el final de la Segunda Guerra Mundial y, por otra parte, al surgimiento de partidos políticos nuevos, que intentan «ocupar» dicha escena política y recoger la herencia y el consenso electoral de los primeros.

Desde 1948 hasta los años ochenta el sistema político italiano se caracterizaba principalmente por el «multipartidismo exasperado»<sup>43</sup> –presencia de muchos partidos, algunos de los cuales con un consenso electoral muy bajo, beneficiados por una ley electoral de tipo rígidamente proporcional– y por la denominada «*conventio ad excludendum*» ante el Partido Comunista, con base en la cual este (por razones inherentes al orden de las relaciones internacionales durante el período de la «guerra fría») no podía acceder, de hecho, al gobierno<sup>44</sup>.

---

41 Para una presentación eficaz de los eventos que han afectado a los partidos en Italia en el periodo de 1993, llevada a cabo desde un punto de vista histórico, véase P. Ginsborg *L'Italia del tempo presente*, cit., pp. 477 ss., en especial las pp. 526 ss.; S. Colarizi y M. Gervasoni, *La Tela di Penelope. Storia della Seconda Repubblica*, Roma - Bari, Laterza, 2012; *La qualità della democrazia in Italia (1992-2012)*, por L. Morlino, D. Piana y F. Raniolo, Bologna, Il Mulino, 2013.

42 Al estar estrechamente relacionada con investigaciones judiciales conocidas como «Tangentópolis», pusieron – en cuestión de pocos meses - al descubierto el «sistema» de corrupción y malversación presente en los partidos tradicionales desde los primeros años de historia republicana y llevaron a la detención y condena de sus líderes; y, así, pusieron al descubierto – de hecho – cincuenta años de historia republicana, que, a su vez, resultaron ser muy desacreditadas (en este sentido véase de nuevo P. Ginsborg *L'Italia del tempo presente*, cit., pp. 481 ss., en especial las pp. 501 ss.).

43 De lo cual, como se ha visto anteriormente, habla Elia.

44 A pesar de tener, sin embargo, un consenso electoral muy alto. Según R. Cherchi, en especial (*La forma di governo*, cit., § 3), «tres regularidades informales caracterizan el funcionamiento de la forma de gobierno hasta 1992: a.) *el Gobierno de coalición*, elección política de la DC en la primera legislatura y «necesidad institucional» a partir de la segunda; b) *la primacía de los partidos sobre los*



Entre 1991 y 1993, como resultado de las investigaciones judiciales contra la corrupción política conocidas como «Tangentópolis» y –por otro lado –del cambio del contexto internacional tras la caída de la Unión Soviética, se disuelven uno tras otro el Partido Comunista italiano, el Partido Socialista y la Democracia Cristiana (auténtico «baricentro» de la vida política en Italia durante más de cuarenta años); el vacío dejado, en especial, por los dos últimos partidos abre el camino para nuevos partidos políticos, como Forza Italia (fundada por Silvio Berlusconi después de su «salida a escena de 1994<sup>45</sup>), la Lega Nord (nacida solo unos pocos años antes), el Partido Popular y Alianza Nacional, heredera del Movimiento Social Italiano (que, durante la «Primera República», fue a su vez expresión de la herencia ideológica del fascismo). Además, la abolición de la ley electoral proporcional derivada del referéndum popular ya mencionado del 18 de abril de 1993, junto con, otra vez, el cambio del contexto geopolítico internacional, establecen las condiciones para una simplificación del marco político<sup>46</sup> y para la apertura del área de gobierno a los partidos

---

*parlamentarios* (y sobre las *delegaciones ministeriales*); c) la *conventio ad excludendum* ante el PCI...y el MSI».

- 45 Que, en retrospectiva, representa – incluso para el *mensaje* que era transmitido por Silvio Berlusconi, sobre su proyecto para la política y el gobierno del país – el auténtico momento de paso de la «Primera República» a la nueva fase.
- 46 Aunque –se recuerda– dicha simplificación demostrará ser, en *la prueba de los hechos*, muy lenta y gradual (se percibirá principalmente en la fase terminal del período aquí examinado, a partir de la XVI legislatura, 2008/2013) y, por otra parte, afectará más a *los grupos parlamentarios* (que tenderán a disminuir, a consecuencia de la presentación de las listas electorales en coaliciones impuesta por la legislación electoral) que a los partidos políticos reales. De hecho, la proliferación de partidos que había caracterizado, como ya se ha dicho en el texto, la primera parte de la historia republicana, no se detiene después de 1993 y, de hecho, se acentúa en algunos periodos (por ejemplo, en la XV legislatura, 2006/2008, con mayoría política de centro-izquierda): los partidos *cambian de naturaleza* con respecto al pasado, perdiendo su matriz ideológica y presentándose a menudo como partidos políticos efímeros e «irisados», sin gozar de una ubicación estable dentro del sistema político, sobre todo por estar indisolublemente unidos a la figura de un cierto *personaje político*; pero –precisamente en virtud de dichas características– siguen siendo numerosos. La legislación sobre la financiación (pública) de los propios partidos, y por otro lado, la legislación electoral (a pesar de su naturaleza global mayoritaria), favorecen, por otra parte, la formación de pequeños grupos políticos, y a menudo «condicionan» mucho las decisiones de los partidos más grandes y de

de la izquierda, herederos del Pci (Pds, Partito della Rifondazione Comunista y sobre todo el Partido Democrático)<sup>47</sup>. Otra transformación significativa –o al menos, evolución– del sistema de partidos se produce después a partir de 2013, con la irrupción en la escena política nacional del Movimento 5 Stelle fundado por Beppe Grillo (cuyos exponentes son elegidos en el Parlamento por primera vez, precisamente en 2013) y la crisis contextual de los dos principales partidos de la «Segunda República», Forza Italia por una parte y el Partido Democrático por la otra (de lo que hoy se están viendo las consecuencias políticas).

En segundo lugar –y siempre correlacionado con el cambio producido en el sistema electoral– surge la tendencia, igual de inédita en el contexto político italiano, a la «agregación de los partidos en coaliciones», que se forman *antes* de las elecciones y se proponen apoyar a un gobierno determinado durante toda la duración de la legislatura que vendrá. Esta tendencia, en el período de tiempo aquí considerado, surge, al principio, con dificultades y mucho esfuerzo; más tarde (más o menos entre la segunda mitad de los años noventa y la primera década del siglo XXI<sup>48</sup>) se consolida con mayor estabilidad y grado de compartición en el sistema político, hasta caracterizar la *forma de gobierno* como objetivamente diferente con respecto a aquella de décadas anteriores<sup>49</sup>; por último, después del final del «bipolarismo», debido a la consolidación del Movimento 5 Stelle y a la superación del sistema electoral mediante las sentencias del Tribunal Constitucional de 2014 y 2017<sup>50</sup> y de la ley n. 165/2017, parece «resultar

---

tradición política más sólida, pertenecientes a la misma coalición (véase en este sentido, F. Biondi – G. Rivosecchi, *Le forme della rappresentanza e il sistema dei partiti*, in *Vent'anni di Costituzione*, cit., pp. 161 ss.).

47 En especial, para el impacto del referéndum electoral de 1993 en la estructura de los partidos en Italia remítase otra vez a F. Biondi, *op. ult. cit.*, pp. 170 ss. Se recuerda que, entre las principales razones esgrimidas desde el principio por Silvio Berlusconi en apoyo de su «bajada al campo», está precisamente la de evitar el «ascenso al poder» de los partidos de la izquierda.

48 Más precisamente, durante las elecciones políticas de 2001, 2006, 2008 e incluso de 2013.

49 Véase abajo § 4.

50 Ya citadas anteriormente: precisamente, sentencias n. 1/2014 y n. 35/2017.

pesado» otra vez y empieza a ser puesto en entredicho por los actores políticos<sup>51</sup>.

Por otra parte, también en la fase de mayor propensión de los partidos para formar coaliciones «de legislatura», sus comportamientos *después de las elecciones* muestran una inestabilidad predominante: todas las legislaturas desde 2001, en especial, registran (al igual que las anteriores) la dimisión anticipada del gobierno nombrado después de las elecciones, y en dos casos (legislaturas 2006/2008 y 2008/2013) esto determina el final de la mayoría política surgida de las elecciones (respectivamente, de centro-izquierda y de centro-derecha)<sup>52</sup>.

Además, el análisis del desarrollo de las legislaturas desde 1993 en adelante también muestra, además —en la perspectiva de la investigación sobre la forma de gobierno—, otros fenómenos que merecen ser destacados. Por un lado, la «*fluidéz*» de la estructura de los partidos<sup>53</sup>

51 Antes de las elecciones del 4 de marzo de 2018 (disciplinadas por la citada Ley n. 165/2017, predominantemente proporcional) parecen evidentes la fragilidad y el carácter «improvisado» y no arraigado sólidamente de las condiciones de la centro-derecha y centro-izquierda, que (junto con el Movimiento 5 Estrellas) presentan su candidatura para gobernar. Y, de hecho, poco después de las elecciones, la Lega abandonará la coalición del centro-derecha (con la cual había elegido a numerosos parlamentarios, con «cuota mayoritaria») y formará el gobierno con el Movimiento 5 stelle.

52 Véase, en especial, M. Timiani, *Crisi e formazione dei Governi: tendenze nella prassi del maggioritario (1992 - 2007)*, en *La prassi degli organi costituzionali*, por A. Barbera y T.F. Giupponi, Bologna, Bononia University Press, 2008, pp. 69 – 100; para el periodo posterior (y más cercano a nosotros), N. Maccabiani, *Il ruolo del presidente della repubblica a fronte delle difficoltà interne alle maggioranze parlamentari di centro- sinistra e di centro- destra durante la XV e la XVI legislatura*, en «Rivista A.I.C.» (www.rivistaaic.it), 2011, n. 1. A este respecto, Roberto Cherchi (en *La forma di governo, cit.*, § 3) señala que la inestabilidad política y de los gobiernos después de 1993 depende de la «desinstitucionalización de los partidos y [de] la personalización de la política», que «han debilitado significativamente la capacidad de los partidos de encorsetar las conductas de los parlamentarios (y de los Ministros)».

53 Los cuales, como ya se ha recordado (véase antes la nota 45), siguen siendo *numerosos* en su conjunto durante las dos décadas aquí examinadas (incluso dentro de las coaliciones políticas), pierden su caracterización ideológica y tienden a convertirse en partidos políticos *efímeros e «irisados»*, no están ubicados de manera estable en el sistema, sobre todo al estar unidos a una figura política determinada y a sus diferentes suertes (según el modelo del denominado «partido personal»).

y (en estrecha correlación) la *movilidad de los mismos con respecto a las coaliciones políticas* que se van formando poco a poco: la tendencia del sistema político italiano a conformarse según un esquema «bipolar», similar al de los parlamentarismos mayoritarios<sup>54</sup>, se ve obstaculizada –si no impedida, si se mira al resultado final del proceso considerado– por la tendencia contraria de los diferentes partidos<sup>55</sup> a salir –o entrar en las– coaliciones durante las legislaturas. Por otro lado, una inestabilidad «no fisiológica» (o, si se prefiere, «patológica») *de las relaciones entre los partidos políticos*, y entre éstos y los órganos constitucionales; en especial, el gobierno<sup>56</sup>.

En definitiva, el sistema de partidos, en el período de 1993 hasta hoy, muestra tendencias evolutivas no unívocas y a veces muy contrastantes.

## 2. La formación de los gobiernos y la relación de confianza Parlamento-Gobierno (instauración y acontecimientos posteriores)

Pasando a examinar las *modalidades de formación de los gobiernos* y las (correlacionadas con ellos) *dinámicas de la relación de confianza* entre estos y el parlamento<sup>57</sup>, en el período de tiempo conside-

---

54 Por otra parte, el parlamentarismo mayoritario - en Inglaterra, así como en otros contextos en los que se realiza -, ve contraponerse, generalmente, dos *partidos* principales (a pesar de ser heterogéneos en su composición interna), en lugar de coaliciones (véase A. Di Giovine, *Le forme di governo*, cit., pp. 717 y 720). En Italia, por el contrario - como ya se ha indicado -, la tendencia a la simplificación del sistema político mostrada en el texto no ha dado, a lo largo del período 1993/2013, un sistema bipartidista, ya que sigue habiendo numerosos partidos activos (algunos de los cuales son hostiles a la evolución de la mayoría).

55 En especial los partidos más pequeños de los dos principales polos políticos.

56 Sobre las delicadas – y, a su vez, conflictivas – relaciones, sin embargo, entre el «circuito» con mayoría parlamentaria – gobierno por un lado, y los órganos de garantía por el otro (en primer lugar, el Presidente de la República), véase abajo §§ 2.4 y 3.

57 Estos aspectos, a su vez, resultan estar estrechamente unidos al sistema de partidos en examen: en una forma de gobierno parlamentaria son los comportamientos de los partidos políticos y sus asuntos internos, los que determinan principalmente el inicio y la permanencia en el cargo de los ejecutivos.

rado surgen tres líneas de cambio relevantes a efectos de la definición de la forma de gobierno.

En primer lugar, se registra una tendencia a la *simplificación de los procedimientos* encaminados a la formación de los gobiernos y a la instauración de la relación de confianza, según el artículo 94 de la Constitución<sup>58</sup>. Después de 1993, y sobre todo en las legislaturas del siglo XXI hasta, por lo menos, el año 2013, el procedimiento que va desde la celebración de las elecciones a la formación de gobierno<sup>59</sup> –que tiene como protagonistas al Presidente de la República y, por otro lado, a los partidos– se transforma poco a poco y pasa a ser más rápido y (en consecuencia) más breve que en el pasado. Esto depende del hecho que, después del cambio del sistema electoral en sentido mayoritario y los cambios asociados del marco político que se describen en el párrafo anterior, por una parte, las elecciones expresan un resultado (es decir, relaciones parlamentarias de fuerza) claro y ya suficientemente esclarecedor; por la otra, las partidos forman sus alianzas –e indican, en especial, su candidato para la presidencia del consejo– desde *antes* del momento electoral y, a continuación, actúan en consecuencia. En cambio, a partir de las elecciones de 2013, y en especial después de las elecciones de la primavera de 2018 se tiene, (también) desde este punto de vista, un *cambio de tendencia*: tanto la formación del gobierno Letta después de las primeras, más la génesis del gobierno Conte (I) después de las segundas <sup>60</sup>, resultan, de

---

58 M. Timiani, *Crisi e formazione dei Governi*, cit., pp. 70 ss.; G. Pitruzzella, *Artículos 92 - 93*, en *Commentario della Costituzione. Articoli 92 - 96*, por G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna, Zanichelli, 1994, pp. 49 ss.; G. Rivoecchi, *Fiducia parlamentare*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche. III Aggiornamento*, Torino, Utet, 2008, vol. I, spec. pp. 386 ss.; M. Midiri, *Fiducia parlamentare*, en *Dizionario di diritto pubblico*, por S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, vol. III, pp. 2489 ss.

59 Pero también aquello (más frecuente en la práctica) que lleva de la crisis de un gobierno al nombramiento de otro gobierno durante el transcurso de la legislatura, sin que se llegue a la disolución anticipada de las cámaras.

60 El primer gobierno presidido por Conte se formó *después* de la conclusión de un inédito –y muy problemático desde el punto de vista del encaje (y de su propia *legitimidad*) constitucional– «contrato de gobierno» entre las dos fuerzas políticas que formaban la mayoría, que se habían presentado *contrapuestas* a las elecciones del 4 de marzo de 2018: el Movimento 5 stelle y la Lega. A este respecto

hecho, procesos largos y «agotadores», algo que parece explicable por el hecho de que dichas consultas electorales –a diferencia de las anteriores– no expresan un resultado muy definido, debido al cambio producido en el marco político y por el paso de un sistema «bipolar» a una estructura caracterizada por la presencia de tres coaliciones/partidos políticos con peso electoral similar.

En segundo lugar, emerge el *debilitamiento* – notable – *de la relación de confianza durante el transcurso de las legislaturas*: tendencia en contradicción, al parecer, con aquella destacada anteriormente (al menos por lo que respecta al periodo 1993/2013), o, en cualquier caso, capaz de mitigar el impacto sistemático. Este debilitamiento de la relación de confianza –que en muchos casos lleva a auténticas crisis de gobierno (véase abajo, § 2.3.)– se manifiesta concretamente en dos fenómenos principales. Por una parte (la de los gobiernos), en el abuso de la posición de la cuestión de confianza sobre medidas específicas con el fin de «obligar» al parlamento a aprobarlas<sup>61</sup>: las estadísticas parlamentarias<sup>62</sup> revelan que en la legislatura posterior a 1993 –y, sobre todo, en los años más cercanos a nosotros– el recurso de los gobiernos (de cualquier tendencia política) a la cuestión de confianza ha asumido unas dimensiones cada vez más notables y, como tales, preocupantes<sup>63</sup>. Por la otra parte (por parte, esta vez, de las cámaras, y

---

véanse las consideraciones críticas de M. Cavino, *The Manchurian Candidate. Il Presidente del Consiglio garante del contratto di governo*, en el fascículo monográfico de «federalismi.it» ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 2019, n. 3 (número especial), por M. Malvicini, *Parlamento e governo parlamentare in Italia. Verso un affresco contemporaneo*, pp. 231 ss.

- 61 Sobre el nexo de instrumentalidad entre el recurso frecuente al voto de confianza y el «fortalecimiento de la posición directiva del Ejecutivo hacia su «mayoría» ante la dificultad de la relación fiduciaria en su conjunto, véase G. Rivoecchi, *Fiducia parlamentare*, *cit.*, pp. 396 ss.
- 62 Véanse los datos indicados analíticamente para cada legislatura en el sitio institucional del parlamento (en el enlace <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Statistiche/Stato//DDLQuestioneFiducia.html>) y en los *Informes sobre el estado de la legislación* publicados por la Cámara de los Diputados, Observatorio sobre la legislación, desde 1998 en adelante (disponibles en el enlace <http://leg16.camera.it/397?documenti=168>).
- 63 Tanto que la práctica en cuestión ha sido objeto de censura y reclamaciones cada vez más frecuentes por parte del Presidente de la República. Más precisamente,

en especial, de los partidos de la mayoría), está la frecuente discusión de la relación fiduciaria con el ejecutivo, mediante el voto contrario a las propuestas de este<sup>64</sup> y la propuesta recurrente de las denominadas «verificaciones»: una constante real, de la misma manera, de las legislaturas desde 1994 hasta la actualidad. Todo esto es indicativo de una gran dificultad (y no «fisiológica») del circuito partidos-coaliciones políticas para mantener una relación con el ejecutivo caracterizada por la estabilidad, con respecto al comienzo de la legislatura. Esto, por otra parte, depende a su vez de una gran conflictividad interna en el sistema de partidos en todo el período examinado (que hoy parece incluso estar en fase de acentuación), de la cual se habló en el párrafo anterior.

En tercer (y último) lugar, con referencia a la institución de la *moción de censura* (prevista por el artículo 94 párrafo último de la Constitución italiana), en los años más cercanos al «punto de inflexión» de 1993 se asistió a un uso bastante frecuente –por parte, naturalmente, de las oposiciones parlamentarias– de la moción de confianza contra *todo el gobierno*: la única forma, por otra parte, que entonces se consideraba permitida por la Constitución<sup>65</sup>. Normalmente, las mociones de censura son, de todas maneras, rechazadas: las crisis de gobierno *extra*-parlamentarias son bastante frecuentes en la experiencia institucional italiana (véase abajo, § 2.3). En cambio, a partir del «caso Mancuso» de 1995<sup>66</sup> –y de la sentencia relativa n. 7/1996 del

---

en la XIV legislatura (2001/2006), los gobiernos han confiado, en total, en 16 Decretos Ley en el Senado y 25 Decretos Ley en la cámara; en la XV legislatura (que solo duró dos años: 2006/2008) en 10 en el Senado y 12 en la cámara; en la XVI legislatura (2008/2013) en 31 en el Senado y 48 en la cámara; en la XVII legislatura (2013/2018) en 56 en el Senado y 44 en la cámara

- 64 Naturalmente, en circunstancias diferentes de aquellas en las que el gobierno ha confiado (en términos que acabamos de ver): de hecho, el ordenamiento italiano prevé que, si las cámaras no aprobaran las propuestas en las cuales ha confiado formalmente el gobierno –mediante una declaración específica–, el propio gobierno estaría obligado a dimitir.
- 65 Véase, en la literatura jurídica, L. Paladín *Governo italiano, en Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, 1970, vol. XIX, pp. 697 s.*, según el cual lo dispuesto por el artículo 94 de la Const. no permite «separaciones precisas entre las responsabilidades colegiales e individuales de los miembros del Gobierno». En el mismo sentido, G.U. Rescigno, *La responsabilità politica*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 236 s.
- 66 Con respecto al Ministro de Justicia del gobierno Dini Filippo Mancuso, afecta-

Tribunal Constitucional, que también consideró admisible este tipo de desconfianza<sup>67</sup>–, se presentan con mayor frecuencia mociones de censura *individuales*: es decir, contra los diferentes ministros<sup>68</sup>. Esta tendencia se acentúa en los años más cercanos a nosotros, al mismo tiempo que la consolidación de la dinámica mayoritaria y «bipolar» del sistema político (del que se habló anteriormente): la moción de confianza individual, en dicho contexto, es utilizada por la oposición para poner en dificultades al gobierno en su conjunto, y a la coalición política que lo sustenta, ya que tienen que decidir entre proteger al ministro «desconfiando» –a veces incluso en situaciones delicadas y embarazosas– o «cargárselo» (como había sucedido precisamente en el «caso Mancuso»), obligándole a dimitir. Ambas soluciones pueden provocar repercusiones en la mayoría política, sobre todo si los ministros implicados son relevantes. De todas maneras, debe recordarse que, hasta la fecha, ninguna moción de confianza individual ha sido aprobada en concreto por las cámaras.

### 3. Las crisis de gobierno y la disolución anticipada de las cámaras

El tercer «elemento material» a analizar para la reconstrucción de la evolución de la forma de gobierno en Italia después de 1993 está constituido por las *crisis de gobierno*. Este elemento, precisamente en clave sistemático- reconstructiva debe, sin embargo, considerarse, por otra parte, en relación con el ejercicio<sup>69</sup> del poder de *disolución*

---

do por la moción de censura *individual* aprobada por el Senado el 19 de octubre de 1995, a lo que siguió la concesión del encargo de ministro, *interino*, al Presidente del Consejo, realizada por el Presidente de la República el mismo día.

67 Situándolo, como es conocido, en la «estructura» general de la forma de gobierno parlamentaria esbozada por la Constitución de la República: puntos 8 y 12 del «Considerato in diritto» de la sentencia.

68 Sobre la institución de la moción de confianza individual véase, per ej., F. Donati, *La responsabilità politica dei ministri nella forma di governo italiana*, Torino, Giappichelli, 1997; G. Rivosecchi, *Fiducia parlamentare*, cit., pp. 394 ss.; L. Carlassare, *Sfiducia individuale e revoca dei ministri nel nuovo assetto politico italiano*, en Aa. Véanse *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Milano, Giuffrè, 1998, vol. I, pp. 157 ss.

69 Y también, correlativamente – como se verá a continuación –, al *no* ejercicio.



*anticipada de las cámaras*, atribuido al Presidente de la República por el artículo 88 de la Constitución italiana.

En este sentido, en el período objeto de análisis se han de indicar varias evidencias factuales, que contribuyen en su conjunto a caracterizar la forma de gobierno parlamentaria italiana<sup>70</sup>:

- a) la prevalencia numérica de las crisis «extraparlamentarias» – es decir, aquellas en las que el gobierno dimite *no* después de un voto de desconfianza del Parlamento, según el artículo 94 de la Const.– sobre aquellas «parlamentarias» (en continuidad con la fase anterior de historia republicana): las únicas crisis «parlamentarias» del período considerado son dos, en 1998 y en 2008 (en ambos casos siendo Presidente del Consejo Romano Prodi)<sup>71</sup>;

---

70 Sobre las crisis de gobierno y la disolución anticipada de las cámaras se señalan (dentro de una bibliografía muy amplia) A. Ruggeri, *Le crisi di governo tra “regole” costituzionali e “regolarità” della politica*, cit., pp. 34 ss.; S. Bartole, *Scioglimento delle Camere*, en *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, Milano, Giuffrè, 1999, vol. III, pp. 936 ss.; T.E. Frosini y P.L. Pietrillo, *Art. 88*, en *Commentario alla Costituzione*, por R. Bifulco, A. Celotto y M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, vol. II, pp. 1712 ss.; R. Cherchi, *Le crisi di governo tra Costituzione ed effettività*, cit.; R. Cherchi, *Lo scioglimento delle Camere nella Costituzione italiana*, en «Costituzionalismo.it» ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 2012, n. 2; L. Carlasare, *Presidente della Repubblica, crisi di governo e scioglimento delle Camere*, cit.; P. Costanzo, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, cit.; A. Ruggeri, *Crisi di governo, scioglimento delle Camere e teoria della Costituzione*, en *Evoluzione del sistema politico – istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica: atti di un incontro di studio (Messina – Siracusa, 19 e 20 novembre 2010)*, por A. Ruggeri, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 465 ss.

71 Por otra parte, cabe señalar que estas dos crisis también son las únicas de naturaleza «parlamentaria» de toda la historia de la República en Italia: el hecho de que se sitúen en el período posterior a 1993 puede explicarse, quizás (al menos en lo que respecta a la segunda, de 2008), con el desarrollo de la tendencia a la denominada «parlamentarización de las crisis», la cual se aborda después en el texto. Además, es conveniente recordar que, desde esta última, con referencia a los acontecimientos en el verano de 2019, se determinó la dimisión del gobierno Conte I (formado después de las elecciones políticas del 4 de marzo de 2018 y apoyado por el Movimento 5 Stelle y la Lega), en la literatura jurídica se ha acuñado la expresión (categoría «intermedia») «crisis de gobierno *semi*-parlamentario»: esto se debe, por un lado, a que la crisis ha madurado tras la presentación de una moción de censura contra el gobierno por parte de una de las fuerzas políticas que lo apoyaban (la Lega de Salvini), y fue objeto de un amplio debate en el par-

- b) por otra parte, la disminución –en términos absolutos– del *número* de crisis del gobierno con respecto al período anterior (de 1948 a 1993): que, a pesar de las dificultades del sistema político expuestas en los párrafos anteriores, ha sido considerada por la literatura jurídica indicadora de un «perfeccionamiento cada vez mayor de los mecanismos bipolares [y de una] cada vez mayor estabilidad de las coaliciones de gobierno»<sup>72</sup>. Sin embargo, hay que recordar que las dos legislaturas más cercanas a nosotros (2013/2018 y desde 2018) expresan, también desde este punto de vista, un cambio de tendencia: en la primera hubo dos crisis de gobierno (Letta y Renzi), con una continuidad sustancial de la mayoría política posterior; en la segunda ya había una crisis en poco más de un año (Conte I), con el consiguiente cambio de la mayoría (del Movimento 5 Stelle –Lega a Movimento 5 Stelle– Partido Democrático y otros partidos del centro-izquierda);
- c) la tendencia a la denominada «parlamentarización de la crisis»<sup>73</sup> –es decir, la «transferencia» a los pasillos parlamentarios, mediante la realización de un debate específico, de las crisis políticas maduradas sin proposición de mociones de censura o votaciones contra el gobierno de turno–, favorecida principalmente por los presidentes de la república; y, en general, la tendencia a la «parlamentarización» de los procedimientos de verificación de la existencia de la relación fiduciaria, también a través de la práctica de la denominada «cuestión de confianza virtual»<sup>74</sup>;

---

lamento, celebrado el 20 de agosto de 2019 (y que, por su contenido, tuvo una gran repercusión en la opinión pública); por otra parte, sin embargo, no hubo una votación real de las cámaras sobre la moción de censura, y el presidente Conte presentó su dimisión inmediatamente después de la citada sesión del 20 de agosto, dedicada, formalmente, a las «comunicaciones» del Presidente del Consejo sobre la situación política (véase en este sentido, B. Caravita, *I Governi Conte*, cit., p. 4).

72 M. Timiani, *Crisi e formazione dei Governi*, cit., p. 80.

73 Sobre la cual véase, en especial, P. Costanzo, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, cit., § 2; A. Ruggeri, *Le crisi di governo tra “regole” costituzionali e “regolarità” della politica*, cit., pp. 87 ss.

74 Esta consiste, según la práctica del período temporal aquí examinado, en la so-

- d) el cambio de conducta de los partidos políticos *durante el curso de las legislaturas*, comparado con su posicionamiento electoral y la elección de apoyar o no al ejecutivo formado después de las elecciones: de esta tendencia surge a menudo el *cambio de la mayoría política* y, «en cascada», la *crisis y cambio del propio gobierno* (véase arriba §§ 2.1 – 2.2), tal como es confirmado –más recientemente– por la crisis del gobierno Conte I y por el paso al gobierno Conte II (con el mismo *primer ministro*, pero diferente mayoría política<sup>75</sup>) producidos en la actual legislatura, en el verano de 2019;
- e) la simplificación y aceleración, por otra parte, en el contexto anteriormente mencionado, de los procedimientos y de los pasos institucionales correlacionados con la crisis de gobierno: salvo raras excepciones<sup>76</sup>, no se repite la práctica, frecuente en la «Primera República», de las crisis de gobierno denominadas «al buio»;
- f) la oscilación relativa al ejercicio –y, correlativamente, a la concepción teórica– del *poder de disolución anticipada* de las cámaras por parte del Presidente de la República: la práctica institucional de estos veinte años confirma una sustancial «fluidez» de dicho poder, que en parte es ejercido (o incluso solo *anunciado* por los presidentes) como “*extrema ratio*» ante la imposibilidad comprobada de formar una mayoría

---

licitud por parte del gobierno del voto favorable de las cámaras en una determinada medida (incluso solo una moción), sin el planteamiento de la cuestión de confianza, sino atribuyendo, de todas maneras, al voto parlamentario un «significado fiduciario» en el plano político: M. Timiani, *Crisi e formazione dei Governi*, cit., p. 84 (de donde también se han extraído algunos ejemplos concretos del periodo en análisis).

75 Este aspecto específico representa, por otra parte, sin embargo, una novedad significativa en la experiencia político-institucional italiana.

76 Como precisamente, más recientemente, la crisis del gobierno Conte I, provocada por la decisión de la Lega de Salvini de revocar la confianza al ejecutivo: la solución de la crisis que se determinó a continuación – nombramiento del gobierno Conte II, apoyado por el Movimento 5 Stelle (que ya es partido con mayoría relativa) y por el Partido Democrático (antes en la oposición) – no era en absoluto previsible y ha «sorprendido» a muchos analistas y exponentes políticos, empezando por el propio Salvini.

política después de la dimisión del gobierno; en parte es «reclamado» por los actores políticos –y, a veces, incluso *ejercido en la práctica* (véase un poco después)– como «consecuencia automática» de la crisis del ejecutivo y de la mayoría parlamentaria resultantes de las elecciones, en un contexto que (al menos hasta 2013/2018), tiende a convertirse en mayoritario y «bipolar»;

- g) finalmente –en estrecha relación con el fenómeno mencionado en último lugar–, el *surgimiento al primer plano del papel del Presidente de la República* en la gestión de las crisis de gobierno, en comparación con la posición ya relevante por él ostentada en el periodo anterior a 1993: esto sucede, en especial, con las dos presidencias de Napolitano, del 2006 al 2013 y del 2013 al 2015<sup>77</sup>.

Las tendencias anteriormente mencionadas se obtienen del análisis del *desarrollo concreto de las crisis de gobierno* en el período posterior a 1993<sup>78</sup> y, por otra parte, de las *disoluciones anticipadas* de las

---

77 S. Bartole, *Scioglimento delle Camere*, cit., spec. pp. 939 ss.; A. Ruggeri, *Evoluzione del sistema politico –istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica: notazioni introduttive*, en *Evoluzione del sistema politico – istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, cit., pp. 3 ss.; N. Maccabiani, *Il ruolo del presidente della repubblica a fronte delle difficoltà interne alle maggioranze parlamentari*, cit. Por lo que respecta, en concreto, a las dos presidencias de Napolitano, aunque sea demasiado pronto para emitir juicios definitivos, parece posible detectar una evolución entre ellas precisamente en relación a la gestión de las crisis de gobierno y a la interpretación del poder de disolución: con un enfoque tradicional dirigido a «registrar» las orientaciones de las fuerzas políticas y a disolver las cámaras en caso de falta de acuerdo entre estas (y por lo tanto, de *solicitudo* de la disolución), el presidente Napolitano parece haber pasado, en los años más recientes de su presidencia, a poner en práctica la doctrina de la disolución como «*extrema ratio*», para evitar a toda costa (incluso llegado el caso «imponiendo» a los partidos determinadas soluciones y alianzas: piénsese en el nombramiento del gobierno Monti o en el impulso dado al nacimiento del gobierno Letta después del incierto resultado electoral de 2013, contra las solicitudes de disolución de muchos exponentes políticos).

78 Para una diseminación puntual de las crisis de gobierno de este periodo y de sus respectivos desarrollos y resultados véanse los trabajos citados en la nota 69, M. Timiani, *Crisi e formazione dei Governi*, cit., pp. 80 ss. (donde también hay un cuadro cronológico detallado hasta 2007); S. Leone, *Il potere di scioglimento anticipato delle Camere: teoria e prassi in un contesto istituzionale in trasfor-*

cámaras que han sido (o, como se especificará inmediatamente, *no* son) previstas en él. En este sentido, al no ser posible aquí, por razones de espacio, repasar con detalle todos los eventos relevantes, nos limitamos a recordar que desde 1993 hasta 2018 (inicio de la actual legislatura) las disoluciones anticipadas fueron tres<sup>79</sup> – en siete legislaturas completas– y que son imputables a dos categorías dogmáticas distintas: - la de enero de 1994 (Presidente de la República Scalfaro), a la categoría de las disoluciones «sustancialmente presidenciales»<sup>80</sup> (aunque, en realidad, no faltan en la literatura jurídica reconstrucciones diferentes<sup>81</sup>); - las de febrero de 1996 y febrero de 2008 (respec-

---

*mazione*, en «Quaderni regionali», 2011, n. 1, pp. 177 ss.; C. De Girolamo, *Lo scioglimento anticipato delle Camere: una ricognizione della dottrina e della prassi*, en «Forum di Quaderni Costituzionali» ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 5/9/2011.

- 79 En sentido estricto, además de las disoluciones de 1994, 1996 y 2008, que serán inmediatamente comentadas en el texto, en otras tres ocasiones fueron disueltas las cámaras anticipadamente antes de la finalización natural de la legislatura: en 2001, 2006 y 2013. Sin embargo, en los dos primeros casos esto se produjo por razones puramente técnicas – evitar, en 2001, la celebración de elecciones políticas en verano y, en 2006, la superposición de las propias elecciones con la elección del nuevo Presidente de la República (véase P. Costanzo, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, cit., tabla en la nota 28) –, mientras que en el año 2013 debido a la dimisión del Presidente del Consejo Monti, presentada el 21 de diciembre de 2012, poco antes de la finalización de la legislatura, y con la sesión presupuestaria casi terminadas (véase, en este sentido, A. Zito, *Alla fine della XVI Legislatura: la crisi del governo Monti e lo scioglimento anticipato delle Camere*, in «Rassegna Parlamentare», 2013, pp. 163 ss.).
- 80 Es decir, atribuible a la exclusiva voluntad del Presidente de la República (contra la voluntad de las fuerzas políticas). El decreto de disolución del 16 de enero de 1994 fue motivado por el presidente Scalfaro con el cambio producido en el sistema electoral después del *referéndum* de la primavera de 1993; con la cercanía de las elecciones administrativas; pero, sobre todo, con la deslegitimación y la «no representatividad» del Parlamento en el cargo a causa de las investigaciones judiciales del «Tangentopoli» (ya citadas): según el presidente las «diferentes patologías surgidas en la gestión de los asuntos públicos» habría «roto» la relación de confianza entre los electores y sus representantes en el cargo.
- 81 Como, en especial, las de P. Costanzo, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, cit., § 4; L. Carlassare, *Presidente della Repubblica, crisi di governo e scioglimento delle Camere*, cit., pp. 136 ss.; R. Cherchi, *Lo scioglimento delle Camere nella Costituzione italiana*, cit., § 3.

tivamente, presidentes Scalfaro y Napolitano), en cambio, a la categoría –más frecuente– de la disolución como «*extrema ratio*» (o «de funcionalidad»), imputable al Presidente de la República solo desde el punto de vista *formal*, pero en esencia, a la voluntad de las fuerzas políticas en el Parlamento para poner fin a la legislatura<sup>82</sup>.

Además de las disoluciones anticipadas reales, resultan significativos para esta investigación los casos de *disolución fallida* de las cámaras por parte de los Presidentes de la República; y esto a pesar de la petición expresa en dicho sentido formulada por las fuerzas políticas, o al menos por algunas de ellas (por lo general, las de la oposición, y/o *ya* de mayoría). En el período aquí examinado esto ha sucedido varias veces: en 1994, después de la crisis del gobierno Berlusconi (Presidente de la República Scalfaro); en 2000, después de la dimisión del segundo gobierno de D'Alema (Presidente Ciampi); en febrero de 2007 y enero de 2008, después de las crisis del gobierno Prodi II (presidente Napolitano); en noviembre de 2011, tras la dimisión del gobierno Berlusconi IV (presidente siempre Napolitano)<sup>83</sup>; en diciembre de 2016, después de la dimisión del gobierno de Renzi tras el *referéndum* constitucional celebrado el 4 de diciembre (Presidente Mattarella); por último, en esta legislatura, en agosto de 2019, después de la dimisión del gobierno de Conte tras la moción de censura presentada por la Lega de Salvini<sup>84</sup>, que invocó con fuerza –junto con los partidos del centro-derecha– la convocatoria de nuevas elecciones (presidente siempre Mattarella). Dichas circunstancias manifiestan, como se señaló anteriormente, una divergencia en relación a la concepción del poder de disolución: si es poder que se puede ejercer solamente en el caso de *imposibilidad de formar una mayoría política* (incluso dife-

---

82 En la disolución «de funcionalidad» y, más en general, en las clasificaciones doctrinarias de las disoluciones anticipadas, véase, en especial, A. Mastropaolo, *Le ricostruzioni dell'esercizio del potere di scioglimento anticipato in dottrina nell'esperienza repubblicana*, en «Archivio di Diritto e Storia Costituzionali» ([www.dircost.unito.it](http://www.dircost.unito.it)), 2012; P. Costanzo, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, cit., § 3; R. Cherchi, *Lo scioglimento delle Camere nella Costituzione italiana*, cit., espec. §§ 3 -7 - 8; C. De Girolamo, *Lo scioglimento anticipato delle Camere*, cit., pp. 2 ss.

83 A este respecto véase N. Maccabiani, M. Frau ed E. Tira, *Dalla crisi del IV governo Berlusconi alla formazione del I governo Monti*, cit., pp. 41 ss.

84 Pero no votada en concreto por las cámaras: véase detrás, nota 66.

rente de aquella formada después de las elecciones: disolución como «*extrema ratio*»), o a ejercer —a la luz del sistema electoral mayoritario introducido<sup>85</sup>— *siempre que la mayoría política formada después de las elecciones incumpla* (esperándose como necesario, en dicho caso, el «retorno a los electores»<sup>86</sup>). Las prácticas institucionales al respecto se inclinan, a menudo, hacia el medio. Los Presidentes de la República, de hecho, después de la crisis de gobierno, se declaran mayoritariamente «libres» para buscar en el parlamento una mayoría política diferente, para evitar la disolución anticipada. Sin embargo, al hacerlo, parecen más «vinculados» que en el pasado por el significado mayoritario que se atribuye a la votación: esto desaconseja —en concreto— la formación de mayorías políticas *radicalmente diferentes* de aquellas resultadas tras las elecciones, y los presidentes tienden a actuar en consecuencia<sup>87</sup> (aunque no siempre: pensemos, por ejemplo, en la solución de las crisis de gobierno de 1994, 2011 y —más recientemente— de 2019, todas ellas caracterizadas por un cambio sensible en la mayoría parlamentaria).

---

85 Y el consiguiente cambio de la situación política, al menos hasta 2013/2018: véase *debajo en* § 2.1.

86 Para referencias sobre opinión, en la literatura jurídica, véase S. Bartole, *Scioglimento delle Camere*, cit., p. 938, así como A. Spadaro, *Poteri del Capo dello Stato, forma di governo parlamentare e rischio di “ribaltone”*, en «Forum di Quaderni Costituzionali» ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 28/9/2010, ahora también en *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., vol. IV, pp. 3433 ss.; T.E. Frosini y P.L. Petrillo, *Verso una interpretazione maggioritaria del potere di scioglimento delle Camere*, en «Diritto e società», 2005, n. 2, pp. 137 ss.; S. Leone, *Il potere di scioglimento anticipato delle Camere*, cit., p. 179 y nota relativa 11.

87 En este sentido se ha manifestado, en la literatura jurídica, que «el Presidente... tiene, sí, el deber de *reconocer* una mayoría parlamentaria adecuada para soportar un gobierno, pero también — y cada vez más hoy en día — el de *cerciorarse* de que dicha mayoría no contraste con aquella expresada por el cuerpo electoral o, en cualquier caso, que no haya una «fractura» consolidada (por ejemplo, a través de diferentes elecciones y pruebas de referéndum) e inaceptable (para la evidencia de la opinión pública) entre la mayoría parlamentaria y la orientación predominante del país» (A. Spadaro, *Poteri del Capo dello Stato, forma di governo parlamentare e rischio di “ribaltone”*, cit., p. 13). En cambio, más cauteloso sobre la evolución de la práctica del período posterior a 1993 se muestra P. Costanzo, *La gestione delle crisi di governo e lo scioglimento anticipato delle Camere*, cit., § 7 (que se limita a destacar el «mayor activismo del Jefe del Estado» en la gestión de las crisis).

#### 4. El papel político-constitucional del gobierno y su relación, en especial, con los órganos de garantía

Finalmente, por lo que respecta al *papel ejercido concretamente por el gobierno* y –en especial– la *relación entre dicho órgano y los de garantía constitucional*, en el período desde 1993 hasta hoy, es posible detectar, en primer lugar, la tendencia al total *refuerzo del ejecutivo* en el sistema político y constitucional<sup>88</sup>. Con respecto a la larga fase anterior de historia republicana italiana (la denominada «Primera República» a la cual se ha hecho referencia en varias ocasiones), el gobierno adquiere una influencia cada vez mayor en el sistema –dando como resultado la consolidación del principio mayoritario y la estabilización progresiva de las dinámicas institucionales relacionadas con él<sup>89</sup>–, hasta convertirse, en el siglo XXI, en el auténtico «baricentro» del sistema político: es decir, el órgano en el cual se elaboran e implementan las decisiones políticas fundamentales (aquello que la literatura jurídica define como la «dirección política de la mayoría»<sup>90</sup>), en detrimento del parlamento, el cual, en cambio, tiende (según otra expresión doctrinal afortunada) a «declinar»<sup>91</sup>.

88 L. Carlassare, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, Feltrinelli, 2012, pp. 172 ss. (En relación a las reformas del sistema electoral); por último S. Cassese, *Con il governo è cambiata anche la forma di governo?*, *cit.*, pp. 116 ss.; en perspectiva comparada, A. Di Giovine, *Le forme di governo*, *cit.*, p. 721.

89 Que, como se ha visto en los párrafos anteriores, facilitan, de hecho, la formación y la permanencia en el cargo/estabilidad del propio gobierno.

90 T. Martines, *Indirizzo politico*, en *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1971, vol. XXI, pp. 134 ss.; M. Dogliani, *Indirizzo politico*, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1993, vol. VIII, pp. 244 ss..

91 A. Mastropaolo y L. Verzichelli, *Il Parlamento. Le assemblee legislative nelle democrazie contemporanee*, Roma –Bari– Laterza, 2006, en especial cap. 5; G. Rivosecchi, *Governo, maggioranza e opposizione a quarant'anni dai regolamenti parlamentari del 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento*, en «Rivista A.I.C.» ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2012, n. 2, y (con el título *A quarant'anni dal 1971: dai (presunti) riflessi della stagione consociativa al (presumibile) declino del Parlamento*) también en *I regolamenti parlamentari a quarant'anni dal 1971*, por A. Manzella, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 155 ss.; C. Chimenti, *Declino delle Camere nel parlamentarismo maggioritario italiano*, en «Queste istituzioni» ([www.questeistituzioni.it](http://www.questeistituzioni.it)), 2004, n. 133 – 134, pp. 49 ss.; en términos críticos sobre la expresión, A. Barbera, *Par-*



Esta tendencia (en Italia y, además, en otros Países) se vio reforzada, más recientemente, por la “emergencia Covid”, que concentró en el Ejecutivo –en parte fisiológicamente– las decisiones relativas a la gestión del emergencia en sí y los gravísimos problemas (económicos en primer lugar) relacionados con ella.

Este «cambio del poder político» (reconocible, por otra parte, en todas las democracias parlamentarias actuales) se demuestra, principalmente, por el análisis de las dinámicas del *procedimiento legislativo* y, en concreto, por los datos de la actividad de producción de las fuentes primarias (que aplican, de hecho, «la dirección política de la mayoría»). En este sentido, en el período de tiempo aquí considerado surgen las siguientes evidencias<sup>92</sup>: -a) el aumento cuantitativo de los actos normativos primarios adoptados por el gobierno (decretos legislativos y Decretos Ley, de conformidad, respectivamente, con los artículos 76 y 77 de la Const.) en comparación con las leyes formales

---

*lamento*, en *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana Treccani, 1996, vol. VI, pp. 472 ss. (publicado, además, como volumen con el título *I Parlamenti: un'analisi comparativa*, Roma – Bari, Laterza, 1999), y C. Fusaro, *Il declino del Parlamento tra mito e realtà: il caso italiano*, en *Quaderni dell'Associazione per gli Studi e le Ricerche Parlamentari*, Torino, Giappichelli, 2007, n. 18, pp. 29 ss. Por último, sobre el papel del parlamento en la forma de gobierno italiana, desde varios puntos de vista de la investigación, véase el fascículo monográfico ya citado de «federalismi.it» ([www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)), 2019, n. 3 (número especial), por M. Malvicini, *Parlamento e governo parlamentare in Italia. Verso un affresco contemporaneo*.

- 92 Las siguientes declaraciones han sido extraídas, como se acaba de mencionar en el texto, del análisis de los *datos estadísticos relativos a la actividad legislativa*, recogidos y publicados cada año desde diferentes fuentes: los *Informes sobre el estado de la legislación* del Observatorio sobre la legislación de la Cámara de los Diputados (desde 1998 en adelante), disponibles en el enlace <http://leg16.camera.it/397?documenti=168>, las estadísticas parlamentarias publicadas en el sitio web institucional del propio parlamento (en el enlace <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Statistiche.html>); el *Osservatorio sulle fonti*, fundado y dirigido por Paolo Caretti (ahora también disponible en línea: <http://www.osservatoriosullefonti.it>, donde también hay varios ensayos y trabajos de elaboración y reflexión sobre las dinámicas de la actividad legislativa). Por último, y respecto al tema véase E. Longo, *La funzione legislativa nella XVI e XVII legislatura. Spunti per una indagine a partire dal Rapporto sulla legislazione 2017-2018*, en *Parlamento e governo parlamentare in Italia*, cit., pp. 13 ss., así como las otras contribuciones en las pp. 35 ss. del mismo fascículo.

aprobadas por el Parlamento; -*b*) la prevalencia –siempre desde el punto de vista cuantitativo– de la iniciativa legislativa del gobierno dentro de las cámaras con respecto a aquella de los otros órganos previstos por la Constitución (diferentes parlamentarios *in primis*)<sup>93</sup>; - *c*) la expansión, sobre todo, del uso del Decreto Ley, a través del cual se han adoptado durante años auténticas normativas «de sistema» (como las maniobras económicas «*ex Finanziaria*» desde 2008 en adelante<sup>94</sup>); - *d*) desde el punto de vista, esta vez, «cualitativo», la aprobación de hechos atribuibles al gobierno (Decretos Ley, decretos legislativos, leyes formales de iniciativa gubernamental) de las medidas de reforma más importantes y principales<sup>95</sup>; - *e*) la extrema dilatación del tiempo dedicado por las cámaras a la discusión de las medidas presentadas por el ejecutivo con respecto a aquellas de iniciativa parlamentaria; - *f*) la intervención muy condicionante (si no decisiva) del propio ejecutivo en la discusión parlamentaria de las medidas legislativas mediante la presentación de las denominadas «maxi enmiendas» –que permiten sustituir todo el texto que está discutiéndose

- 
- 93 A este respecto se piensa, sobre todo, en las leyes de delegación o en la iniciativa en el ámbito de la enmienda constitucional, ambas muy ejercidas por los ejecutivos. Son de iniciativa del gobierno, por ejemplo – y significativamente-, los Decretos Ley de enmienda constitucional aprobados en 2005 y en 2016 por las cámaras y rechazados por los referéndums populares, respectivamente, del 25 – 26 de junio de 2006 y del 4 de diciembre de 2016 (véase debajo § 6). Por lo que respecta a los datos de la iniciativa legislativa ordinaria del gobierno, solo como ejemplo, en la XVI legislatura (2008/2013) se han aprobado 304 Decretos Ley de iniciativa gubernamental, comparado con los únicamente 91 proyectos de ley de iniciativa parlamentaria (véase el enlace <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Statistiche.html>).
- 94 Véase a este respecto, G. Rivosecchi, *Governo, maggioranza e opposizione a quarant'anni dai regolamenti parlamentari del 1971*, cit., p. 7 (donde están las referencias normativas exactas).
- 95 Solo por citar algunos ejemplos en los últimos años, las reformas del empleo público y de las pensiones de 1993/1995 (Decreto Legislativo. n. 29/1993, Ley n. 335/1995, denominada «*riforma Dini*»); reformas de la universidad y del trabajo privado de 2010/2012 (Ley n. 240/2010, denominada «*legge Gelmini*», leyes n. 183/2010 y n. 92/2012, denominadas «*collegato lavoro*» del gobierno Berlusconi IV y la denominada «*legge Fornero*» – gobierno Monti); reformas de la escuela y, otra vez, del trabajo de la legislatura 2013/2018 (ley n. 107/2015, sobre la «buena escuela», ley n. 183/2014 y decretos legislativos relativos de aplicación, denominados «*Jobs Act*»).

en las cámaras– y (muy a menudo al mismo tiempo<sup>96</sup>) la posición de la cuestión de confianza –que fuerza, de hecho, al parlamento a aprobar dicho texto sin más debate–.

Estos últimos instrumentos «técnicos» para incidir seriamente en el procedimiento legislativo, han sido atribuidos por los ejecutivos (de cualquier signo político) – y no sin justificación – a las deficiencias de las normativas parlamentarias en Italia, que no garantizarían al gobierno «plazos de tiempo determinados» para que se aprobaran sus propuestas<sup>97</sup>. Sin embargo, su amplio uso en el período posterior a 1993 indica otra tendencia general, de alguna manera opuesta a aquella indicada: la *dificultad del ejecutivo para hacer que se aprobaran sus medidas en el Parlamento a través de los procedimientos ordinarios*. El gobierno, en esencia, se convierte en el órgano más importante en el plano político; pero muy a menudo lo hace derogando los procedimientos ordinarios de adopción de actos normativos previstos por la Constitución y por los reglamentos de las cámaras<sup>98</sup>. Esto – sobre

---

96 En el sentido de que el gobierno, *mientras presenta a la cámara la «maxi enmienda»* (que, a menudo, es el resultado de un acuerdo en sede *extra*-parlamentaria entre los líderes de los partidos de la mayoría), confía en el texto de la medida en objeto, como resultante de la propia «maxi enmienda»: de esta manera, «corta» el surgimiento de la discusión parlamentaria del texto (F. Biondi – S. Leone, *Il Governo “en” Parlamento*, cit., pp. 20 ss., que detectan cómo se sigue esta práctica, en especial en el procedimiento de conversión de los decretos ley.; G. Rivoecchi, *Governo, maggioranza e opposizione a quarant’anni dai regolamenti parlamentari del 1971*, cit., pp. 17 ss.).

97 Sobre las deficiencias de las normativas parlamentarias y el debate (sobre todo doctrinario) sobre su eventual reforma, véase otra vez el análisis exhaustivo de F. Biondi – S. Leone, *Il Governo “en” Parlamento*, cit., spec. pp. 9 ss., así como Y.N. Lupo, *Il procedimento legislativo in Assemblea, nel rapporto (ancora irrisolto) con il Governo*, en «*Il Filangieri*», 2007, pp. 125 ss.

98 Sobre esta tendencia general véase, entre otros, – S. Leone, *Il Governo “en” Parlamento*, cit., pp. 12 ss.; N. Lupo, *Gli atti normativi del Governo tra legalità costituzionale e fuga dai controlli*, en *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici. Atti del Convegno annuale dell’Associazione «Gruppo di Pisa»*, por M. Cartabia, E. Lamarque y P. Tanzarella, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 535 ss.; y, en una perspectiva con más iniciativa, A. Pizzorusso, *L’ampliamento dei poteri normativi dell’esecutivo nei principali ordinamenti occidentali: a cinquant’anni dal saggio di Enzo Cheli*, en *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, por P. Caretti y M.C. Grisolia, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 105 s. (que reflexiona sobre

todo en la primera década del nuevo milenio, el de una mayor consolidación del parlamentarismo mayoritario – ha provocado importantes *conflictos entre el ejecutivo y los órganos de garantía* (Presidente de la República, Corte Constitucional, jueces comunes), encargados de asegurar el cumplimiento de las citadas normativas y procedimientos constitucionales<sup>99</sup>.

Como ejemplos prácticos de dichas situaciones de conflicto podemos mencionar (también aquí, de forma resumida): -a) las intervenciones de los *Presidentes de la República* (en especial Ciampi y Napolitano): aplazamientos de las leyes<sup>100</sup> (y en un caso, de un Decreto Ley<sup>101</sup>), pero también alusiones repetidas al gobierno y mensajes a

el ensayo de E. Cheli, *L'ampliamento dei poteri normativi dell'esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, en «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1959, pp. 463 ss.).

- 99 Se centra en este perfil, sacando conclusiones generales que abordan la calificación de la forma de gobierno *tout court*, A. Spadaro, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., pp. 91 ss.
- 100 Que en al menos dos ocasiones han tenido que ver con leyes *de conversión de decretos ley*: se trata, precisamente, del mensaje a las cámaras del Presidente Ciampi del 29 de marzo de 2002, que tenía por objeto la ley de conversión del Decreto Ley n. 4/2002, referente a «Disposizioni urgenti finalizzate a superare lo stato di crisi per il settore zootecnico, per la pesca e per l'agricoltura»; de la carta a los presidentes de las cámaras del Presidente Napolitano del 27 de diciembre de 2013 que tenía por objeto la ley de conversión del Decreto Ley n. 126/2013, denominado «decreto salva-Roma» (en este último caso no se trató – ciertamente – de un aplazamiento real, pero tuvo el mismo efecto, desde el momento en que el gobierno retiró después el proyecto del Decreto Ley de conversión objeto de las censuras del Presidente de la República). En ambos casos, el Presidente de la República ha censurado la inclusión en el texto del Decreto Ley, durante el proceso de conversión, de disposiciones «no homogéneas» con respecto al contenido del decreto, ni justificadas por los requisitos de necesidad y urgencia previstos por el artículo 77 de la Const.
- 101 Se trata de la negativa, por parte del Presidente Napolitano, de promulgar el Decreto Ley aprobado el 6 de febrero de 2009 por el gobierno de Berlusconi IV, sobre la prohibición de interrupción de la asistencia a las personas en estado vegetativo permanente (más conocido como «Decreto Englaro», por caso del cual se originó): véanse a este respecto las reflexiones de A. Spadaro, *Può il Presidente della Repubblica rifiutarsi di emanare un decreto-legge? Le «razioni» di Napolitano*, en el «Forum di Quaderni Costituzionali» ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 10/2/2009, y de A. Ghiribelli, *Il potere del Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti – legge: il “caso Englaro”*, en «Consulta on line»

las cámaras y sus presidentes <sup>102</sup>; -b) algunas sentencias importantes de la Corte Constitucional, que han declarado constitucionalmente ilegítimos Decretos Ley –o más bien, leyes de conversión de Decretos Ley– por falta de los presupuestos previstos por el artículo 77 de la Constitución (necesidad «extraordinaria» y urgencia y consistencia del contenido del Decreto Ley: sentencias n. 360/1996, en materia de «reiteración» del Decreto Ley; n.171/2007; n. 28/2008; n. 22/2012; n. 220/2013 <sup>103</sup>); -c) por lo que respecta a los jueces comunes, la remisión a la Corte Constitucional de las cuestiones de constitucionalidad citadas de los Decretos Ley y –más en general– la censura de numerosas medidas de los gobiernos por violación de otros parámetros constitucionales (en el marco del conflicto entre el poder político y la magistratura, que, en realidad, representaba otro «número» que caracteriza todo el período de la historia republicana que aquí es objeto de análisis).

En resumen: la creciente influencia del ejecutivo en el sistema político y constitucional italiano –que induce a atribuir la forma de gobierno al parlamentarismo «mayoritario»<sup>104</sup>– se produjo, en el período posterior al eje de 1993, de manera *no conforme con las disposiciones*

---

102 Con los cuales se censuró el excesivo recurso a los instrumentos «extraordinarios» que se citan en el texto: véanse, en especial, las notas del 18 de mayo de 2007, 17 de abril de 2009 29 de marzo de 2012, y las cartas a los presidentes de las cámaras y al Presidente del Consejo de Ministros del 9 de abril de 2009, 22 de mayo de 2010, 22 de febrero de 2011, 7 de marzo de 2011, 23 de febrero de 2012, todas del Presidente Napolitano. Todos estos documentos están disponibles en el sitio web de la Presidencia de la República ([www.quirinale.it](http://www.quirinale.it)). Sobre estos mensajes véase también F. Biondi – S. Leone, *Il Governo "en" Parlamento*, cit., pp. 28 ss., y A. Sperti, *Il decreto legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la "seconda svolta"*, en *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., pp. 3 ss.

103 La sentencia n. 171/2007 es especialmente importante, porque por *primera vez* la Corte Constitucional declaró constitucional ilegítima - y anuló después - una disposición de un Decreto Ley (d.l. n. 80/2004), *a pesar de la conversión producida* del decreto en ley por parte del Parlamento (ley n. 140/2004): véase, especialmente, el comentario «rápido» de A. Celotto, *C'è sempre una prima volta ... (La Corte costituzionale annulla un decreto- legge per mancanza dei presupposti)*, en «GiustAmm.it» ([www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)) y en «Consulta on line» ([www.giurcost.org/studi](http://www.giurcost.org/studi)).

104 Véase *amplius* § 4.

*constitucionales*, y, a menudo, incluso «a costa» de su distorsión interpretativa (o incluso, violación explícita). Esto ha generado las tensiones generalizadas con los órganos de garantía, antes recordadas.

### III. LAS TENDENCIAS GENERALES DE LA FORMA DE GOBIERNO EN ITALIA DESPUÉS DE 1993; EL SURGIMIENTO AL PRIMER PLANO DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

El análisis de los diferentes «elementos materiales» de la forma de gobierno en Italia –en su evolución desde 1993– realizado en los párrafos anteriores permite, en este punto, obtener algunas *tendencias generales*. A partir de estas se procederá (en el siguiente párrafo) a una evaluación global de la evolución de la propia forma de gobierno, incluso con respecto a su encaje sistemático en una de las «variantes» típicas del parlamentarismo mencionadas en la primera parte de este artículo.

Las tendencias generales (“materiales”<sup>105</sup>) que emergen son esencialmente cinco:

- 1) la adición de los partidos en coaliciones *antes* de la celebración de las elecciones; y, correlativamente, la indicación preliminar del *candidato presidente del consejo* por parte de las propias coaliciones;
- 2) la «ruptura»/desintegración de los partidos y – más a menudo – de las *coaliciones* después de la celebración de las elecciones, con la consiguiente crisis de confianza mayoría-gobierno y la dimisión de este último; a menudo durante la legislatura también se verifica el cambio de *la mayoría política*, además del gobierno;
- 3) la dificultad de las relaciones entre el parlamento y el gobierno, tanto en lo que respecta a la relación de confianza (como acabamos de ver) como en lo que respecta al ejercicio concreto de las funciones de los dos órganos;

---

105 En el sentido precisado siempre en el § 1 de este capítulo.

- 4) la «tensión» –y, a veces, el conflicto institucional real– entre el gobierno (y más en general los órganos de «dirección») y los órganos de *garantía constitucional*;
- 5) la aparición en primer plano del papel –y de la figura constitucional– del *Presidente de la República*.

Sobre esta última tendencia/cambio global, por su importancia sistemática, es necesario detener un momento la atención, sin, sin embargo, pudiéndose examinar detalladamente todos los asuntos político-constitucionales que justifican subrayado, por razones de espacio.

Esta –ciertamente– tiene sus raíces en la última fase del periodo de historia republicana anterior a 1993, en el que las presidencias de Pertini y Cossiga<sup>106</sup> se habían alejado del modelo «notarial» que, en general, se consideraba que estaba asentado en los primeros años de la República. Además, uno de los rasgos típicos del órgano presidencial en la forma de gobierno italiana, según la doctrina constitucionalista, es la «elasticidad» de sus poderes (definidos, con una imagen eficaz, «con acordeón»), es decir, la capacidad de expandirse o reducirse en función del contexto político y, en particular, del (respectivamente) mal o buen funcionamiento del circuito de dirección parlamento-gobierno<sup>107</sup>.

Sin embargo, en el período considerado aquí específicamente parece determinarse una solución de continuidad con respecto al pasado: desde el punto de vista «cuantitativo», ya que el ejercicio por parte del presidente de poderes especialmente amplios (con respecto a la «fisiología» de una forma de gobierno parlamentaria) ya no es un evento «extraordinario» y transitorio, sino que se alarga continuamente has-

---

106 Respectivamente, 1978/1985 y 1985/1992.

107 Entre las muchas referencias posibles, véase recientemente A. Spadaro, *L'evoluzione della forma di governo*, cit., p. 89; S. Cassese, *Con il governo è cambiata anche la forma di governo?*, cit., pp. 116; A. Ruggeri, *Evoluzione del sistema politico- istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica* (Informe introductorio al Convenio con el mismo nombre celebrado en Messina y Siracusa el 19 y 20 de noviembre de 2010), en «Forum di Quaderni Costituzionali» ([www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)), 20/11/2010, pp. 6 ss., y en *Evoluzione del sistema politico- istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, por A. Ruggeri, cit., pp. 3 ss. (el cual, por otra parte, somete a crítica esta fórmula doctrinaria tradicional). Anteriormente, véase A. Di Giovine, *Dieci anni di presidenza della Repubblica*, en *Il Presidente della Repubblica*, por M. Luciani y M. Volpi, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 25 ss.

ta convertirse casi en un *dato estructural* del sistema; desde el punto de vista «cualitativo», por el otro lado, ya que los poderes y la figura constitucional del Presidente de la República también tienden a cambiar aspecto, evolucionando (aunque de manera no constante) hacia una *mayor participación en la definición e implementación de la dirección política*. Esta constatación ha llevado a muchos comentaristas – y, en lo que aquí interesa, a algunos constitucionalistas<sup>108</sup> – a afirmar que la forma de gobierno italiana sufriría, en el período en cuestión, incluso un «cambio tácito», en sentido precisamente presidencial<sup>109</sup>.

Yendo un poco más a lo específico, desde 1993 hasta hoy hay –también en este caso– diferentes evidencias que permiten creer, si no precisamente en un cambio del *tipo* de forma de gobierno, al menos sí en una evolución del parlamentarismo caracterizada por el notable crecimiento en la importancia (y en los *poderes*) del Presidente de la República. Estas han sido recordadas mayoritariamente en los párrafos anteriores:

- a) la centralidad asumida por el Presidente en la *formación de gobiernos* y (sobre todo) durante la *crisis de gobierno*: el Presidente de la República, salvo en casos excepcionales, no se

---

108 Por ejemplo, Lorenza Carlassare, Gianni Ferrara y Gaetano Azzariti (cuyas reflexiones más recientes sobre el problema en cuestión pueden encontrarse en la revista «Costituzionalismo.it» - [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)); pero véase ya previamente, para el uso de la expresión «presidencialismo sigiloso», en referencia a la evolución de la forma de gobierno en Italia, M. Volpi, *Il Presidente della Repubblica tra presidenzialismo strisciante e presidenzialismo impotente*, en *Il Presidente della Repubblica*, por M. Luciani y M. Volpi, *cit.*, pp. 459 s.

109 Sobre la evolución del papel y la figura institucional del Presidente de la República –en relación con los problemas y perspectivas futuras de la *forma de gobierno* en Italia – véanse, en especial, recientemente, los volúmenes *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, por A. Ruggeri, *cit.*, y *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, por A. Baldassarre y G. Scaccia, Roma, Aracne, 2012 (que recogen las actas de dos Convenios homónimos celebrados, respectivamente, en Messina y Siracusa, el 19 y 20 de noviembre de 2010 y en Roma, Universidad «Luiss Guido Carli» el 26 de noviembre de 2010); M. Luciani, *La gabbia del Presidente*, en «*Rivista A.I.C.*» ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2013, n. 2; *Id.*, *parabola della Presidenza della Repubblica*, en «*Rivista A.I.C.*» ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)), 2014, n. 1; S. Sicardi, *Stranezze costituzionali? I tormentati esordi (a dir poco) della XVII Legislatura repubblicana*, *cit.*, § 4.2.



- limita a «supervisar» y «coordinar» los procedimientos encaminados a formar un gobierno y a la comprobación de la posibilidad de instaurar una relación de confianza, sino que ejerce un papel «activo» y condicionador (las decisiones de los partidos políticos) en ambos frentes, con diferentes instrumentos;
- b) el creciente «intervencionismo» del Presidente de la República en el *desarrollo diario de la actividad política* y, más generalmente, en la *vida pública*: esto se realiza – antes incluso de hacerlo a través del ejercicio de sus poderes «formales» previstos por la Constitución – cada vez más comúnmente mediante actos «informales», como las denominadas «declaraciones»; las referencias a las fuerzas políticas para adoptar (o para evaluar la posibilidad de adoptar) ciertas medidas; los «comunicados de prensa» y las «notas»” publicados en el *sitio web* de la Presidencia de la República, y por lo tanto directamente accesibles para todos;
  - c) en especial, la intervención relevante del presidente – a través de sus actos «formales» – en las *medidas* adoptadas por los órganos político-representativos que, a menudo, se exponen a censuras de inconstitucionalidad (remisión de las leyes y mensajes a las cámaras);
  - d) finalmente (pero no último<sup>110</sup>), el «impulso» –siempre por parte del presidente– a los procesos de *reforma institucional* y, en especial, *constitucional*: de hecho, todos los presidentes que ha habido desde 1993<sup>111</sup> han expresado (aunque con diferentes maneras) una posición favorable para la adopción de reformas –incluso *constitucionales*– encaminadas a redefinir el marco institucional italiano; y esto en el supuesto de que el marco institucional, después de los cambios políticos producidos precisamente desde 1993, ya no fuera adecuado para perseguir de manera eficaz sus propios fines. El presi-

---

110 Evidentemente, se trata de un aspecto que parece ser especialmente delicado y controvertido, ya que afecta a la esencia propia del papel y de la *figura* del Presidente de la República en el ordenamiento constitucional italiano.

111 Con la excepción, quizás, del Presidente Mattarella, elegido en 2015 y cuyo mandato (de siete años) aún está en curso.

dente Napolitano, en la última parte de su primer mandato y en el momento de su (histórica) reelección de 2013, fue aún más lejos: en un contexto de gravísima dificultad del sistema político y de parálisis en la toma de decisiones de los partidos de la «Segunda República», unida a una situación de continua crisis económica y de legitimización de Italia en el foro unitario europeo, nombró una comisión de expertos, a la que encargó *elaborar propuestas de «medidas encaminadas a hacer frente...a la crisis del sistema institucional»* (Los denominados «sabios», que presentaron su Informe final el 12 de abril de 2013)<sup>112</sup>; después, –en su discurso celebrado ante las cámaras en la sesión conjunta inmediatamente después de su reelección– incluso ha *unido explícitamente su reelección y permanencia en el cargo a la realización de las reformas institucionales y constitucionales*, definidas «improrrogables»<sup>113</sup>.

Esta orientación –más allá de las posibles evaluaciones de fondo– parece demostrar de manera especial el «cambio cuantitativo» producido en los poderes y en el papel del órgano presidencial en el sistema constitucional italiano en el período desde 1993 hasta hoy: de «notarial» y de pura garantía constitucional (al menos parcialmente) de «dirección política»<sup>114</sup>. Se trata de un dato ciertamente relevante para la reconstrucción total de la forma de gobierno<sup>115</sup>.

---

112 Informe publicado en el sitio web de la Presidencia de la República ([http://presidenti.quirinale.it/Napolitano/qrnw/statico/attivita/consultazioni/c\\_20mar2013/gruppi\\_lavoro/2013-04-12\\_relazione\\_finale.pdf](http://presidenti.quirinale.it/Napolitano/qrnw/statico/attivita/consultazioni/c_20mar2013/gruppi_lavoro/2013-04-12_relazione_finale.pdf)), junto con el Informe final del otro Grupo de Trabajo reducido nombrado al mismo tiempo por el presidente Napolitano, sobre las «*reformas económico-sociales*». El mandato del Grupo de Trabajo sobre las «*reformas institucionales*», citado en el texto, es indicado expresamente en la pág. 4 del Informe final.

113 El texto íntegro del discurso en cuestión, celebrado en la sesión conjunta de las cámaras del 22 de abril de 2013, ha sido publicado, en especial, en el sitio web de la Presidencia de la República (<http://presidenti.quirinale.it/elementi/Continua.aspx?tipo=Discorso&key=2688>).

114 En este sentido cabe destacar la posición recientemente adoptada por S. Cassese, *Con il governo è cambiata anche la forma di governo?*, *cit.*, p. 116, según el cual el Presidente de la República jugaría «un papel activo en el campo político, muy diferente de aquel de garante que le asigna la retórica constitucionalista».

115 Véase, en especial, más recientemente, A. Spadaro, *L'evoluzione della forma di*

Finalmente, hay que recordar que, durante este período también la *jurisprudencia constitucional* – en especial con la sentencia n. 1/2013 inherente al conflicto de atribuciones surgido entre el presidente Napolitano y la fiscalía de la República de Palermo relativo al uso de algunas escuchas telefónicas del Presidente<sup>116</sup> – ha reconocido la centralidad («activa») del Presidente de la República en el sistema constitucional. El Tribunal Constitucional ha definido al presidente, de manera significativa desde el punto de vista de este artículo, órgano «garante del *equilibrio constitucional*» y de la «cohesión y funcionamiento armonioso de los poderes, políticos y de garantía, que constituyen el marco constitucional de la República... órgano de *moderación y estímulo ante otros poderes*, en casos que tienden a excesos o inercia... Todos los poderes del Presidente de la República – afirmó después el tribunal en la sentencia citada – tienen... la finalidad de permitir al mismo *dirigir los impulsos apropiados a los titulares de los órganos que deben asumir decisiones de mérito*, sin que nunca se sustituyan estos, pero sí *iniciando y promoviendo su funcionamiento*, o, *en casos de crisis o bloqueo, adoptando medidas encaminadas a reiniciar el ciclo de desarrollo normal de las funciones constitucionales*»<sup>117</sup>.

#### IV. UNA EVALUACIÓN DE SÍNTESIS: LA FORMA DE GOBIERNO ITALIANA DESDE 1993 HASTA HOY Y SU ENCAJE EN LAS «SUBCATEGORÍAS» TÍPICAS DE LA FORMA DE GOBIERNO PARLAMENTARIA

A partir de las tendencias generales indicadas anteriormente se puede proceder a una *evaluación de síntesis* acerca de la naturaleza y la evolución de la forma de gobierno en Italia desde 1993 hasta

---

*governo, cit., espec. pp. 81 ss. y 96 ss.* que ha definido la forma de gobierno italiana «parlamentaria con *suplencia de los órganos de garantía*» y – más específicamente – «con rasgos presidenciales moderados».

116 En el ámbito del proceso conocido en la denominada «trattativa Stato - mafia». Para la reconstrucción de la cuestión procesal y de los argumentos del tribunal, en la ya extensa bibliografía formada, véanse los artículos publicados en el sitio «Consulta On Line» de Pasquale Costanzo, en el enlace relativo a dicha sentencia (<http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>).

117 Sentencia n. 1/2013, punto 8 del «Considerato in diritto».

la actualidad, intentando, además, (como se anunció anteriormente) *clasificarla* en una de las «subcategorías» –o «variantes»– típicas del parlamentarismo.

Para dicho fin, es necesario recordar aquí que *antes* del «punto de inflexión» político-institucional de 1993, la forma de gobierno italiana era definida por la doctrina parlamentaria «con multipartidismo exasperado» (Elia<sup>118</sup>), o «compromisorio», o «con predominancia del legislativo» (Di Giovine<sup>119</sup>). Se pretendía recalcar –con estas calificaciones– la *centralidad de los partidos* y de sus dinámicas (tanto internas como «externas»: sus relaciones recíprocas) en dicha forma de gobierno; por otra parte (y como consecuencia directa), la «*predominancia*» «o la «primacía») *del parlamento en el gobierno* y la debilidad e inestabilidad de los ejecutivos. Esto en un contexto en el que, para una elección específica del Constituyente, la forma de gobierno parlamentaria estaba (como lo sigue estando) disciplinada con pocas disposiciones constitucionales, con escaso contenido<sup>120</sup>: era *aquella dinámica de las relaciones políticas* la que determinaba la forma de gobierno.

Con respecto a este «punto de partida», el período *siguiente* al referéndum electoral de 1993 y más cercano a nosotros registra, como se ha visto en el párrafo anterior, los diferentes fenómenos y tendencias de «ruptura», pero también otros que expresan una continuidad sustancial del parlamentarismo italiano.

Los primeros son representados (1) *por* la adición de los partidos (por otra parte, casi completamente *diferentes de los del período anterior*, y esto es un hecho muy relevante<sup>121</sup>) en coaliciones políticas *antes* de las elecciones, con la indicación contextual del nombre del candidato *Premier* de cada coalición<sup>122</sup>; (2) por el refuerzo significati-

118 En *Forme di Stato e forme di governo*, cit., p. 2603.

119 En *Le forme di governo*, cit., p. 705.

120 Véase más ampliamente después, § 5.

121 Véase *retro* § 2,1.

122 Esta tendencia “revierte” el esquema de las relaciones entre los partidos típico del sistema electoral proporcional, en el que las alianzas políticas se hacen *después de* las elecciones, y que hace que sea posible en el periodo considerado, la estructuración del sistema político italiano (aunque de una manera muy gradual

vo del gobierno en el sistema político-constitucional y, en su interior, del *Presidente del Consejo*<sup>123</sup>; (3) por una “tensión” entre el gobierno (y más generalmente los órganos «de dirección») y los órganos de una garantía mayor que en el pasado (de la cual se han indicado algunos aspectos importantes) y que, respecto a otras formas de gobierno parlamentarias, muestra –como se ha visto– un componente «patológico»; (4) *finalmente, por* la emersión del papel y de la figura constitucional del *Presidente de la República* (que también se encuentra en algunas de las *propuestas de enmienda constitucional* de la propia forma de gobierno –de parlamentaria a presidencial, precisamente, o al menos «semipresidencial»– presentadas durante el período aquí examinado).

Estas tendencias consideradas en su conjunto, podrían considerar que la forma de gobierno italiana ha evolucionado hacia un parlamentarismo «mayoritario», con carácter sustancialmente «bipolar», si no bipartidista (o –si se quiere aludir otra vez a la clasificación de Elia, y teniendo en cuenta la persistencia en el sistema político de diferentes partidos– “*con multipartidismo moderado*»<sup>124</sup>) y *prevalencia del ejecutivo*. Sin embargo, también hay, en el período de 1993 hasta la actualidad, fenómenos y tendencias de distinto signo, inspirados –como se ha dicho– *continuamente* con respecto a las características del régimen parlamentario anterior. Se trata en especial: (1) *de la extrema* conflictividad interna de los partidos, que también se traslada a las *coaliciones* como efecto de las diferencias significativas existentes entre los propios partidos (obligados a coaligarse por el sistema electoral mayoritario en vigor al menos hasta 2017)<sup>125</sup>; (2) *por la dificultad* (co-

---

y «cansina») en una dirección sustancialmente «bipolar», incluso con una disminución en el número de grupos parlamentarios.

123 La denominada «Presidencialización» del Ejecutivo también se encuentra, por lo tanto, en otras experiencias constitucionales contemporáneas: véase A. Di Giovine y A. Mastromarino, *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Torino, Giappichelli, 2007.

124 Como se ha visto en el § 2.1, sin más partidos denominados «antisistema» y excluidos «*a priori*» de la participación en la mayoría del gobierno (como, en cambio, sucedía antes de 1993).

125 Véase a este respecto, anteriormente, §§ 2.1 –2.2. Esto comporta– como en el período de *antes de 1993* – la ruptura de las coaliciones de gobierno durante las

rrelacionada) de las relaciones entre el parlamento y el gobierno, de las cuales se indican<sup>126</sup> los aspectos más relevantes (y que generalmente no se encuentra en los parlamentarismos «mayoritarios»).

En definitiva, la evolución hacia el parlamentarismo «mayoritario» (o «con multipartidismo» o predominantemente ejecutivo) se produjo de manera *parcial* en Italia en el período posterior a 1993; «*forzoso*», porque fue determinada por el cambio de las *normas electorales* impuesto por el referéndum popular del 18 de abril de 1993, más que por la espontánea voluntad de los actores políticos<sup>127</sup>; y – finalmente – *contradictorio*, permaneciendo en el sistema elementos significativos de «conservación» (o si se prefiere, de «arrastre» y «resistencia») del régimen anterior. Y en los años más cercanos a nosotros – como resultado de los ulteriores cambios del sistema político debidos a la consolidación del Movimento 5 Stelle, y la reintroducción de un sistema electoral predominantemente proporcional por la ley n. 165/2017 – la forma de gobierno parece haber vuelto a una connotación de alguna manera comparable a la del *primer* período de historia republicana, recordado anteriormente. Por ello, resulta difícil clasificar en términos unívocos la actual forma de gobierno italiana (mucho más a raíz de los eventos más recientes): esta, más que entrar en una de las “subcategorías” precisas (o “variantes”) del parlamentarismo identificado por la literatura jurídica, parece una forma de gobierno parlamentario “*híbrida*” que – al estado – muestra elementos tanto de una (parlamentarismo «mayoritario») como de la otra (parlamentarismo «compromisorio») «variante»<sup>128</sup>.

Por lo demás, se observó al comienzo de este trabajo que las clasificaciones abstractas de las formas de gobierno – aunque útiles en clave reconstructiva – no resultan, a menudo, completamente adecuadas para describir la efectividad de los regímenes políticos.

---

legislaturas y, en consecuencia, la precariedad e inestabilidad de los gobiernos.

126 Siempre en § 2.2, y luego en 3.

127 Los cuales, en cambio, continuaron operando, como antes, en el sistema político de manera conflictiva y «fluida».

128 Tal vez es posible confirmar – echando atrás la vista en los veinticinco años aquí examinados (1993/2018) – que en Italia ha habido una «*transición inacabada*» del parlamentarismo «compromisorio» al «mayoritario».

## V. LA INTERPRETACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA FORMA DE GOBIERNO Y LA RELACIÓN ENTRE ESTAS NORMAS FORMALES Y LA PRÁCTICA DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

Pasando ahora a examinar más específicamente la forma en que han sido interpretadas por los actores políticos e institucionales después de 1993 las *disposiciones constitucionales* –y, por lo tanto, la *relación* establecida entre estas normas formales y la *práctica de los órganos constitucionales*, de conformidad con la exploración del trabajo presentada en el párrafo primero–, hay que señalar, en primer lugar, que el marco constitucional está caracterizado por *pocas normas, con un contenido mínimo*. Los artículos 92 y siguientes de la Carta, de hecho, solo disponen que el presidente del consejo y los ministros sean nombrados por el Presidente de la República y que el gobierno, en un plazo de diez días desde el nombramiento, deba presentarse a las cámaras para obtener la confianza<sup>129</sup>; los artículos 94 y 88 prevén, respectivamente, la institución de la moción de censura y la disolución anticipada de las cámaras por parte del Presidente de la República, sin indicar, sin embargo, los presupuestos (en especial para la disolución anticipada) ni las consecuencias (en especial para la moción de censura, más allá de la previsión –por otra parte implícita<sup>130</sup>– de la obligación de dimitir del Gobierno que pierda la moción). Dicha concisión de las normas constitucionales, como es sabido, no es casual: responde a una elección muy precisa de la Asamblea Constituyente<sup>131</sup>, según la cual la forma de gobierno parlamentaria no debía ser disciplinada de manera analítica, para poder permitir en la práctica posterior (es decir, en las relaciones futuras entre los partidos) determinar contenido y evolución.

---

129 En un contexto de bicameralismo «igual» (o «perfecto»), en el que ambas *cámaras* dan su confianza al gobierno.

130 A la combinación dispuesta del primer y del cuarto párrafo del artículo 94 de la Carta.

131 Expresada en el famoso «orden del día Perassi», precisamente sobre la forma de gobierno parlamentaria.

Además, también se señala que en el período posterior a 1993 (como ya en la primera fase de la historia republicana italiana) las disposiciones constitucionales citadas *no han sufrido modificaciones*, a pesar de las reiteradas propuestas de reforma que han sido presentadas<sup>132</sup>. La principal reforma que ha afectado a la forma de gobierno, como hemos visto –la introducción del sistema electoral mayoritario<sup>133</sup>–, fue aprobada con ley ordinaria (tras el referéndum popular celebrado el 18 de abril de 1993)<sup>134</sup>.

Precisado esto, en el periodo en cuestión es posible identificar una continuidad sustancial incluso en la *interpretación y aplicación* de las disposiciones constitucionales de las que se trata. En la práctica no se registran modificaciones interpretativas relevantes, sino solo «adaptaciones», por así decirlo, en el cambiado contexto político mayoritario surgido de la reforma electoral de 1993 y persistente –como se ha visto– al menos hasta la legislatura abierta de las políticas de 2013. En otras palabras, los «intérpretes institucionales» de la Constitución en el ámbito de la forma de gobierno – en primer lugar, el Presidente de la República, «garante supremo» del sistema<sup>135</sup> – han seguido dando una lectura del texto constitucional adherido a un parlamentarismo «compromisorio»<sup>136</sup> y con «predominancia del legislativo», como aquella que se había consolidado en décadas anteriores de la historia de la República.

Aquí no es posible detenerse en las diferentes disposiciones y sus respectivos aspectos interpretativos<sup>136</sup>. A modo de ejemplo únicamen-

---

132 Se mencionará en el párrafo siguiente.

133 Sistema en vigor, con algunas modificaciones (en especial, la Ley n. 270/2005), hasta las sentencias n. 1/2014 y n. 35/2017 del Tribunal Constitucional y la Ley n. 165/2017, ya recordadas.

134 Destacan esta «continuidad formal» del texto constitucional, por ejemplo, N. Wolf y G. Piccirilli, *Le recenti evoluzioni della forma di governo italiana: una conferma della sua natura parlamentare*, en [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it) y en «Democrazia e diritto», 2012, pp. 85 ss.

135 Para esta definición véase la sentencia n. 1/2013 del Tribunal Constitucional (mencionada en el § 3).

136 Por otra parte, ya han sido recordadas en gran medida en los párrafos anteriores (en especial, §§ 2.1 – 2.5), en el contexto del análisis de los diferentes aspectos concretos de la forma de gobierno italiana.



te, se puede recordar que el artículo 88 de la Const. –sobre el poder de disolución anticipada de las cámaras– aún tiende a ser interpretado por los Presidentes de la República (y por la literatura jurídica predominante) en el sentido de prever un poder a ejercerse (solo) en el caso de que resulte imposible formar un gobierno, y, por lo tanto, de *cualquier* mayoría política (disolución como “*extrema ratio*»), en vez de en los casos de extinción de la mayoría política/coalición que resulte ganadora en las elecciones, a pesar de un contexto mayoritario y (que tiende a hacerse) «bipolar». Las disoluciones anticipadas dispuestas después de 1993 (1996 y 2008<sup>137</sup>) son expresión de esta lectura.

Por lo tanto, parece posible afirmar: -a) que el cambio del sistema político en sentido mayoritario, que se produjo a partir del citado referéndum electoral y al menos hasta el 2013, ha sido en su mayoría «devaluado» durante la aplicación concreta de las disposiciones constitucionales sobre la forma de gobierno; -b) y que, por lo tanto, la evolución de la forma de gobierno que –sin embargo, como hemos visto anteriormente, hubo en el período posteriores a 1993 – fue una evolución (b.1) sin cambios en la Constitución (es decir, sin modificaciones formales en el texto de la Carta), y también (b.2) un marco de continuidad en la interpretación y aplicación práctica de las normas constitucionales vigentes.

Esta constatación, en el debate político –pero también doctrinal– al menos dos décadas desde 1993, ha llevado a muchos defensores del modelo mayoritario a identificar en la Constitución de 1948 el principal «responsable» de la no realización (completa) de este modelo en Italia. De ahí las numerosas propuestas de *revisión* –a veces radical– del texto constitucional que han sido presentadas<sup>138</sup>, todas ellas encaminadas a «estabilizar» el parlamentarismo mayoritario

---

137 Representa la única excepción, quizás, el caso de la disolución decretada en enero de 1994 por el presidente Scalfaro, a la cual se hizo referencia en § 2.3.

138 Como parte de una renovada – pero muy cuestionable y preocupante, desde el punto de vista del derecho constitucional – concepción *del poder constituyente y de su ejercicio* basada en una relación sustancialmente «plebiscitaria» entre los órganos políticos de referencia y la gente/órgano electoral (amplias referencias sobre esta problemática en S. Sicardi, *Costituzione, potere costituente e revisione costituzionale*, in *Vent'anni di Costituzione*, cit., pp. 46 ss.).

(precisamente constitucionalizandolo)<sup>139</sup>. Además, se trata de propuestas basadas en el convencimiento (al cual se ha sometido un juicio de valor) de que solo el sistema de mayoría garantizaría la estabilidad y la «eficiencia de toma de decisiones» de los gobiernos y, por lo tanto, sería «indispensable» en Italia, en el plano institucional, para abordar de manera eficaz los graves problemas existentes<sup>140</sup>. En realidad –más allá de cualquier evaluación sobre el fondo de esta última afirmación, evidentemente opinable–, el hecho de que sea incompleta la «transición italiana» después de 1993 (sobre la que, sin embargo, no pueden plantearse serias dudas<sup>141</sup>) debe atribuirse principalmente a factores distintos de las normas constitucionales: en concreto, a la estructura y las dinámicas *del sistema político* que, en el período en cuestión, han demostrado ser refractarias al establecimiento de un parlamentarismo mayoritario claro. Como se ha visto anteriormente, los *actores políticos* no han sido capaces (o no han querido), después de la convulsión sufrida por el sistema político a causa de las investigaciones judiciales de 1992/1993 y la reforma de la ley electoral impuesta por el referéndum de 1993, de asumir *comportamientos prácticos* coherentes con el modelo mayoritario típico de los parlamentarismos extranjeros (el inglés en primer lugar). Y también en el período más reciente, en especial –inaugurado por las elecciones de 2013 y que está continuando en la legislatura actualmente en curso–, han puesto de manifiesto dinámicas típicas de la fase *anterior a 1993*, caracterizada por el «multipartidismo exasperado» y por un parlamentarismo típicamente compromisorio<sup>142</sup>.

---

139 Véase además § 6 (y referencias relativas).

140 Las referencias a este argumento (a veces, además, quizás hasta demasiado críticas), por ejemplo, en L. Carlassare, *Maggioritario* en «Costituzionalismo.it» ([www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it)), 2008, n. 1, y en P. Caretti, *Principio maggioritario e democraticità del sistema costituzionale*, *ibidem* (el cual señala que, en los últimos años más cercanos a nosotros, el «principio mayoritario ...en sí» ha sido considerado «un tipo de panacea para cualquier mal»).

141 Véase más arriba § 4.

142 Detecta el regreso de la «centralidad» del Parlamento en el contexto actual, por ejemplo, M. Ainis, *La forma di governo della Terza Repubblica*, *cit.*, p. 113.

En efecto, la Constitución republicana en el ámbito del gobierno es un texto estructuralmente «abierto», y por lo tanto compatible con formas (o «variantes») diferentes de parlamentarismo<sup>143</sup>. La realización práctica de una u otra forma no depende, por lo tanto, solo (ni, quizás, mucho) de la estructura y del contenido de las disposiciones constitucionales, sino – precisamente – de los *comportamientos prácticos* de los sujetos de la propia forma de gobierno: es decir, sobre todo los partidos. Si dichos comportamientos no se dirigen de una forma estable y suficientemente decidida hacia una estructura determinada de la forma de gobierno, esto no puede realizarse de manera concreta, a pesar de la presencia de normas jurídicas favorables a la misma (o, al menos, coherentes con la misma). Esto demuestra la relación – problemática – de «*interacción*» necesaria que une las normas jurídicas y los «hechos políticos» (y, en particular, la práctica de los órganos constitucionales) en aras de determinar una forma de gobierno histórica, de lo cual se ha hablado al principio de este artículo.

---

143 Entre las muchas posibles referencias al respecto (para las que se remite a la bibliografía indicada al margen del capítulo), se destacan R. Cherchi, *La forma di governo, cit.*, § 3 (que detecta, en especial, que la Asamblea constituyente, «dio... ejecución al orden del día Perassi de manera parcial», ya que las disposiciones constitucionales relativas a las «relaciones políticas más significativas – especialmente, [a la] definición de los informes de dentro del gobierno, los poderes del Gobierno en el Parlamento, el poder de disolución de las Cámaras...eran tan elásticas, aunque no completamente indefinidas, como para dejarlas después de la especificación de su *ubi consistam*»); A. Ruggeri, *Le crisi di governo tra “regole” costituzionali e “regolarità” della politica, cit.*, pp. 40 ss. (el cual observa que «el modelo constitucional ... [presenta] una formidable «apertura» estructural, que hace que esté disponible para dejarse «impresionar» invariablemente y «volver a plasmar» sustancialmente «regularidades» más marcadas); M. Timiani, *Crisi e formazione dei governi, cit.*, p. 69 (que afirma expresamente que «el modelo de parlamentarismo de consenso que dominó durante la llamada «Primera República»... fue...solo «una de las posibles modalidades de realización» del dictado constitucional; como «una de las posibles modalidades utilizadas» es «la democracia mayoritaria» ... la cual «se coloca legítimamente dentro de la Constitución».

## VI. UN PERIODO MARCADO POR PROPUESTAS DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN FORMA DE GOBIERNO

No es posible concluir un análisis específico de las nuevas orientaciones en la forma de gobierno en Italia sin hacer al menos una alusión a las *propuestas e intentos de reforma de las disposiciones constitucionales* en la propia forma de gobierno, que se realizaron en el período posterior a 1993. De hecho, por su número y contenido (además de la importancia que han asumido en el debate político y de la doctrina constitucional), representan una de las «cifras» que caracterizan toda esta fase de la historia de la república.

Estos proyectos, como ya se ha dicho, son movidos por un juicio –opinable, pero ampliamente compartido por los actores políticos– de “insuficiencia producida” de las normas constitucionales sobre la forma de gobierno y, en particular, sobre las relaciones entre el parlamento y el gobierno: estas normas son consideradas inadecuadas con respecto a las exigencias de estabilidad del ejecutivo y rapidez y «eficiencia en la toma de decisiones» de la misma. Por otro lado (y este es otro dato relevante para este análisis), las propuestas en cuestión están unidas por el hecho de haberse mostrado concretamente erróneas, ya que *ninguna de estas* ha llegado a la aprobación llevando a cabo todos los pasos previstos por el artículo 138 de la Constitución (incluyendo, más recientemente, aquella elaborada por la mayoría de centroizquierda en la pasada legislatura - proyecto ley constitucional Renzi- Boschi–, que fue rechazada por el referéndum del 4 de diciembre de 2016<sup>144</sup>); y esto por varias razones<sup>145</sup>.

---

144 Al respecto véase S. Sicardi, M. Cavino, L. Conte, L. Imarisio, G. Sobrino, C. Tripodina, *La riforma respinta (2014 - 2016). Riflessioni sul d.d.l. costituzionale Renzi - Boschi*, Bologna, Il Mulino, 2017.

Cabe recordar que en la actual legislatura (que comenzó en 2018) – y precisamente tras un referéndum ex art. 138 de la Constitución, que tuvo lugar del 20 al 21 de septiembre de 2020 – se aprobó una revisión constitucional consistente en la reducción (definida populísticamente, en particular por el Movimento 5 Stelle que lo propuso por primera vez, “corte”) en el número de miembros de las Cámaras: de 630 a 400 en la Cámara de Diputados y de 315 a 200 en el Senado de la República. Además, se trata de una reforma constitucional que, si bien no está del todo desprovista de posibles repercusiones en la forma de gobierno, no la afecta directamente ni afecta – en particular – a las relaciones entre Parlamento y Gobierno.

145 Sin embargo, a menudo están unidas a la inestabilidad de las mayorías políticas

En este contexto nos limitamos a listar los proyectos más importantes de reforma constitucional – para destacar precisamente el número, además de los extremos de referencia –, remitiendo a tratamientos más profundos para su análisis específico<sup>146</sup>:

- 1) proyecto de la *Comisión parlamentaria para las reformas institucionales constituida en la XI legislatura* (denominado «*Commissione De Mita - Iotti*»), presentado a los presidentes de las dos cámaras el 11 de enero de 1994<sup>147</sup>;
- 2) proyecto del *Comité de estudio sobre reformas institucionales, electorales y constitucionales nombrado en la XII legislatura* (denominado «*Comitato Speroni*»), presentado al gobierno de Berlusconi el 21 de diciembre de 1994<sup>148</sup>;
- 3) proyecto de la *Comisión parlamentaria para las reformas constitucionales* -denominado «*Bicamerale D’Alema*» (XIII legislatura, 1997- 1998), instituida por la ley constitucional n. 1/1997<sup>149</sup>;
- 4) Decreto Ley constitucional del *gobierno Berlusconi II* (XIV legislatura), aprobado definitivamente (por mayoría absoluta) el 16 de noviembre de 2005, pero rechazado por el referéndum *ex art. 138 Const.* celebrado el 25-26 de junio de 2006;

---

que las han elaborado (otro elemento caracterizador del período después del “punto de inflexión” de 1993 – sobre el cual aquí no es posible realizar reflexiones apropiadas – es, en efecto, el hecho de que las reformas de la Constitución han sido propuestas, generalmente, por las *mayorías políticas* prevalentes de vez en cuando, y no compartidas entre la mayoría y la oposición).

146 Permítase remitir a G. Sobrino, *Il percorso delle riforme costituzionali*, en S. Sicardi, M. Cavino, L. Conte, L. Imarisio, G. Sobrino, C. Tripodina, *La riforma respinta, cit.*, pp. 15 ss.

147 El texto del proyecto en cuestión (así como de los proyectos indicados después en el texto) puede consultarse, en especial, en el sitio web de la Cámara de Diputados, en el enlace <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/dossier/prec07.htm>.

148 Texto consultable en el enlace <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/dossier/prec08.htm>.

149 Véase, en este sentido, los materiales en el enlace <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/>, así como *La Comisión Bicameral para las Reformas Constitucionales. Los proyectos, los trabajos, los textos aprobados*, por P. Costanzo, G.F. Ferrari, G.G. Florida, R. Romboli y S. Sicardi, Padova, Cedam, 1998.

- 5) propuesta de ley constitucional aprobada por la *Comisión de Asuntos Constitucionales de la cámara el 17 de octubre de 2007* (denominada «*Bozza Violante*», XV legislatura)<sup>150</sup>;
- 6) informe final del *Grupo de Trabajo sobre las reformas institucionales nombrado por el Presidente de la República el 30 de marzo de 2013* (al comienzo de la XVII legislatura: denominado «*saggi di Napolitano*»)<sup>151</sup>;
- 7) informe final de la *Comisión para las reformas constitucionales instituida por el Presidente del Consejo el 11 de junio de 2013* (denominado «*Commissione dei 35 saggi*», XVII legislatura, 12 de junio –17 de septiembre de 2013)<sup>152</sup>;
- 8) Decreto Ley constitucional del *gobierno Renzi* (Decreto Ley const. «*Renzi-Boschi*» XVII legislatura), aprobado finalmente (por mayoría absoluta) el 11 de enero de 2016, pero rechazado por referéndum *ex art. 138 Const.*, celebrado el 4 de diciembre de 2016<sup>153</sup>.

Debido a la no aprobación de estos –numerosos– proyectos surge una falta de cambios/ continuidad (o si se prefiere, la “resistencia”) de las normas constitucionales sobre la forma de gobierno, a lo que hemos hecho referencia anteriormente.

---

150 Consultable (en comparación útil sinóptica con los de los proyectos que lo precedieron, así como con aquel aprobado por el Senado en la siguiente legislatura – la XVI - en 2012, A.C. n 5386) en el Expediente del Servicio de estudios del Senado, en mayo de 2013, n. 14, disponible en el enlace <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00739725.pdf>.

151 Disponible en el sitio web de la presidencia de la República ([http://presidenti.quirinale.it/Napolitano/qrnw/statico/attivita/consultazioni/c\\_20mar2013/gruppi\\_lavoro/2013-04-12\\_relazione\\_finale.pdf](http://presidenti.quirinale.it/Napolitano/qrnw/statico/attivita/consultazioni/c_20mar2013/gruppi_lavoro/2013-04-12_relazione_finale.pdf)).

152 Disponible en el sitio web del Ministerio para las Reformas Constitucionales (en el enlace <http://riformecostituzionali.gov.it/commissione-riforme.html>).

153 Vuélvase a ver S. Sicardi, M. Cavino, L. Conte, L. Imarisio, G. Sobrino, C. Tripodina, *La riforma respinta, cit.*

# Fundamentos de la teoría clásica de las formas de gobierno y estado de derecho. Avatares en la construcción del estado constitucional en México

ISIDRO DE LOS SANTOS OLIVO<sup>1</sup>

SUMARIO: I. PRETENSIONES ANTROPO-AXIOLÓGICAS EN LA TIPIFICACIÓN DE LAS FORMAS DEL PODER. II. EL PENSAMIENTO DE PLATÓN EN LA SISTEMATIZACIÓN DE LAS FORMAS DE GOBIERNO. III. ARISTÓTELES Y LA CATEGORIZACIÓN DEL FENÓMENO ESTRUCTURAL DEL PODER POLÍTICO. IV. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS EN LA CONFECCIÓN CIENTÍFICA DEL CONCEPTO ESTADO DE DERECHO. V. SUCINTO RECORRIDO DIACRÓNICO EN EL DESARROLLO DEL ESTADO DE DERECHO EUROATLÁNTICO. VI.- COMPLEJIDADES GENEALÓGICAS EN LA CONFECCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN MÉXICO. VII. DESAFÍOS SOCIOCULTURALES Y QUERELLAS POLÍTICO-INSTITUCIONALES PARA LA CONSECUCCIÓN DE UNA COMUNIDAD LIBRE Y DEMOCRÁTICA. VIII. REFLEXIONES FINALES.

## I. PRETENSIONES ANTROPO-AXIOLÓGICAS EN LA TIPIFICACIÓN DE LAS FORMAS DEL PODER

Los trabajos científicos que intenten reflexionar sobre la categorización o tipologías de las “formas del poder” no pueden pasar por alto, al menos someramente, cometer un examen de las correlaciones que se suscitan entre la *forma de gobierno* y la *forma de Estado*. Según Norberto Bobbio, para abordar las teorías más conocidas sobre las formas de gobierno, debe considerarse primeramente que “...generalmente cualquier teoría de las formas de gobierno presenta dos aspectos: uno descriptivo y otro prescriptivo”.<sup>2</sup>

---

1 Profesor-Investigador adscrito a la División de Estudios de Posgrado, de la Facultad de Derecho “Abogado Ponciano Arriaga Leija”, de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México.

2 *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, traducción de José F. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México,

En la consideración dualista<sup>3</sup> del profesor turinés, se distingue, en cuanto a la primera clasificación, una genealogía diacrónica, advertida mediante la experiencia histórica. Por lo que hace al patrón prescriptivo, a las tipificaciones, no les basta lo descriptivo, sino que inciden en elementos perentorios que manifiestan juicios de valor, esto es, consideraciones axiológicas en la sistematización de las formas de gobierno.

Ambas apreciaciones fueron atendidas en los esquemas seguidos por Platón y Aristóteles. Uno y otro, fueron más insistentes, para la confección de sus *estándares*, en los discernimientos cualitativos, acentuando con ello el cariz prescriptivo, también aludido por Bobbio.

Desde los orígenes de nuestra más remota tradición civilizatoria, esto es, si convenimos desde la cultura greco-latina, punto de partida de toda meditación democrático-liberal, la principal ocupación cognoscitiva de los pensadores, desde esa época y, hasta nuestros días, ha sido la de establecer límites racionales al ejercicio del dominio o mando, de la autoridad política. La ciencia constitucional en este sentido, implica una teoría *restriccionista* del poder. “¿De qué se han ocupado los pensadores políticos —se plantea Norberto Bobbio— desde los griegos en adelante? Sobre todo de cómo domar a la ‘bestia salvaje’...”<sup>4</sup> El propio Bobbio, con la pretensión de someter a esa fiera, apela a cuatro fórmulas.<sup>5</sup>

Desde la cultura helénica, ha habido intentos de establecer una clasificación del *poder político*. Pablo Lucas Verdú y, su hijo, Pablo Lucas Murillo de la Cueva, nos recuerdan este aserto al indicar que “El occidental ha propendido, desde antiguo, a configurar formalmente los instrumentos y elementos que conforman la convivencia

1987 (reimpresión 1996), p. 9.

3 *Ibidem*, pp. 9 y 10.

4 *La Norma y la Bestia. Entrevista de Massimo Brutti a Norberto Bobbio*, recogida en Schmitt Carl, *El Leviatán en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes*, Distribuciones Fontamara, México, 2008, pp. 40 y 41.

5 “...esta bestia se puede domar o apelando a Dios, o con la educación, o sustentando la primacía de la ética, o, más realistamente (y aquí interviene el pensamiento liberal), mediante una serie de arreglos institucionales: elaborando reglas que permitan limitar el poder lo más posible”. *Ibidem*, p. 41.



política...Sin duda, esto es una herencia del mundo griego en la medida que, desde entonces, se transfirió a la esfera política la tendencia a establecer, idealmente, las formas, categorías y medidas de la convivencia política”.<sup>6</sup> Esta *morfología* del poder y de las organizaciones políticas, fue elaborada, mucho antes, del establecimiento del concepto maquiavélico de Estado.

Platón fue uno de los pioneros en desarrollar una gran *sistematización* de las formas de gobierno de su tiempo, tan madura y cuidada que, sigue siendo aprovechada, hasta nuestros días. El más conspicuo discípulo de Sócrates al desarrollar su escuela filosófica —motivado por la decadencia del régimen político de su tiempo— conformó una gran propuesta teórica que estableciera las condiciones para erigir la comunidad, las antiguas *polis* griegas, en *arquetipo*, particularmente su nación, Atenas. En su *modelo ideal* o, *verdadero gobierno*, los filósofos tendrían que convertirse en preceptores y gobernantes; o estos, la clase dirigente, encomendarse a los filósofos, para estar en condiciones, *humanas, antropométricas, viables*, para terminar con las declinaciones políticas de su tiempo.<sup>7</sup>

---

6 *Manual de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 242.

7 Dentro de las aportaciones *gnoseológicas* de Platón, se encuentran sus *Cartas*, las cuales han sido consideradas por algunos, más por su valor histórico, que filosófico o literario. Dentro de las 12 cartas que conforman la correspondencia o, relación epistolar que mantuvo en su tiempo, hay que destacar, a nuestro juicio, la *Carta VII*. En ella, el filósofo ateniense narra cómo todos los Estados (denominados entonces polis) de esa época, estaban mal gobernados, pues recaía, en los peores o viciosos hombres, la dirección de aquellos. Aquí describe las múltiples injusticias que cometieron los dirigentes del gobierno, incluso, algunas, en contra de su amigo y maestro, Sócrates, que merece la pena recordar. “Creía que estos hombres -afirma el filósofo- gobernarían el Estado, haciéndole pasar de las vías de la injusticia á las de la justicia, y en este concepto no perdía de vista ni sus personas, ni sus acciones. Pero hé aquí con lo que me encontré apenas ocuparon el poder. El gobierno anterior, comparado con el suyo, parecía una verdadera edad de oro. Entre otras fechorías mandaron á Sócrates, mi anciano amigo, á quien no temo proclamar el más justo de los hombres de este tiempo, que fuera con algunos otros á apoderarse por la fuerza de un ciudadano que habían condenado á muerte, queriendo de esta manera que Sócrates se hiciera su cómplice, quisiera ó no quisiera. Pero Sócrates no obedeció, prefiriendo exponerse á todos los peligros antes que asociarse á sus crímenes. En vista de todos estos desórdenes y de otros hechos igualmente odiosos, me alejé indignado, para no ser testigo de tantas desgracias”. Ese gobierno terminó con su gestión, entrando uno nuevo.

Por ello, ni duda cabe que, Platón, puede ser considerado, el primer constitucionalista de la historia.

Esa portentosa creación doctrinal del fundador de la academia, influyó en otros autores que beneficiaron sus aportaciones para continuar desplegando diversas categorizaciones en el fenómeno estructural del poder político. Desarrolló su propuesta científica infundida en la *naturaleza humana* de los dirigentes de la *polis* (tomando en cuenta una serie de condiciones, temperamentos, conductas, personalidades,

---

Platón creyó que sería diferente al anterior, sobre todo en el trato que le darían a su maestro, Sócrates. Lamentablemente, la corrupción de la clase gobernante era recurrente, por lo que, como era de esperarse, las cosas no cambiaron. Platón, continúa en su carta aduciendo que: “Pero en esta época, como en todos los tiempos de revolución, pasaron cosas deplorables; y no hay que extrañar que en medio de tales desórdenes, el espíritu de partido conduzca algunas veces á violentas venganzas...Pero hé aquí, que no sé por qué nueva fatalidad algunos hombres se valieron de su crédito para llevar ante los tribunales á Sócrates, mi amigo, acusándole de los más negros crímenes, de aquellos de que era menos capaz. Le acusaron de impiedad, y los demás condenaron é hicieron morir á un hombre que se había negado á tomar parte en el arresto de uno de los amigos de los expatriados, cuando ellos mismos estaban en la emigración y en la desgracia! Yo consideré estos crímenes; consideré los hombres que gobernaban, las leyes y las costumbres que regían, y cuánto más avanzaba en edad, tanto más difícil me parecía dar á los negocios públicos una buena dirección...no perdí de vista los sucesos políticos, esperando que circunstancias mejores me diesen ocasión de obrar; pero concluí por reconocer que todos los Estados de este tiempo están mal gobernados. Sus leyes son de tal manera viciosas, que sólo subsisten como por una feliz casualidad, lo cual no puede menos de causar admiración”. Finalmente, en esta prolija, pero valiosísima cita, Platón apela a la filosofía como la causa suprema para salvar los males públicos, como herramienta perentoria en los hombres que posean esta sabiduría y, lograr así, el verdadero y justo régimen político, el mejor de los gobiernos, la *sofocracia*. “Entonces —continúa el idealista— me vi obligado á decirme á mí mismo, en elogio de la verdadera filosofía, que sólo ella podía distinguir lo justo respecto á los individuos y á los pueblos, y que los males de los hombres no tendrían fin mientras los verdaderos filósofos no estuvieran á la cabeza de los negocios públicos y de los Estados, ó mientras los que se hallan en el poder en las ciudades no fuesen, por un favor de los dioses, verdaderamente filósofos”. He aquí la preocupación central del pensamiento filosófico-político de Platón; cuidar el elemento humano para el buen o virtuoso gobierno, según las *integridades* que posean, los dirigentes o guardianes del mismo. Lo anterior, se puede reducir, a la siguiente fórmula: los hombres *hacen, o deshacen*, a las instituciones. Platón, *Obras completas*, edición de Patricio de Azcárate, tomo 11, Madrid, 1872, pp. 295 y ss. Disponible en (<http://www.filosofia.org/cla/pla/img/azf11273.pdf>).

idiosincrasias, enseñanzas, etc.), cotejadas con la representación ética griega, según una forma de entender el mundo y la vida y, a su vez, en base a unos valores que conformaban una conciencia axiológica en la educación de la cultura helénica. Hay que convenir que, en su formidable instauración epistémica, pretende dilucidar una especie de *antropocracia*, que fue magistralmente confeccionada por el filósofo ateniense, a lo largo de su colosal corpus teórico, sustancialmente en tres de sus obras: *La República*, *El Político* y *Las Leyes*.

Con el concepto *antropocracia*, queremos significar la visión que tuvo Platón basándose primordialmente en el estudio de las *condiciones humanas* propias de los dirigentes de la *polis*, que respondían a una manera de ejercer el poder conforme a específicas características cualitativas, perentoriamente las referidas a la educación. Esto conformaba una manera específica de asimilar la vida político-social, condensada en la *Politeia*. Si bien Platón, en base a esta concepción doctrinal *humana* que utiliza en su método para la construcción *tipológica* y, del análisis de la quintaesencia del *ser*, encargado de gobernar, exhibe una conexión científico-política con distintas parcelas del quehacer social tales como la ética, la política, la ilustración, el arte, la música, la gimnasia, la ciencia, la filosofía. De ello resulta una *teoría dual* para la confección de los modelos gubernamentales, en el sentido de exponer una tesis que, por un lado, refiere el gobierno sabio, justo y bueno, al que determina de *verdadero y perfecto* y, por otro, expone su consecuente antagonismo, es decir, la antítesis que se correspondería con la decadencia de las formas de gobierno, esto es, con las declinaciones políticas.

En consecuencia, no se trata de asimilar el concepto *antropocracia*, exclusiva y excluyentemente, en sentido *negativo*, como lo refiere Antonio Perpiña Rodríguez. En este sentido autor, indica que: "...la antropocracia es la única forma posible de la dominación social propiamente dicha: no mandan los grupos ni las normas, sino siempre los hombres".<sup>8</sup> Más adelante y, desde un punto de vista ideológico, Perpiña contrasta, en sentido *despótico*, el *prototipo* de la *monocracia*

---

8 *La Institucionalización del Poder*, Revista Internacional de Sociología, Madrid, Año XIII, núm. 52, octubre-diciembre, 1955, p. 303. Disponible en: file:///C:/Users/User3/Downloads/REP\_092\_285.pdf.

con la *antropocracia*, aduciendo que: "...a título de información es interesante añadir que mientras el predominio de la monocracia encaja en las ideologías libertarias, el de la antropocracia, por el contrario, coincide con las ideologías autoritarias".<sup>9</sup>

Expuesto lo anterior, el filósofo heleno, por una parte revela las condiciones adversas sustantivas de las que resultan las degradaciones de los arquetipos de gobierno que propuso; además, por otro lado, despliega un conjunto de condiciones para aspirar al real y buen gobierno que, a nuestro juicio, también es una variante de entender la construcción epistemológica basada en las virtudes que debe poseer, la autoridad (el político), en el gobierno justo y bueno, descrito por Platón, lo que cuadra, a su vez, con el concepto de *antropocracia* que queremos significar en este estudio.

## II. EL PENSAMIENTO DE PLATÓN EN LA SISTEMATIZACIÓN DE LAS FORMAS DE GOBIERNO

Se puede convenir que, la ocupación central del pensamiento platónico apunta a unos fines. De esta guisa, en la confección categorial de las formas de gobierno, muestra un inexorable propósito: dar continuidad a la comunidad política, no obstante, advertir, la gran descomposición de las estructuras del poder, a partir del análisis del *genotipo cultural* que lo produce. Por otro flanco y, atendiendo a esa *teleología* que le caracteriza, *el idealista*, sostiene como hilo conductor de su tesis medular, el siguiente empeño: preservar la existencia de la *polis*, a partir de la cimentación del modelo ideal del hombre dirigente o político, en la *politeia*.

Para materializar tan elevado cometido, el político, según Platón, tiene que formarse en la ciencia de la virtud. Asimismo, conviene en su obra *Las Leyes*, un conjunto de valores que el legislador debe tener presente en su despliegue normativo, para que, de esta forma, la polis obtenga todos los bienes, a través de su actividad legifaciente. "Hay bienes —señala nuestro pensador clásico— de dos clases: unos humanos y otros divinos. Los primeros están ligados a los segundos; de suerte que un Estado [polis] que consigue los más grandes adque-

---

9 *Ídem.*

re, al mismo tiempo, los más pequeños, y no teniendo aquéllos, esta privado de los unos y de los otros”.<sup>10</sup> Más adelante, en esta parte de su obra, al referir los bienes menores de la polis, establece una gradación, comenzando por la salud, secundándole la belleza y, después, el vigor para el cuerpo. Consecutivamente, le sigue la riqueza, manejada con prudencia.<sup>11</sup> Por lo que hace a los bienes divinos, la prudencia constituye para Platón el primero de estos bienes, prosiguiéndole la templanza; al mezclarse estas dos virtudes, junto con la fuerza, deviene terciariamente, la justicia. En la cuarta posición ubica a la fuerza.<sup>12</sup> Como corolario y, estableciendo platón una preponderancia de los ulteriores bienes, enfatiza que “...merecen por su naturaleza la preferencia sobre los primeros, y es un deber del legislador el conservársela”.<sup>13</sup> No olvida, a lo largo de su cimentación erudita, agregar, también, para lograr el perfil cualitativo de los guardianes de la polis, el conocimiento de lo bueno y de lo bello. A su vez, se debe poseer una gran retórica mediante el arte de hablar y razonar. Asimismo, tener presente la comprensión de lo que hace relación a los dioses y a la religión; no descuida la música, como un conjunto de bienes y artes suscitadas por las musas. Todo este *astillero* que conforma un patrimonio filosófico y cultural, constituye una concepción del cosmos y de la existencia, idealizada por Platón, para formar el espíritu del Hombre, posibilitando, con ello, las condiciones para ordenar las instituciones y, así, reine la paz, la armonía, la prosperidad y la felicidad de todos los habitantes de la polis.

Distinguió en *La República*, diversas especies de gobierno.<sup>14</sup> Cierta traducción se refiere a *constituciones de los Estados*.<sup>15</sup> De esta forma,

---

10 Platón, *Las Leyes, Epinomis y el Político*, estudio introductorio y preámbulos a los diálogos por Francisco Larroyo, Porrúa, México, 2008, pp. 17 y 18.

11 *Ibidem*, p. 18.

12 *Ídem*.

13 *Ídem*.

14 Platón, *La República o el Estado*, Trad. Patricio de Azcárate, Espasa Calpe, 1992, Madrid, (Planeta Mexicana, 2000), pp. 338 y ss.

15 Algunos autores, en la traducción de *La República* de Platón, manejan el concepto de Gobierno como sinónimo de *Constitución* e, inclusive, de Estado, como la versión de la obra de la cita inmediata anterior (pp. 336 y 338). Los griegos no conocieron el vocablo *Estado* que, como se sabe, es un hallazgo terminológico

relataba, inicialmente, cuatro gobernaciones, “En cuanto alcanza mi memoria, —afirma Platón en el personaje de Glaucón, a manera de diálogo, en el libro Octavo de la República— recuerdo que contabas cuatro especies cuyos defectos era conveniente examinar...Deseo saber cuáles son esos cuatro gobiernos de que hablabas”.<sup>16</sup> En *Las Leyes* —estudio en el que rectifica la radical apreciación del comunismo desarrollada en *La República*—<sup>17</sup> se refirió no solo a una genealogía dualista, al distinguir, primero, entre tiranía y, segundo, el gobierno monárquico. En tercer lugar una *especie de democracia* y, en cuarta y ulterior línea “... la oligarquía, que es de suyo la menos acomodada para dar origen a este gobierno perfecto, porque en la oligarquía es donde aparecen más gobernantes”.<sup>18</sup> No podemos olvidar que, más adelante, en el Libro VIII de la misma obra, el propio Platón refiere una triple clasificación de las formas de gobierno.<sup>19</sup>

---

de Nicolás Maquiavelo en su obra *El Príncipe*, en los inicios de la modernidad, terminada en 1513 y, publicada de manera póstuma, en 1531, (*Todos los Estados, todas las dominaciones que han ejercido y ejercen soberanía sobre los hombres, han sido y son repúblicas o principados*). Cfr. Maquiavelo Nicolás, *Él Príncipe* (estudio introductorio de Antonio Gómez Robledo), ed. Porrúa, México, 1978, p. 1. También disponible en: ([https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1491/mod\\_resource/content/1/El\\_principe\\_Maquiavelo.pdf](https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1491/mod_resource/content/1/El_principe_Maquiavelo.pdf)).

16 *La República*... Cit., pp. 337 y 338.

17 En la parte final del Libro Tercero al hablar de los Guardianes como encargados del orden con el uso de la fuerza, refería como su primera prenda a la educación para desterrar cualquier apetito desordenado, evitando así se conviertan en tiranos. Seguidamente y, en relación a las habitaciones y bienes que les debían ser asignados, para tan alta tarea política, el fundador de la academia prescribía “... que ninguno de ellos tenga nada suyo, a no ser lo absolutamente necesario; que no tengan ni casa ni despensa donde no pueda entrar todo el mundo”. Afirmaba, asimismo, que el alimento para la clase gobernante, debía ser proporcionado por los ciudadanos. Así, finalmente, indicaba en este punto, “Que se les haga entender que los dioses han puesto en su alma oro y plata divina y, por consiguiente, que no tienen necesidad del oro y de la plata de los hombres...porque en el momento que se hicieran propietarios de tierras, de casa y de dinero, de guardianes que eran se convertirían en sus enemigos y sus tiranos...”. *La República*... Cit. pp. 178 y 179, respectivamente.

18 *Las Leyes*... Cit., p. 91.

19 De esta forma distinguía entre democracia, oligarquía y tiranía. *Ibidem*, p. 194.

Ahora bien, el concepto de *Politeia* (Πολιτεία) que, a su vez, deriva de la palabra *Polis*, cuya traducción más periódica de esta última voz, parece ser la de *ciudad*, responde a una concepción natural del espíritu griego, en tanto ideal político-social de la cultura helénica. El historiador y filólogo alemán Werner Jaeger considera que, en la Grecia antigua, la *Politeia* no solo implica lo que se correspondería en la modernidad con la constitución del Estado, sino que, a su vez, alcanzaba la ordenación completa de vida humana, del espíritu griego.<sup>20</sup> Es así como Platón y su discípulo Aristóteles, conciben la *Polis* como una estructura o agrupación de individuos vinculados por una teleología político-social compartida, en cuanto espacio de lo público, en el que convergen la *Polis* y los ciudadanos, cuyas tipificaciones devienen, en el pensamiento platónico, de su propuesta *antropo-epistémica*.

La *politeia* concreta las formas políticas de gobierno, esto es, su *Constitución*, respondiendo a una morfología política, que cuadra con el tipo antropológico y las clases sociales de las que procedían las autoridades supremas. “Ciertamente, —asevera Lucas Verdú— el método realista del Estagirita —su observación empírica de la composición de la *polis*: el pueblo, el territorio, las autoridades supremas, su correspondencia con las clases sociales, su teoría de las revoluciones, sus referencias constantes a la ética al bien común, al *telos* de la *polis* y su concepto de la *politeia*— compensaron, con creces, la visión esteticista de la morfología política”.<sup>21</sup>

Consecutivamente, el filósofo de los *diálogos*, experimentando una evolución de su pensamiento y, sin soslayar los elementos que identifican su gran creación doctrinal *antropocéntrica* en la conformación de los distintos gobiernos de la *polis*, en *El Político* insiste en su instauración gnoseológica sobre la política, como conocimiento o técnica del mando; asimismo, intentando precisar al político o dirigente social,

---

20 *Los ideales de la cultura griega* (trad. de Xoaquin Xirau y Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1962, pág. 368. Citado por Pablo Lucas Verdú en *Reflexiones en torno y dentro del Concepto de Constitución. La Constitución como Norma y como Integración Política*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Núm. 83, enero-marzo, Madrid, 1994, pp. 12 y 13.

21 Lucas Verdú, Pablo, *Reflexiones en torno y dentro del Concepto de Constitución... Cit.*, p. 14.

lo ubica como guía de la *polis*, produciéndose un tipo de gobierno según los temperamentos y rasgos de la antropología político-social que definen al gobernante para, así, levantar una subsiguiente ordenación de las representaciones del gobierno (*politeia*). De esta forma, la determinación de la naturaleza del régimen de la *polis*, se corresponde para Platón, con el arquetipo que delimita al Político u hombre de Estado.<sup>22</sup> Platón enlaza, para distinguir, estos dos conceptos: La Política y el Político. “Llamemos, pues, tiranía —afirma— al arte de gobernar por la violencia, y *política* al de gobernar voluntariamente a los animales bípedos que se prestan voluntariamente a ello, y proclamemos que quien posee este arte es el verdadero rey y el verdadero *político*” (las cursivas son nuestras).<sup>23</sup>

Platón también pondera, en la tipificación de las formas de gobierno, el número de gobernantes, a su vez, diferenciar, a los sofistas, de los verdaderos políticos y de los verdaderos reyes.<sup>24</sup> En esta parte de la obra *El Político*, inicialmente, señala cinco fórmulas de gobierno,<sup>25</sup> comenzando por la *monarquía* o gobierno de uno solo y, en segundo término, “el gobierno del pequeño número” o *aristocracia*; seguidamente, refiere a la democracia o imperio de la multitud. En cuanto a la monarquía la divide en *tiranía* y *realeza*, según se consideren los siguientes elementos: la violencia y el libre consentimiento de la pobreza y la riqueza y, las leyes y la anarquía que puedan existir en ellos. Con relación a la *politeia*, que es regida por un pequeño número de gobernantes, la escinde en *aristocracia* y *oligarquía*. En esta parte de su texto y, de forma ulterior en esta sección, manifiesta que, a la *democracia*, nunca había sido costumbre darle nombres disímiles.

---

22 Vid. *Las Leyes, Epinomis y el Político... Cit.*, p. 368.

23 *Ibidem*, p. 370.

24 *Ibidem*, p. 384.

25 *Ibidem*, p. 385.



Mas delante, en el mismo estudio, Platón, al retomar la monarquía, la aristocracia y la democracia, divide cada uno de estos gobiernos en dos, de manera que resultan seis y, señala, un séptimo, distinguiéndolo de los anteriores, por tratarse del *verdadero gobierno*.<sup>26</sup> Al referirse el ateniense al verdadero gobierno perfecto, afirma que, en él, no tiene utilidad alguna, dicha división. Ahora bien, cuando son necesarios los demás, conviene fraccionar a la democracia, según las leyes sean observadas o infringidas. El propio pensador, al referirse a las seis distintos conjuntos de gobierno, igualmente los califica, conforme *administren*, con arreglo a las leyes o, sin ellas.<sup>27</sup> En la parte final de *El Político*, el sabio ateniense mantiene el argumento antropológico con sustantividad, en su especulación teórica para la conformación de la morfología política de la *polis*. Así, en la cuantificación de los tipos de gobierno se puede discurrir que, el séptimo gobierno, aludido con antelación y, al único que adjetivó de *verdadero*, se refería a dos modalidades de su tipología: la monarquía o el gobierno

---

26 *Ibidem*, p. 395.

27 En palabras del filósofo: “Sujetándose a los sabios reglamentos que denominaremos leyes, es la monarquía la mejor de las seis formas de gobierno; sin leyes, la más dura y pesada... Del gobierno de unos cuantos, del mismo modo que éstos son un término medio entre uno solo y la multitud, podremos decir que este gobierno es intermedio entre los dos otros. En cuanto al de la multitud, todo en él es débil; no es capaz de nada bueno ni de un gran mal comparativamente a los otros, porque el poder está dividido en mil partes entre mil individuos. Por esto es el peor de estos gobiernos cuando [los otros] obedecen a las leyes y el mejor cuando las violan. Cuando reina el desenfreno, donde mejor se vive es en la democracia, y al contrario, nunca se le temería bastante bajo el reinado de las leyes; el primero es entonces muy preferible a todos los demás con excepción del séptimo, porque hay que distinguir a este entre todos los gobiernos como distinguiríamos a un dios entre los hombres”. Platón, a su vez, siendo congruente con su teoría antropológica y ética de los hombres políticos y, las correspondientes formas de gobierno y su correlativa degradación, enseguida de la última cita aquí recogida, describe a los sujetos que participan en su genealogía de los gobiernos, distinguiendo entre los que considera fidedignos políticos, conocedores de la *ciencia platónica*, de los que no lo son. Veamos: “Es, pues, preciso descartar a los que toman parte en todos estos gobiernos, excepto al que posea la ciencia, por no ser verdaderos políticos, sino facciosos, jefes de vanos simulacros, simulacros ellos mismos, los mayores imitadores y magos y los sofistas de los sofistas”. De esta forma, Platón, define al *pseudopolítico*. Cfr., *El Político*... Cit., p. 396.

de una sola persona y, aquel integrado por varios hombres, es decir, la aristocracia,<sup>28</sup> a la que califica como “nombre de buen agüero”.<sup>29</sup>

Para este altísimo cometido político, también resultan imperiosas ciertas propiedades en el ser y, modo de ser, de aquellos hombres en quienes se depositan dichos gobiernos, solo puede ser representado también por el *verdadero político*, siendo aquel individuo capaz de reunir dos caracteres puntualmente descritos, en las ulteriores páginas, de la citada obra, y que, se corresponderían, principalmente, con tres virtudes: la sabiduría, el valor y la templanza. Todas estas formidables cualidades tienen como causa principalísima y, concomitantemente, finalidad última, a la virtud suprema de la justicia. Hay que subrayar, insistentemente que, en la construcción teórico-cualitativa de la *morfología gubernativa*, Platón, acicateado por las desviaciones políticas de su patria, Atenas, se declara abiertamente enemigo del gobierno de la *multitud*, por la perturbación que, en este prototipo

---

28 En el contenido de la anterior cita, Platón refiere, aunque no con la diafanidad suficiente, los dos arquetipos que, distingue, egregiamente, del resto de su tipología. En este estudio, él mismo más adelante lo expresa, a mi parecer, con mayor claridad. Reproducimos las partes procedentes, que refieren a la monarquía y la aristocracia, respectivamente “...es la monarquía la mejor de las seis formas de gobierno...el primero es entonces muy preferible a todos los demás con excepción del séptimo porque hay que distinguir a este entre todos los gobiernos como distinguiríamos a un dios entre los hombres”. Posteriormente y, casi en la parte final de *El Político*, el filósofo helénico, al referirse a los hombres que deben poseer la ciencia para gobernar, destaca, a su vez, una serie de virtudes o prendas, que considera indispensables para la conformación de ese gobierno justo y *perfecto*. Entre los atributos que son desarrollados, cuidadosamente, a lo largo del contenido de su obra, acentúa los temperamentos, las cualidades y los talentos. En esta línea, el pensador griego señala que, al *Político* u *Hombre de Estado*, le acompañan “...dos especies de hombres”, que se corresponden con dos caracteres, distintos, ciertamente, pero que, Platón, trata de entremezclarlos, para el más alto propósito político en la confección del verdadero y buen gobierno de la *Polis*, “...porque ésta es la única misión de aquel entretejido real, o sea, el no permitir nunca que el carácter prudente rompa con el carácter fuerte y enérgico... y componer un tejido, como hemos dicho, suave y sólido a la vez y confiarles en común los diferentes poderes en los Estados”. *Cfr.*, *El Político*, *Cit.*, p. 404.

29 Se recoge esta expresión de Platón de otra versión de la obra *El Político*, acopiada de forma electrónica, editada por Freeditorial (e-Books gratuitos freeditorial.com/es), p.57. Disponible en: (file:///C:/Users/User3/Downloads/el\_político%20(1).pdf).

de administración advertía, por la corrupción subyacente de la realidad sociocultural del llamado régimen democrático. Lo anterior, le conduce a plantear una *polis* ideal que, siguiendo a Rudolf Stammler “Tras profundas reflexiones, llega a penetrar en la antítesis que media entre la idea del *bien*, por una parte, y por otra, la simple *acumulación numérica* de los más variados intereses”.<sup>30</sup> Finalmente, el elevado pensador clásico, mostraba una constante preocupación central en su meditación para, superar a la *polis democrática*, del decadente y corrompido escenario en la que se encontraba, “...que solo se podía salvar —en palabras del propio Stammler— por un cambio radical de rumbo en los principios de gobierno trazando los rasgos *formales* que deben seguir toda comunidad para responder, en sus fundamentos a las exigencias de la rectitud cualquiera que sea su organización completa e históricamente condicionada”.<sup>31</sup>

Convincentemente, en la confección de la *politeia* platónica, la cimentación gnoseológica fundamental estriba en la ponderación de los caracteres del *genotipo*<sup>32</sup> ideal para gobernar, que es a lo que Platón llama el *verdadero Político*. Ese conjunto de *cualidades* es ampliamente descrito en *El Político*, y, también, apretadamente recogido en este estudio, lo que le permitió construir toda una *Teoría Antropocrática*. Por último, se colige que, la monarquía y la aristocracia son los tipos de gobierno *ideales* para Platón, cuando afirma que “Elijiendo para donde haga falta *un solo jefe a un hombre que reúna en su persona estos dos caracteres y para donde varios sean necesarios mezclándolos por partes iguales*. Los jefes moderados, tienen en efecto, costumbre prudentes, justas y conservadoras, pero les falta la decisión y la pronta audacia que reclama la acción... Los jefes fuertes y enérgicos, a

---

30 *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. de Wenceslao Roces, ediciones Coyoacán, México, 2008, p. 28.

31 *Ídem*.

32 El vocablo genotipo puede definirse como “aquel código genético que hace que un organismo sea como es, trasmitiéndose en la reproducción, logrando que un organismo pertenezca a una especie”. Esta definición que nosotros matizamos, puede consultarse en (<https://definicion.mx/fenotipo/>). No obstante, nos valemos de esta expresión para utilizarla no en un sentido estrictamente biológico, sino atendiendo también los talentos de los hombres, que conforman lo que Platón denomina *entrettejido real* (ver supra cita 22), el cual describe, ampliamente, en las últimas páginas de su obra *El Político*.

su vez, dejan qué desear en lo referente a la justicia y a la prudencia, pero su actividad es excelente. Lo que es absolutamente imposible es que todo marche bien en los Estados para los particulares y para el público sin la combinación de estos dos caracteres” (las cursivas son nuestras).<sup>33</sup> En suma, el modelo paradigmático platónico, apuesta en su clasificación de las formas gubernativas, por una *sofocracia*.

### III. ARISTÓTELES Y LA CATEGORIZACIÓN DEL FENÓMENO ESTRUCTURAL DEL PODER POLÍTICO

Las formas políticas idealizadas por Platón, con sus correspondientes categorizaciones según el temperamento, la educación y, los caracteres del *genotipo político humano* que se corresponden en las variantes formas de gobierno de la *polis*, y en las que hemos insistido en esta exposición, fueron matizadas posteriormente por su discípulo más destacado, Aristóteles, estableciendo formas puras e impuras, pero sobre todo negando la trascendencia platónica, aunque manteniendo su sustancia, ya que corresponden a formas concretas del régimen (*Politeia*, Πολιτεία) de organización de la convivencia, en tanto principios reguladores de lo público, de la estructura de las magistraturas y los ciudadanos en la comunidad (*polis*).

En este sentido, el mismo Lucas Verdú nos recuerda que “El prestigio que alcanzó la tripartición aristotélica entre formas políticas puras (monarquía, aristocracia) y *Politeia* (aquí, en la acepción de gobierno, república; luego, en Roma, *res publica*), que tienden al bien común y la tricotomía de las formas políticas que se apartan del bien común: tiranía, oligarquía, democracia (en el sentido griego de degeneración de la *politeia* y no en la acepción contemporánea), duró varios siglos, olvidando las jugosas consideraciones sobre el papel de los contenidos éticos y sociales que nutrían a cada una de esas formas. Es imprescindible subrayar las conexiones de la metafísica aristotélica con su concepción de la *polis* y de la *politeia*. Es decir, su teoría político-constitucional se basa en fundamentos ontológicos y axiológicos”.<sup>34</sup>

33 *El Político...Cit.*, pp. 404 y 405.

34 Lucas Verdú, Pablo, *Reflexiones en torno y dentro del Concepto de Constitución... Cit*, pp. 14 y 15.

Por su parte, el gran Aristóteles examina los regímenes políticos y sus diferencias, partiendo del concepto de Constitución, siendo “el ordenamiento de la ciudad con respecto a sus diversas magistraturas y señaladamente a la suprema entre todas...el gobierno es el titular de la soberanía y la constitución es, en suma, el gobierno”.<sup>35</sup> El discípulo de Platón, en cierta forma, le da continuidad a la clasificación de las formas de gobierno de su maestro. Al equiparar los términos de Constitución y Gobierno y, por ser este último el supremo poder de la ciudad, necesariamente se materializará en uno, en pocos, o en los más. Para llamar gobiernos o constituciones rectas, ello estribará si se gobierna para el bien público, sin considerar el número de los que gobiernen. Cuando los gobiernos se ejercen con un interés particular, Aristóteles considera a estos como desviaciones.

De esta manera, Aristóteles califica a los gobiernos en puros o buenos y, sus correspondientes antagónicos (impuros o distorsiones), según apunten, o no, al bien público; advirtamos. “De las formas de gobierno unipersonales solemos llamar monarquía o realeza a la que tiene en mira el bien público; y al gobierno de más de uno, pero pocos, aristocracia (bien sea por ser el gobierno de los mejores, o porque este régimen persigue lo mejor para la ciudad y sus miembros). Cuando, en cambio, es la multitud la que gobierna en vista del interés público, llámase este régimen con el nombre común a todos los gobiernos constitucionales, es decir república o gobierno constitucional...De las formas de gobierno mencionadas sus respectivas desviaciones son: de la monarquía, la tiranía; de la aristocracia, la oligarquía; de la república, la democracia. La tiranía, en efecto, es la monarquía en interés del monarca; la oligarquía, en interés de los ricos, y la democracia en el de los pobres y ninguna de ellas mira a la utilidad común”.<sup>36</sup>

---

35 *La Política*, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, ed. Porrúa, México, 2016, p. 269.

36 *Ibidem* p. 271.

#### IV. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS EN LA CONFECCIÓN CIENTÍFICA DEL CONCEPTO ESTADO DE DERECHO

En principio, para poder ingresar al análisis del Estado de Derecho, una alineación conceptual que intente describir, con elementos sustantivos, una definición científica de lo que debe entenderse por la expresión *Estado de Derecho*, exige, al menos, un triple enfoque metodológico en su confección teórica. Primeramente, el análisis histórico permite advertir la evolución jurídico-política que fue, *asimilando*, el denominado “Estado de Derecho”<sup>37</sup>, en la cultura jurídico-política Euroatlántica. Al examinar en retrospectiva al Estado de Derecho, emergen elementos sobre sus orígenes, aspectos conceptuales, su con-cerniente significado y su manifiesta evolución.

La segunda línea epistemológica para este propósito, requiere situarla en el examen técnico-jurídico, con la mira de desarrollar la concreción y/o revisión o confirmación, en su caso, de las normas e instituciones fundamentales (desarrolladas en la legislación secundaria), que deben regular la organización estructural del poder político, la manufactura de sus facultades y obligaciones, así como, de manera significativa, el establecimiento de un marco normativo e institucional que sancione, con firmeza, a los titulares del poder público en el indebido ejercicio de sus potestades, es decir, cuando se abuse de la autoridad o, cuando proceda, excediéndose en sus facultades y/o al margen de la legalidad.

En esta misma dirección, hay que tener presente la afirmación y garantía de los Derechos Fundamentales, albergados, principalmente, en el máximo nivel reglamentario (Constitución); asimismo, en este apartado, es menester la observación de un conjunto de bienes normativos e institucionales, a los cuales puedan acudir los ciudadanos y sus grupos, para el reconocimiento y desarrollo de los derechos

---

37 En otro estudio me he referido a los presupuestos del Estado de Derecho. Remito al trabajo *La Crisis del Estado Social y Democrático de Derecho en un Mundo Globalizado*, recopilado en Molina Betancur, Carlos Mario, *Bicentenario Constitucional Colombiano. La Ingovernabilidad del Estado Colombiano: Dos Siglos*, Sello editorial Universidad de Medellín, Tomo IV, Bogotá, Colombia, 2013, pp. 159 y ss.

fundamentales y libertades públicas, en caso de actualizarse una transgresión. Es decir, en un Estado de Derecho, eventual o potencialmente puede afectarse el círculo normalizado de los gobernados; sin embargo, en virtud de existir un contingente de recursos legales, materializados sustantiva e instrumentalmente en el ordenamiento jurídico y, mediante su sustanciación, pueden revertirse los efectos nocivos de la violación, a dicho dominio jurídico de la ciudadanía.

Una tercera perspectiva, y quizás sea la más importante de todas para la *ejecución* de los designios del Estado de Derecho, se inscribe en la dimensión cultural y en el grado de desarrollo cívico, educación política y discernimiento democrático que experimenten, tanto la clase gobernante como los gobernados, así como su respectiva instrucción ética. El Estado Constitucional es el Estado de Derecho por antonomasia. El respeto al régimen constitucional se produce, naturalmente, en aquellas sociedades con un arraigado comportamiento honesto en la conciencia colectiva, lo que deriva en una *Constitutional Morality*.<sup>38</sup> Un *adecuado* funcionamiento de lo que implica un Estado de Derecho, esto es, un *régimen democrático representativo*, exige, al menos, una conjunción y respeto irrestricto de los aludidos derechos fundamentales (individuales y sociales), con una fidedigna participación de los ciudadanos, mediante *delegados* en la esfera pública, transformando con ello la voluntad popular, en voluntad del poder político. La crisis del Estado se genera, en gran medida, por la incapacidad de producir mecanismos suficientes para convertir esa *voluntad ciudadana*, en *voluntad del Estado*. En definitiva, el *Estado-aparato*, en el cumplimiento de su justificación y propósito, debe proveer a la salvaguarda de las libertades públicas, personales o grupales, para posibilitar de esta manera —al *Estado-comunidad*, dentro de su medio sociopolítico—, las condiciones del ejercicio de aquellas.

Este cardinal apartado permite la medición de la eficacia del Estado de Derecho, esto es, su aplicación, el cumplimiento de su *telos* y de su *ratio*. En definitiva, se trata de una ardua y significativa tarea pedagógica, que tienda a maximizar el estado de bienestar, la justicia social y la seguridad, proscribiendo la corrupción y suprimiendo la impunidad.

---

38 Lucas Verdú, Pablo, *La Constitución Abierta y sus Enemigos*, Servicio de Publicaciones UCM y ediciones Beramar, Madrid, 1993.

## V. SUCINTO RECORRIDO DIACRÓNICO EN EL DESARROLLO DEL ESTADO DE DERECHO EUROATLÁNTICO

Desde la antigüedad, y aunque los clásicos no conocieron el vocablo Estado, pues tuvieron otras formas de nombrar a sus estructuras de convivencia (polis, monarquías helénicas, civitas romana, república, imperio), se mantuvo la idea de sujetar, la actividad del poder político, al imperio de la ley, sea cual fuera el modelo del régimen, en cuanto al número de gobernantes, pues aquella resulta ser “menos apasionada” que los hombres. “Es preferible pues, -según palabras del gran filósofo de Estagira- conforme al mismo razonamiento, que gobierne la ley antes que uno solo de los ciudadanos; y aún en el caso de que fuera mejor el gobierno de algunos, habría que construir a estos en guardianes de la ley, y subordinados a ellas”.<sup>39</sup> Aristóteles se pronunciaba, por tanto, en favor del gobierno de leyes sabias y justas, pero escritas. “Así pues, quien recomienda el gobierno de la ley, parece recomendar el gobierno exclusivo de lo divino y racional, mientras que quien recomienda el gobierno de un hombre añade un elemento del impulso animal...La ley es, por tanto, la razón sin apetito...la ley es lo imparcial...y así, aunque el gobierno de un hombre pueda ser más seguro que el de la ley escrita, no lo será más que el de la norma consuetudinaria”.<sup>40</sup> La sociedad helénica constituía, propiamente, una organización política preestatal. En este sentido, la democracia ateniense implicó —sobre todo a partir del siglo V, siglo de Pericles—, en cierta forma, el *Estado de Derecho* frente al *Estado-Poder*; no obstante, para los griegos también fueron desconocidos los *derechos del hombre*, aunque se evidenciaron anticipaciones humanistas de estas categorías y que, a pesar de materializarse jurídicamente algunas de ellas, su sociedad, inicialmente, fue caracterizada por la inexistencia del principio de igualdad. Al admitirse la esclavitud, su organización no puede cuadrar con el Estado democrático de Derecho de nuestros días; reconocer la esclavitud en una organización que se adjetive constitucional resultaría, sencillamente, una ironía.<sup>41</sup>

39 *La Política*, cit., p. 288.

40 *Ibidem*, pp. 288 y 289.

41 Como se sabe, en los Estados Unidos de América, la abolición de la esclavitud fue



Sea como fuere, no podemos dejar de precisar aquí que, la esclavitud para los griegos, no tuvo una significación de carácter estrictamente político, sino, más bien tenía una concepción económica y social; para los griegos, en el binomio interpersonal señor y esclavo, se buscaba una finalidad útil y colectiva. “Mandar y ser mandados —afirma el fundador del liceo— pertenece a las cosas no sólo necesarias sino provechosas, y aun en ciertos casos, y directamente desde su origen, unos seres se destinan a ser mandados y otros a mandar. Hay además muchas formas de rectores y súbditos (y la excelencia del mando esta siempre en razón de la excelencia de los súbditos, como si son hombres o bestias, y esto porque es mejor la obra realizada con mejores elementos, y donde uno manda y otro es mandado hay una obra común)”.<sup>42</sup>

En definitiva, la consideración de la esclavitud por los griegos no tuvo un significado de dominación en el ámbito de la *politeia*. En este sentido, se pronuncia Jean Touchard, aduciendo que “...el principio de la esclavitud nunca fue seriamente puesto en duda; e incluso las demás escuelas filosóficas, epicureísmo y estoicismo, aun proclamando la igualdad moral de los hombres, no intentaron en absoluto tratar este tema en un plano político. La esclavitud no intervendrá en la elaboración de las doctrinas más que como un dato natural o económico...”<sup>43</sup>

Durante la edad media, se suscitaron controversias entre voluntaristas e intelectualistas sobre la construcción formal de la ley, decantándose finalmente la racionalidad de la norma frente al tornadizo despotismo. En Marsilio de Padua, se observará, anticipadamente, el principio del *Estado de Derecho*,<sup>44</sup> en su *Defensor Pacis*, cuyo funda-

---

formalizada con la enmienda XIII a la Constitución de 1787. Aquella fue ratificada el 6 de diciembre de 1965. Sobre la enmienda décimo tercera (contiene las primeras quince), cfr., Kent, James, *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América*, trad. de J. Carlos Mexia, ed. Imprenta Poliglota de Carlos Ramiro, México, 1878, p. 321.

42 *La Política*, cit., p. 214.

43 *Historia de las ideas políticas*, ed. Tecnos, Madrid, 1979, p. 27.

44 Como se indicó, el concepto de Estado (*lo Stato*) es aportado en la modernidad, como un hallazgo terminológico por Maquiavelo. Sin embargo, aquí utilizamos el término de *Estado*, de manera extensiva para referir, a su vez, a la estructura

mento es la noción de Paz, licenciada como base indispensable de la edad media, en tanto ordenación política y como circunstancia principal de todo quehacer humano en su cotidiana convivencia.

*El Defensor de la Paz* es un compendio que enfrenta a la visión teocéntrica mantenida a lo largo del medievo, apoyándose en una concepción dualista<sup>45</sup>, establece puntualmente la coexistencia de los ámbitos civil y eclesiástico. Por un lado, se argumenta sobre el origen y la naturaleza de la autoridad política temporal, en tanto rectora de la comunidad civil. Por otra parte, se arguye que, el papel salvífico de la iglesia se veía amenazado por la injerencia del vicario de cristo en los asuntos mundanos, lo cual afecta a su vez, el funcionamiento de los feligreses cristianos. La obra del pensador paduano anticipa los principios que deben de regir al llamado *Estado de Derecho*.

El defensor de la paz es, seguramente, la contribución más importante que se produjo en la edad media y, asimismo, constituye una elaboración teórica que describe y explica las causas para establecer y mantener la paz civil, lo que sin lugar a dudas resulta ser una guía teórica de organización política (que describe con agudeza y con conocimiento imperioso de la realidad político social de su época), resultando una vaticinada aportación del *Estado de Derecho*. El gran discernimiento político que conformó el arsenal de principios doctrinales para la regulación de la convivencia social en la obra de Marsilio, sigue siendo, un capital científico, político y, jurídico, sugestivo, hasta nuestros días. Con ello, se concibió la resonancia clásica de la primacía de la ley frente a la tiranía, acogida, asimismo, por la cultura medieval. En dicho autor encontramos *atisbos* del principio de soberanía popular, el cual, será ulteriormente desarrollado por Juan Bodino, en el último tercio del siglo XVI. En efecto, “La soberanía –señala Bodino– es el poder absoluto y perpetuo de una república... la república es un recto gobierno de varias familias, y de lo que les es

---

u organización política del medievo, la cual se caracterizó por la poliarquía. De esta forma, se utilizan los vocablos *Estado* y, *Derecho*, para referirnos al Estado de Derecho.

45 Conviene recordar la interpretación en el siglo V del papa Gelasio I, respecto de la teoría de las dos espadas. Véase al respecto Porrúa Pérez, Francisco, *Teoría General del Estado*, Ed. Porrúa, 40ª. edición, séptima reimpresión, México 2016, p. 70.

común, con poder soberano”.<sup>46</sup> Con el advenimiento de la monarquía en el Estado moderno, el gobierno de los reyes se caracterizó por el absolutismo, ejerciendo el poder político de manera caprichosa y arbitraria. De ahí el término *Legibus Solutus, suelto de leyes*, es decir, *no sujeto a leyes*. A partir de este momento, comienza a decantarse el fenómeno de la *formalización* del derecho, iniciado propiamente con la escuela naturalista protestante, que va, de Grocio, a Kant. La ley, producto general y abstracto del aparato estatal, intentará someter, al Estado, en la *juridicidad*.

Como se anunció, el *concepto* mismo de Estado —*lo Stato*— fue un hallazgo terminológico en los umbrales del siglo XVI, del pensador florentino, Nicolás Maquiavelo, incorporado en su conocida obra “El Príncipe”, para designar, en la modernidad, a la estructura político-social de la convivencia. Este vocablo fue *forjado* para designar la *ordenación* de la convivencia política del antiguo régimen. Ahora bien, al ser este un *Estado absolutista*, no se correspondería con el concepto de *Estado de Derecho*, por no darse las condiciones técnico-jurídicas de éste, ni teleológicas, según el liberalismo o jurídico-político, el cual sucedió a la monarquía, como estructura iuspolítica emergente de cultura democrática occidental. La idea de despersonalizar al Estado a través de normas generales, abstractas e impersonales, fue resultado de la imaginación jurídico-política del pensamiento liberal. De esta forma, una vez superado el absolutismo, la burguesía racionalizará el ejercicio del poder político y, a su vez, garantizará la protección de los derechos humanos, a partir del diseño orgánico-legal, en el constitucionalismo. Sin embargo, los promotores del Estado liberal de Derecho se inspiraron, en buena medida, en el modelo griego, intentando establecer el primado de la ley frente al poder.

Con el *Estado Burgués de Derecho* se afianzará jurídicamente el mercado y el tráfico comercial de la burguesía. Será con Locke y Montesquieu,<sup>47</sup> cuando se posicione el Estado liberal de derecho, completándose éste con el reconocimiento y garantía de los derechos

---

46 *Los seis libros de la república*, selección, traducción e introducción de Pedro Bravo, Ed. Aguilar, Madrid, 1973, p. 46.

47 *Del espíritu de las leyes*, traducción de Amelí Cuesta, Ed. Gernika, México, 2006, 2 tomos.

fundamentales del hombre sobre una base técnica: separación de poderes. Fue así como el artículo 16 de la Declaración Francesa de 1789, recogió la *quintaesencia* de cualquier sociedad política que se juzgue *arreglada* a una Constitución.

Todos estos antecedentes europeos conforman el largo legado histórico que abona el camino para la fórmula *Estado de Derecho*. Habrá que esperar para que, la afirmación primigenia de, ajustar el *Estado*, al *Derecho*, se consolide con el establecimiento del legado conceptual y, organizacional, del liberalismo. Esta nueva concepción del orden jurídico, exigirá al poder político estatal, el respeto de los postulados esenciales del pensamiento *emancipador*, con el triunfo de la burguesía.

Si el concepto de Estado concernió a la meditación política italiana, y la genealogía de la noción de soberanía a Francia, conviene recordar que, según la doctrina alemana, la acuñación del término *Estado de Derecho*, es de estirpe germana. En este sentido, Lorenz Von Stein manifestó en la segunda mitad del siglo XIX que, el concepto, y la voz misma *Estado de Derecho (Rechtsstaat)*, tiene raigambre teutona.<sup>48</sup> Los teóricos contemporáneos de dicho país como Bockenforde y Klaus Stern, así lo confirman.<sup>49</sup> Así, corresponde al inicial constitucionalismo alemán, influido por el derecho racionalista (*Vernunftrecht*), la acuñación del *Rechtsstaat*. Robert von Mohl lo inserta en su obra *Staatsrecht des Konigsreichs Wüttemberg* (Giesen, 1829).<sup>50</sup> La utilización del término fue aticipada primero por Carl Th. Welcker en sus *Die letzte Gründe Von Recht, Staat und Strafe* (Giessen, 1813) y, seguidamente, por J. C. Freiherr Von Aretin: *Staatsrecht der Konstitutionellen Monarchie*, (Altenburg, 1824).<sup>51</sup>

Definitivamente, podemos convenir, ahora, que la idea del Estado de Derecho, fue producto de la portentosa creatividad constitucional

---

48 Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *Estado de Derecho y Justicia Constitucional. Aspectos históricos, ideológicos y normativos-institucionales de su interrelación*, en Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), núm. 33, Mayo-Junio de 1983, p. 9. Disponible en (<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/26743.pdf>).

49 *Ibidem* p. 10.

50 *Ídem*.

51 *Ídem*

occidental. La noción de esta Institución es vieja: el gobierno por las leyes y no por los hombres. El concepto, tan elevado, se impuso mediante tensiones, luchas y revoluciones, aunque se dieron compromisos y acuerdos. Rudolf Von Ihering hablaba con agudeza que el derecho se obtiene, en no pocas veces, mediante la disputa de los hombres entre sí en una comunidad, en su conocida obra *La Lucha por el Derecho*<sup>52</sup>. Coincidiendo con el pensador alemán, el orden jurídico es impuesto mediante la lucha, pues el derecho no es una dádiva de los dioses, ha costado a los pueblos confrontación, sacrificio, lágrimas y luto.

El primigenio Estado Constitucional en el viejo mundo, implicó el tránsito del antiguo régimen, al Estado burgués de Derecho. Fue así como del absolutismo se pasó al Estado Constitucional, de corte liberal, dejando atrás los privilegios de la monarquía y la nobleza. El hombre *acomodado*, ansioso de manifestarse en la vida política, concretó su participación por el reconocimiento de la igualdad ante la ley, de su libertad y la garantía de su propiedad. Este nuevo *Statu quo*, nacerá producto de la razón propia del enciclopedismo que revolucionará a la nueva organización social, convirtiéndose en una ideología garantista que, parte, propiamente, del espíritu revolucionario burgués de las convulsiones liberales, angloamericana y francesa.

La larga tradición iusnaturalista sobre los derechos humanos se racionalizó y formalizó en Francia con la Declaración de 1789, con dos postulados principales que rompen definitivamente con el absolutismo: separación de poderes y derechos del hombre.

De esta manera, cuando el sistema credencial del *ancién régimen* se superaba con la llegada del Estado Liberal Burgués de Derecho, las monarquías absolutas, o se convertían en monarquías constitucionales, esto es, limitadas o, en su lugar, se establecían nuevas formas de organización política como las Repúblicas democráticas.

Cuando se establece el Estado Constitucional, puede afirmarse que, a su vez, se establece el Estado de Derecho, iniciando un secular recorrido que pasa por distintas evoluciones históricas, según se fue

---

52 Cfr. Von Ihering, Rudolf, *La lucha por el derecho*, trad. y prólogo de Diego A. de Santillán, Ed. José M. Cajica, México, 1957, p.45. (Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1596/5.pdf>).

trocando el Estado Liberal Burgués, en Estado Demoliberal, posteriormente en Estado social, hasta transformarse en Estado Social y Democrático de Derecho.

No voy a entrar al análisis técnico ni a su respectivo despliegue teórico-conceptual para delimitar, con fundamentos científicos, lo que, en nuestro concepto, debe entenderse por el término Estado de Derecho, lo que daría, por supuesto, para otro estudio. Sencillamente anuncio que, con el establecimiento de aquel, no se trata de referir una simple terminología, sino de reconocer un Estado sometido al derecho y no una sencilla interrelación entre estos dos vocablos; es decir, se trata de un Estado configurado, delimitado y que funcione conforme a derecho.

## VI. COMPLEJIDADES GENEALÓGICAS EN LA CONFECCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO EN MÉXICO

En este apartado, se intenta estructurar un conciso análisis histórico-político e idiosincrático que, con arreglo a la dogmática constitucional, pretende explicar, sucintamente, insistamos, algunas de las dificultades más trascendentales que ha tenido México para construir el Estado nacional y, sobre todo, el Estado Constitucional de Derecho. No se tiene la pretensión que, las argumentaciones aquí esbozadas, sean definitorias ni definitivas.

Queremos dejar claro que, esta intervención —en la que se ponen de manifiesto ciertas adversidades históricas, políticas, así como sociales y culturales, para la conformación del estado mismo y, hay que decirlo, del Estado Constitucional de Derecho—, no puede ni debe ser objeto de una mera curiosidad intelectual, sino un punto de partida para encontrar soluciones a nuestros problemas y emprender acciones comunes, presentes y futuras, de las mayores consecuencias. El objetivo último debe ser, indubitablemente, el fortalecimiento y la consolidación de la democracia constitucional.

En principio, en el desarrollo del presente trabajo y, particularmente, en este tópico, ha sido menester recurrir a los métodos analítico, histórico y crítico-valorativo, apoyado en la teoría constitucional euroatlántica.

Sentado lo anterior, interesa, ahora, señalar algunas de las principales premisas históricas y las complejidades fácticas, culturales, idiosincráticas, de la sociedad mexicana recién emancipada que, a partir de 1821, año en que se decreta formalmente la independencia, complacieron la erección de un auténtico *Estado Constitucional de Derecho*.

México fue producto de un mestizaje que ha ido adquiriendo *carta de naturaleza*, mediante elementos aglutinadores como la religión, la lengua, el derecho, las tradiciones, así como factores étnicos que, seguramente, representarán para siempre, esa encrucijada de una cultura que posee una riqueza y una continuidad pocas veces comparable en la historia.

Pero vayamos, en forma somera pero necesaria, a los orígenes de nuestra alma colectiva y de nuestro ser social que identifican al nuevo prototipo de hombre. Bien es sabido que, desde 1492, cuando se completó el mundo al descubrirse América, se estableció una comunidad que ha experimentado un rico proceso de creación de una nueva situación humana, a la que, nadie de los latinoamericanos aquí presentes, es ajeno. De manera singular, México comienza a *labrarse*, a partir de 1521. No voy a referirme a la parte prehispánica de nuestra vida histórica ya que, la adopción de las normas e instituciones jurídicas que han estructurado nuestro sistema político, propiamente se gestaron a partir de la conquista y, evolucionaron, con los principios legales y los derechos fundamentales de la cultura jurídico-política euroatlántica<sup>53</sup>. No se debe dudar de la influencia del medio y del mestizaje.

El resultado ha sido una organización institucional híbrida, regulada por un *constitucionalismo mestizo*, por lo que, esforzándonos escrupulosamente en un análisis crítico de las condiciones históricas y políticas de nuestra cultura, puedo anticipar que, merced a esa patología constitucional secular, motivada por factores prioritariamente endógenos que exógenos, tenemos un Estado fallido o malogrado, que contrasta con la ortodoxia constitucional euroatlántica. El aco-

---

53 Algunas ideas recogidas en los últimos tres apartados de este estudio (VI-VIII) fueron anticipadas en la introducción de esta otra obra de nuestra autoría. Vid. De los Santos Olivo, Isidro, Aguascalientes. *Historia de las instituciones jurídicas*, ed. III de la UNAM y LXI Legislatura del Senado de la República, México, 2010, pp. 30 y ss.

plamiento armónico, que propicie un funcionamiento eficaz entre el Estado-Aparato y el Estado-Comunidad, *está postergado*.

En efecto, en lo propio, nuestra condición natural labrada por el destino, fue propicia para la propagación de nuestras desventuras y anarquías constitucionales, y que no es otra cosa que el infausto desequilibrio entre las ordenanzas escritas y las inclinaciones vividas. Merced a la influencia externa, se pudo imaginar, en la formalidad, una teoría de la democracia, que no pudo fraguar sustancialmente en nuestra existencia, ya por el medio, ya por los usos y/o el temperamento, que son determinantes en la definición de nuestro *fenotipo*. Así, en el acaecer histórico, hay acontecimientos que, sin entrar en los detalles, solamente enuncio: tradicionalismo frente al progresismo, centralismo versus federalismo, privilegios frente a la aspiración igualitaria y libertaria, caciquismo único frente al vario, la tiranía militar frente a la clerical o ambas aliadas, la anarquía de entonces para ser sustituida por tiranías venideras, las tradiciones peninsulares sufridas a lo largo de la colonia *intentando aperturarse* a la imitación jurídico-política angloamericana y a las ideas revolucionarias francesas. Todas esas circunstancias y mezcolanzas desembocaron en un cóctel constitucional suigéneris, atravesado, que explican, hasta nuestros días, nuestro Estado malogrado.

Intentaremos hacer, ligeramente, una radiografía historiográfica y social que facilite la comprensión de la fatalidad de nuestras instituciones democráticas, lo que generó, en gran medida, la propagación de nuestros males públicos, para que, a partir de este diagnóstico, intentemos poner remedio a esta situación, para lo cual, debemos sustraer toda nuestra atención y fuerza, pues, sin lugar a dudas, esta *patología secular, socio-cultural, política y jurídica* que está colapsando al Estado de Derecho, y a la funcionalidad de la institucionalidad democrática, angustia, de sobremanera, supongo, no solo a los que profesamos la ciencia de la igualdad y la libertad, sino a todo aquel que se estime de ser ciudadano.

Se puede certificar que, en principio, nuestra nación no ha sido capaz de superar una secular y proverbial desintegración, no sólo en términos étnicos o culturales, sino hasta en conceptos políticos; de no poder articular una gran patria con cohesión social, económica y hasta lingüística, que pudiera aspirar, siquiera materialmente, a una



comunidad justa e igualitaria, a una organización liberal, esto es, al Estado Democrático; en una palabra: a la civilización propiamente.

Una vez superado nuestro pasado colonial, la incipiente vida independiente de nuestro pueblo, se fue convirtiendo en un largo proceso de transformación, penoso, accidentado y difícil, en el que resultaba utópico pensar en la integración de una patria común, en una sola entidad en términos políticos, incluso por la extensión misma del territorio. La historia registra, como muestra, la separación de México, de Guatemala y Belice en el sur y, más de la mitad del territorio nacional, a mediados del XIX, en la parte septentrional de nuestro país.

Si apreciamos con escrupulosa veracidad los acontecimientos históricos que se propiciaron en México, se puede advertir, sin apasionamiento y con objetividad, las grandes dificultades que se tuvieron para construir el Estado-nacional e, intentar superar, los problemas y contradicciones heredados de nuestro pasado colonial e, inclusive, precolombino; podemos observar, asimismo, que no existían en los albores de la vida independiente, las condiciones reales políticas, económicas, sociales y culturales que permitieran dicha unidad.

Más bien, al perderse el principio aglutinador de lo que era el vasto imperio español durante los siglos XVI, XVII y XVIII, en donde todas las colonias se reconocían como obedientes al principio de legitimidad realista, de la monarquía —vínculo que unía a la metrópoli con las colonias—, surgen los movimientos de independencia que sacuden al nuevo continente a principios del siglo XIX y, se empieza a romper, *figurativamente*, dicho vínculo. Cuando esto sucede, se comienza a buscar un nuevo principio de legitimidad gubernativa, que ya había penetrado en las sociedades europeas, producto de la nueva organización jurídico-política euroatlántica: el Estado Constitucional, el Estado de Derecho.

La Nueva España recién independizada, abierta y receptiva a modelos euroatlánticos e influenciada por las nuevas corrientes del pensamiento liberal, que ya bajo el paradigma de la ilustración emergía, estableció el novel principio de legitimidad política y de representación social: el de la soberanía popular. Con el presupuesto político-democrático, se ensayaba el comienzo de la arquitectura constitucional.

Pudiéramos aseverar que, en los albores de nuestra *manumisión*, existía entonces un gran optimismo en la nación embrionaria, debido

a la riqueza y los recursos existentes para configurarse como Estado sólido. Pero, pronto se advierte que, al recoger esta nueva corriente del pensamiento jurídico-político, implicaba, al mismo tiempo, tomar como en paquete, toda la filosofía liberal burguesa, propia de sociedades del antiguo hemisferio, añejas en sus prácticas democráticas y con un gran pasado histórico que, las diferenciaba, marcadamente, del hogar naciente.

Las colectividades de nuestro inaugural solar, como un remanente de su pasado colonial y hasta precortesiano, estaban todavía organizadas corporativamente, es decir, eran sociedades holistas, donde el cuerpo más importante era, en primer término, la iglesia, junto con el Estado y a veces por encima de este. Incluso, existían comunidades indígenas en donde se manejaba la política de reducciones, de reservas de indios, que se hacían para separarlos de los blancos. Esta herencia constituyó después un grave obstáculo para realizar una política de ciudadanos, pues no existían éstos, sino corporaciones de tipo antiguo, esto es, súbditos.

Así, implementar un sistema político propio de comunidades que habían experimentado la revolución industrial, o que tenían un proceso de desarrollo capitalista muy avanzado, como se manifestaba en los países europeos; pensar que ese modelo podía trasladarse a las sociedades del nuevo mundo, implicaba, evidentemente, muchos problemas, una contradicción en ese momento insoluble.

De esta manera, fue muy difícil construir la comunidad nacional, porque se tuvo que recurrir a una serie de ficciones. Por un lado, teníamos en los textos Constitucionales y en la ideología, sistemas republicanos, representativos y democráticos, con un diseño formal institucional de pesos y contrapesos y de derechos humanos; pero estos sistemas tienen su respaldo en el voto individual, institución que no era posible aplicar en una sociedad corporativizada, analfabeta y con relaciones sociales premodernas. Y no hay nada más difícil en la sociedad política, que el establecimiento del ser Constitucional del país, si, por ello entendemos... “lo que es debido —como lo señala el insigne iuspublicista mexicano Don Rodolfo Reyes—, es decir, la positiva relación entre el individuo y el Estado, la verdadera adaptación de la ley escrita a la costumbre vivida”.

Fue entonces como se recurrió a una *simulación democrática* en la que individuos que no pertenecían a la sociedad tradicional, o sea,

aquellos ilustrados que se habían preparado en las logias e instituciones del pensamiento y la cultura, los caudillos propiamente, se consideraban representantes del pueblo, se auto proclamaban a su vez *el pueblo*. Así, cada caudillo de cierta región sentía la preocupación, en ejercicio de su liderazgo emergente, de construir su propio espacio y de emanciparse. De allí los movimientos segregacionistas, que se inscribieron en cuartelazos, asonadas, motines y sublevaciones, y que afectaron a México, prácticamente, a lo largo del siglo XIX. Una sociedad ignorante, no instruida en la vida cívica ni con dilatada tradición democrática, fácilmente podía ser manipulada y azotada por acciones violentas. El resultado era una serie interminable de golpes de Estado y revueltas. Es en esta fase de inestabilidad, en donde se manifestó nuestra contradicción central: los conflictos para levantar el Estado Constitucional de Derecho.

Es indudable que la metrópoli propició gravísimos defectos, pero, no es menos cierto que, legó, enormes cualidades como la lengua, un sistema jurídico, complejas enseñanzas sociales y morales y elementos étnicos de unificación, que propiciaron una infraestructura sólida para empezar a edificar nuestra república, en la cual, es preciso reconocerlo, ninguna sociedad como la nuestra, estaba tan mal preparada para la vida civilizada, democrática y libre. Esto constituyó y, es preciso que deje de constituir, nuestra principal contrariedad.

## VII. DESAFÍOS SOCIOCULTURALES Y QUERELLAS POLÍTICO-INSTITUCIONALES PARA LA CONSECUCCIÓN DE UNA COMUNIDAD LIBRE Y DEMOCRÁTICA

El problema de construir el Estado-Nación propiamente dicho, es todavía vigente, pues no existe homogeneidad cultural, social ni económica. Somos multiétnicos y pluriculturales. No hemos podido ser una Entidad política soberana, y no se ha experimentado un desarrollo autónomo, ya que se han seguido pautas marcadas por otras naciones y que, junto con nuestros propios errores, se ha desembocado en una situación contemporánea de grave endeudamiento económico, con desmesurado gasto público que alimenta la endémica inflación, impidiendo el crecimiento de nuestra economía. Esta situación pre-

valeció enfáticamente en la década de los ochentas del siglo pasado, considerada como una década perdida, pues hubo un gran endeudamiento de nuestra nación, entre otras más, y no se registró crecimiento económico alguno. Persiste este mismo problema en la segunda década del nuevo milenio, con la crisis económica nacional y mundial, más grave de la que se tiene conocimiento.

No hemos resuelto lo que ha sido nuestro problema crónico, que es la desigualdad social. Venimos arrastrando problemas agrarios, de miseria secular centenaria, de injusta distribución de la renta que no son fáciles de resolver. A veces pareciera que con la cantidad de recursos que tiene nuestro país, sería suficiente para consolidar el desarrollo y la justicia social. Pero, sin educación, que es, a mi juicio, el principal rubro a atender, no se pueden acabar estructuras y problemas seculares. Tampoco es viable reorganizar las sociedades de un día para otro. Solamente un pueblo culto puede aspirar a ser libre.

Consideramos que la explicación predecesora, tiene mucha importancia, ya que la historia —que es la gran maestra— juega un papel principalísimo en la evolución y madurez de los pueblos. Por ello, no le faltaba razón a Ortega para señalar que, el hombre, es un ser esencialmente histórico. Para poder entender nuestro presente, es menester conocer nuestro pasado. Sólo así podremos planear y construir correctamente nuestro futuro.

Nuestro país es de ayer, es joven y, el ser joven, es, ciertamente, no ser todavía. Los países que han experimentado un desarrollo constitucional importante, han dependido, principalmente, de la madurez cívica y cultura política adquirida a lo largo de su desenvolvimiento histórico, derivada de situaciones naturales comunes tales como la tierra, la sangre, la imitación, el contagio psico-colectivo, producto de la idiosincrasia de la comunidad, atendiendo a factores de diversa índole como los sociales, políticos, económicos, geográficos e inclusive étnicos. Por ello, no le faltaba razón a Montesquieu en el capítulo IV, libro XIX, de su conocida obra *Del espíritu de las leyes* que: “Varias cosas gobiernan a los hombres: el clima, la religión, las leyes, las máximas del Gobierno, los ejemplos de las cosas pasadas, las costumbres y los hábitos, de todo lo cual resulta un espíritu general”.<sup>54</sup>

---

54 *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 380.

No obstante, y a pesar de las adversidades fácticas aquí anunciadas, las ideas jurídico-políticas constitucionales, se expandieron prácticamente por todo el mundo, encontrando eco en México, con sus matizaciones adaptadas a nuestra realidad sociopolítica. Se puede aseverar que el constitucionalismo mexicano, en sus orígenes, ha tenido dos importantes y principales fuentes como es sabido. Por lo que hace a los derechos fundamentales la tradición proviene de la Constitución de Cádiz, y a su vez, de la Declaración y Constitución francesas de 1789 y de 1791, respectivamente. A su vez, la parte orgánica y, particularmente, el sistema federal, están influenciados directamente por la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. Sin embargo, los constituyentes de 1824 no supieron apreciar los matices que controlaban el poder presidencial de los Estados Unidos en el siglo XIX. El documento político de la Unión Americana ha sido ejemplo universal en el constitucionalismo moderno, pues, como ha dicho Jellinek, tres grandes obras han sido tan comentadas y tan paradigmáticas como la propia Constitución de Estados Unidos de América: la *Biblia*, el *Corán* y el *Digesto*.

Como es sabido, la Constitución de Estados Unidos de América, constituye un referente ecuménico en el ámbito político-democrático, por sus cualidades técnico-jurídicas de su texto y, sobre todo, por su conexión y correspondencia con la realidad social que ha regulado. Ante tales consideraciones cualitativas de la primera Constitución moderna y sin olvidar los matices históricos diferentes del vecino país del norte, debemos reconocer que la influencia del magistral documento en nuestra patria, no ha sido suficiente para el allanamiento de la vida institucional y democrática en el suelo nacional.

De esta forma, conviene establecer, a grandes rasgos, ciertas y perentorias dificultades para incorporar dicho modelo, en el sistema constitucional mexicano. Mientras el Ejecutivo de la América inglesa, inicialmente fue un ejecutor de las decisiones del Congreso, convertido éste, a su vez, en un auténtico cuerpo representativo por tradición democrática, lo que ocurría en el Estado Mexicano era que su presidente se convertía en jefe nato de un grupo político que controlaba el Poder Legislativo, disponiendo de la voluntad, muchas veces caprichosa y arbitraria, de aquel. La tradición judicial anglosajona delegaba en el juez el carácter de un protector de la libertad y del derecho, en virtud de su tradición secular, mientras que la realidad de nuestro

país era, la de situar al juez, como un órgano que, a veces, cumplía el derecho que otro órgano establecía, quedando en no pocas ocasiones, a merced de los otros dos poderes. Y a lo referido hay que agregarle que el Ejecutivo en Estados Unidos de América tenía poderes jurídica y políticamente limitados, por la existencia efectiva de un estructura federal, llevada a cabo por la práctica liberal existente en los propios Estados que componen la Unión Americana. Hay que subrayar, asimismo, la exigencia de respeto entre las entidades asociadas en la soberanía del Estado común, debido a un amplio ámbito de autonomía que se venía ejerciendo, históricamente y, como continuación de su larga tradición democrática, puesta en práctica en su realidad política desde las trece colonias, las cuales gozaron de suficiente libertad para mantenerse cada una separada de las demás, aunque subordinadas al soberano inglés, pero dicha sujeción no fue obstáculo para que los colonos establecieran un gobierno propio.

Cuestión diferente era lo que acontecía en los preludios de nuestra vida independiente ya que, los Estados que conformaban México fueron producto de una creación artificial —afirma el maestro Felipe Tena Ramírez— pues “Nuestra Constitución se colocó en el supuesto de que la Federación mexicana nació de un pacto entre Estados pre-existentes, que delegaban ciertas facultades en el poder central y se reservan las restantes...”.<sup>55</sup> Ante esta situación, se advierte claramente que, el principio federativo, era más una ficción jurídica, que una realidad política y social espontánea, que pudiera frenar, con eficacia, el impulso centralizador de los órganos de la Unión.

Establecida esta realidad histórico-política, hay que tener presente que nuestros males se reflejaron exponencialmente, sobre todo porque la normativa constitucional fue de escasa eficacia, no sólo por la mecánica de los dos grandes grupos políticos históricos de conservadores y progresistas, sino también por la fragilidad de la propia Constitución, carente, en varios aspectos, de una adecuada técnica constitucional. A lo anterior, hay que agregar, la falta de una verdadera cultura política, instrucción cívica y educación generaliza en las instituciones liberales que, pudieran crear, un verdadero ambiente de respeto al orden establecido por la Constitución.

---

55 Derecho Constitucional Mexicano, Porrúa, México, 1984, pp. 113 y 114.

En definitiva, la construcción del Estado constitucional que arranca y se materializa en Europa y Norteamérica, no ha logrado arraigarse sustantivamente en nuestro país, ni en muchos otros de la América Latina.

## VIII. REFLEXIONES FINALES

Ni duda cabe que el Estado constitucional es el Estado de derecho por excelencia, ya que una Constitución es la que estructura políticamente a los pueblos, define al Estado como Institución Suprema de Derecho, señala los límites de los órganos de gobierno, asigna su facultades y atribuciones, establece las relaciones entre sí y para con los particulares, conformando, lo que se denomina, parte orgánica de la Constitución. A su vez, en la nombrada parte dogmática, reconoce una gama de derechos fundamentales tanto en el aspecto individual como en el social, con la teleología de proveer un mínimo jurídico y económico que permita proyectar realmente la convivencia colectiva de manera pacífica, coexistiendo para la conquista de sus fines, ideales y anhelos para satisfacer factores económicos, políticos y culturales.

La Constitución plasma la identidad histórica de los pueblos, su razón de ser y su lucha por alcanzar la libertad y la dignidad. Es el resultado del devenir histórico de los pueblos en su vida pública. La Constitución articula un consenso jurídico-político de las fuerzas vivas de la comunidad, para permitir su convivencia pacífica. La Constitución es la norma que establece el procedimiento de la creación de todas las demás normas, es la fuente de la producción jurídica la cual le está subordinada. Por ello, la formación del régimen constitucional es, en principio, el resultado de una colaboración del Poder Político y la libertad de los ciudadanos, de tal suerte que la Constitución se establece jurídicamente por el poder y por la libertad, al mismo tiempo que el poder y la libertad son regulados jurídicamente por la Constitución.

Así, el objeto fundamental del Derecho Constitucional y, por consiguiente, de la Constitución, es establecer en beneficio del hombre y de la sociedad leyes que prescriben un orden y un equilibrio fundamental entre el hombre, el poder y la libertad. El Estado, tiende a privar las estructuras que le *estorban* o le *molestan*, pues no hay

poder que no incite a la exlimitación. En la organización política, el *Estado-aparato*, esto es, desde la óptica del *imperium*, cuando existe escasa educación cívica y nula cultura política en los gobernados, predispone frecuentes manipulaciones de los titulares del poder, quienes convierten la Constitución en un instrumento de dominación y no en una herramienta garante de libertades, limitadora y racionalizadora de las potestades públicas y propiciatoria de un Estado de bienestar y justicia social. En definitiva, es una lucha constante de la libertad contra el poder. En muchos aspectos esa querrela sigue vigente en México.

No hace falta señalar que, para que una Constitución cumpla con su *telos* y su *ratio*, deben existir los elementos y las condiciones sociales, culturales y políticas adecuadas para su cabal aplicación y, consecuente, eficacia. No queremos restar importancia al tejido normativo institucional que diseña una Constitución; sin embargo, la Norma Básica además de estructurar los poderes supremos y establecer las garantías esenciales, debe asumir los valores democráticos más profundos (justicia, libertad, igualdad y pluralismo político). De esta forma cobra importancia la aportación de Karl Loewenstein en la clasificación de las Constituciones, —la cual no se hace a partir de la formalidad del texto, sino, más bien, atendiendo a elementos de adaptación y eficiencia en el *trámite* político-democrático— cuando afirma que, *la calificación ontológica*, refiere las constituciones *normativa, nominal y semántica*.

Dentro del concepto tripartito de Constitución del jurista teutón, la primera existe cuando hay una correspondencia entre las normas e instituciones constitucionales y la realidad política; cuando existe capacidad de normar el proceso del poder y cuando la norma fundamental es *vivida* es realmente vivida por los gobernados y gobernantes. Por lo que hace a la segunda clasificación, una Constitución puede ser jurídicamente válida, empero, si la dinámica del proceso político no es capaz de respetar y adaptarse a sus normas, la Ley Fundamental no existe y, por ello, es *nominal*. Por lo que hace a la tipificación *semántica*, no existe una limitación en la concentración del poder, lo cual no posibilita un libre juego de la dinámica social y facilita la organización del señorío en beneficio de sus detentadores fácticos (dictador, junta, asamblea o partido); la Constitución deviene



en instrumento que suministra la dominación política, convirtiéndose en un disfraz.

La clasificación *existencial* de Loewenstein es muy sugestiva hasta nuestros días pues, cualquier Constitución tiene una validez formal y no por ello, puede ser capaz de organizar y controlar el proceso político en un Estado. Esto último requiere de esfuerzos muy importantes en la educación cívica y la cultura política del elemento sociológico, capaz de conformar una *conciencia* social democrática-constitucional. De ahí que existan grados de apego o de indiferencia de toda sociedad política en su norma básica. Es evidente que México cuenta con una Constitución. Sin menoscabar la importancia que han tenido los códigos políticos nacionales en la respectiva organización y desarrollo jurídico-político del Estado nacional en su historia, hay una agenda muy grande pendiente de cumplir. Por tanto, hay varios cuestionamientos aplazados por resolver: ¿La patria *está* en Constitución? es decir ¿*Vive* en Constitución? ¿Hay acaso un acercamiento entre la realidad normativa y la realidad político-social? ¿Puede advertirse claramente que las constituciones, o la actual, han cumplido cabalmente con su función primaria de limitar y distribuir el ejercicio político y, capaz de garantizar el goce irrestricto de los derechos humanos? Es indudable que no hay respuestas suficientes para contestar, cabalmente, estos cuestionamientos. No cabe duda que, la *adjetivación de Estado Constitucional*, a nuestra sociedad política, es muy discutible. En nuestro país, la Norma Fundamental, formalmente es rígida, pero prácticamente es flexible ya que en la realidad se observan muchas reformas, porque se *cree* que al llevarse a cabo éstas, la Carta Magna es “respetada” y “cumplida” tanto por los gobernados como por los detentadores del poder. En ésta línea, si la Constitución Mexicana no refleja la realidad político-social en su texto, provocado principalmente por la gran cantidad de reformas y el excesivo formalismo plasmado en las mismas, no podemos hablar de que exista una cultura constitucional, un sentimiento constitucional, en donde el discurso normativo-institucional, al apartarse del entorno en el cual se aplica, se desvirtúa, sin resolver las necesidades colectivas.

El progreso es ley de vida. En el Estado la libertad precisa el orden para no convertirse en libertinaje y es la Constitución quien lo proporciona. Pero el orden también necesita de la libertad, ya que por

sí solo sería inmóvil, contrario a la ley de la vida que exige cambio y movimiento, que los proporciona la libertad. La Constitución debe protegerlos y establecer el equilibrio mediante leyes que sean expresión de verdaderas necesidades y no carecer de razón, estableciendo las reglas del juego político para la convivencia de los hombres en una comunidad.

El equilibrio constitucional es el término medio entre tales extremos, función de la Ley Fundamental y tarea principalísima del Estado Constitucional. Las ideas morales, políticas, sociales, económicas y culturales de la comunidad determinan su destino, siendo la Constitución el instrumento regulador de todas ellas. La base de la regla de derecho es el poder que la sustenta. La autoridad es la unión del derecho con la fuerza. “El derecho sin la fuerza es una utopía, la fuerza sin el derecho es una barbarie”.

La historia es muy importante, ya que el Derecho Constitucional hincó sus raíces en ella. Así la historia del constitucionalismo mexicano del siglo XIX e inicios del XX se ha dado entre períodos convulsivos, pero es la lucha necesaria que toda Nación incipiente debe pasar y que no se puede comparar con los pueblos de la vieja Europa, que ya desde hace más de veinte siglos, con la cultura greco-romana, sentaron bases en la organización política, jurídica y social de su vida.

La nación de México es nueva, producto de dos razas que se mezclaron, engendrando un nuevo tipo de hombre, el mestizo. El estado de civilización de los pueblos aborígenes era el de la edad neolítica; el de España era el de la Nación que llegaba al cenit, en la edad de su siglo de oro (XVI y XVII), con un gran poderío político, militar y cultural, cuyos ejércitos dominaban Europa, sobre todo cuando por herencias reales se unían Alemania y España. Como se ha podido evidenciar, en esta fusión de razas habida en nuestra patria, con índices de civilización y de cultura que produjeron una raza nueva, se manifestaron fenómenos sociales y políticos muy difíciles, que se han ido superando al correr del tiempo a pesar de su deficiente educación democrática.

A escasos dos siglos de su vida independiente, aquella Nación de la Nueva España, se convirtió en nuestro México, que comenzó a organizar su vida, su Estado con el atributo primario de su soberanía.

En el suelo patrio, desafortunadamente, no existe una cultura constitucional, hay ausencia de *sentimiento constitucional*, y en la medida

que no exista una madurez y un conocimiento cívico y político de la Constitución, tanto en la clase gobernante como en la ciudadanía, no podrá cumplir con la imperiosa necesidad de concordar, la práctica política, con los principios que postulan un estado social y democrático de derecho, que es el Estado Constitucional por excelencia.

Dichas aseveraciones tienen el propósito de invitar a reflexionar para, espero, construir una mejor Nación, abriendo la posibilidad a una mayor participación e incidencia responsable y solidaria, de la sociedad civil en los asuntos públicos. En otras palabras, es menester, con el esfuerzo de representantes y ciudadanos, propiciar las condiciones sociales, políticas y culturales para que, confluyan conjunta y armoniosamente, el Estado-Aparato y el Estado-Comunidad en la toma de decisiones de este proyecto de vida común llamado Constitución, para profundizar en el camino de la libertad y de la dignidad, y para ello no debemos de tener miedo de acudir a México para mejorar a México y lograr el Estado Constitucional que requerimos.



# El “neo-regionalismo” italiano: rasgos y retos de un modelo territorial inacabado

ANNA MARGHERITA RUSSO<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. LA “CONSTITUCIÓN TERRITORIAL” DEL 1948: EL ORIGEN DEL MODELO REGIONAL ‘GARANTISTA’. 1. Las primeras etapas de desarrollo del sistema regional. II. LA ETAPA ‘CASI-FEDERAL’: DESDE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE LOS AÑOS ‘90 A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL TÍTULO V, PARTE II CONST. (2001). III. LA ETAPA DE LA CRISIS ECONÓMICA-FINANCIERA: RECENTRALIZACIÓN Y EMERGENCIA CONSTITUCIONAL. IV. EL FRACASO DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL “RENZI-BOSCHI”. V. NOVEDADES EN TEMA DE “REGIONALISMO ASIMÉTRICO”: LA APLICACIÓN DEL ART. 116.3 CONST. ¡POR FIN!

## I. LA “CONSTITUCIÓN TERRITORIAL” DEL 1948: EL ORIGEN DEL MODELO REGIONAL ‘GARANTISTA’

El regionalismo italiano, sea él “pensado”, por los padres constituyentes, sea aquello que se ha realizado a lo largo de 70 años, se muestra complejo, incierto y variable en la elaboración de sus contenidos, en un mismo momento histórico e incluso durante el tiempo<sup>2</sup>.

---

1 Profesora Titular en Derecho Público Comparado en la Università della Calabria, Italia, [annamargherita.russo@gmail.com](mailto:annamargherita.russo@gmail.com). Este trabajo ha sido realizado en el marco de los proyectos MEC DER2017-84195 - Constitucionalismo social y económico: nuevos retos para el Estado de Derecho en Europa (2018-2020) IP: M.I. González Pascual, A. Torres Pérez, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona e MEC PGC2018-094489-B-I00 Futuro y retos jurídicos de la Unión Económica y Monetaria (2019-2021) IP: A. Olesti Rayo, Universitat de Barcelona.

El tema del regionalismo en Italia es incandescente. El debate sobre la reforma del sistema territorial se ha reanudado tras la aprobación de la reforma constitucional n. 1/2020 (Ley Constitucional de 19 de octubre de 2020, n. 1 “Modificaciones a los artículos 56, 57 y 59 de la Constitución sobre la reducción del número de parlamentarios”) que reduce el número de parlamentarios y, sobre todo, por el “tsunami” sobrevenido con la emergencia covid-19. Al tratarse de novedades que se produjeron al momento de la publicación, el texto no pudo tomar en cuenta las últimas publicaciones sobre el tema y la legislación tomada para contener la pandemia.

2 F. GABRIELE, *Il regionalismo tra crisi e riforme costituzionali*, en *Rivista AIC*, n.

La solución original adoptada por el constituyente italiano en el 1947 sobre la estructura territorial del Estado –única referencia regional hasta entonces existente fue la breve experiencia del “Estado integral” español del 1931<sup>3</sup>– representó una opción intermedia entre las experiencias federales y los tradicionales sistemas unitarios centralizados con débiles autonomías administrativas, asumiendo el principio de autonomía y la descentralización como elementos básicos de la “República, una e indivisible”. La elección de un modelo territorial descentralizado representa una ‘ruptura’ con respecto al orden pre-fascista y se expresa a través del reconocimiento constitucional del principio de autonomía local y la limitación del monopolio legislativo estatal. A nivel comparado esta exigencia de descentralización no es insólita en los procesos de recuperación o construcción de la democracia después de experiencias autoritarias de gobierno, puesto la existencia de una estrecha conexión del reconocimiento y garantía de la autonomía de las comunidades locales con el principio democrático y, además, la tendencia de la progresiva evolución en un sentido pluralista de la forma de Estado<sup>4</sup>. En este sentido, a la base de la descentralización de la forma de Estado encontramos más que factores de naturaleza identitaria, elementos relacionados a la necesidad de eficiencia (administrativa) y democracia (responsabilidad, participación y separación de poderes).

---

4/2014.

- 3 El art. 1 de la Constitución del 1931 definía el Estado no sólo como una “República de trabajadores de toda clase”, sino también como “Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones”: “Después del férreo, del inútil Estado unitarista español, queremos establecer un gran Estado integral, en el que son compatibles junto a la gran España, las regiones, y haciendo posible en ese sistema integral que cada una de las regiones reciba la autonomía que merece por su grado de cultura y progreso”. Véase *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, 27 de agosto de 1931, n. 28, pp. 645 y ss.
- 4 Como afirma T. GROPPi, *Lo Stato regionale italiano nel XXI secolo, tra globalizzazione e crisi económica*, en *REA*, n. 21, 2015, p. 38, entre principio de autonomía y principio democrático existe una relación recíproca: la autonomía es instrumental al desarrollo del principio democrático y este último es requisito indispensable para la supervivencia del primero. Sobre la conexión entre el reconocimiento de la autonomía local y el principio pluralista en el modelo originario véase G. ROLLA, *L'autonomia costituzionale delle comunità territoriali. Tendenze e problemi*, en T. GROPPi (a cura di), *Principio di autonomia e forma dello Stato*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 15 ss.

Se trata de ‘elementos claves’ que inspiraron las distintas etapas a través de las cuales se desarrolla la evolución de la forma de Estado italiano en la época republicana<sup>5</sup>. De hecho, incluso si la cuestión regional desde la unificación del Reino de Italia (1861)<sup>6</sup> es una constante en el debate político acerca de la estructura institucional del Estado, realmente después de la caída del fascismo y la restauración del sistema municipal y provincial anterior se plantea la necesidad de pensar en un sistema de autonomía regional capaz de ser aplicado de manera ‘elástica’<sup>7</sup> para responder a las demandas diferenciadas existentes en el territorio, especialmente donde hubo fuertes impulsos autonomistas o incluso separatistas. Estas circunstancias llevaron a la institución de algunas formas

---

5 T. GROPPI, *Lo Stato regionale italiano*, cit.

6 En el momento de la unificación del territorio nacional, que tuvo lugar a través de sucesivas anexiones al Reino de Piemonte y Cerdeña de los territorios pertenecientes a los diversos Estados existentes en la época de pre-unificación, la realidad política era compleja y marcada por considerables desequilibrios económicos y sociales debido a la configuración geográfica de la península y a los diferentes acontecimientos históricos inherentes a las distintas partes del territorio. La idea de articular el territorio en regiones se concretó en los proyectos desarrollados por iniciativa de Cavour (primer presidente del Consejo de Ministros del Reino de Italia), que estableció una comisión para el estudio de la reforma del sistema administrativo del Reino. Estos proyectos fueron retomados en el posterior gobierno de Minghetti que concebía la región como un “consorcio permanente de provincias” pero nunca tuvieron concreción por el temor que pudiesen poner en peligro la unidad del Estado recién alcanzada. Además, incluso los promotores de las regiones sustentaban una idea de región como medio en contra al centralismo burocrático, es decir una región como centro de administración eficiente y no como legislador junto al poder central del Estado. En este contexto es una excepción la idea de región de Luigi Sturzo favorable a una región con órganos elegidos por sufragio universal y directo: “ente electivo-representativo, autónomo-autárquico, administrativo-legislativo” (L. STURZO, *Definizione dell'ente Regione*, en Ponencia del 23 de octubre del 1921 al Congreso de Venecia, Il partito popolare italiano, Bologna, 1956). Para profundizar el origen histórico del proceso de descentralización véase C. PAVONE, *Amministrazione centrale e amministrazione periferica da Rattazzi a Ricasoli (1859- 1866)*, Milano, 1964 y A. PETRACCHI, *Le origini dell'ordinamento comunale e provinciale italiano*, Venecia 1962, III, M. CARLI, *Diritto regionale. Le autonomie regionali, speciali e ordinarie*, Torino, 2018.

7 Así el diputado Ambrosini en su ponencia en la Comisión por la Constitución- II Subcomisión de la Asamblea constituyente (noviembre 1946), en calidad de presidente del Comité para las autonomías locales responsable del planteamiento de un sistema regional.

de autonomías regionales –en los territorios que corresponden a las regiones que en la Constitución adquirirán el estatus de “especialidad” (vd. *infra*)– que condicionará inevitablemente el debate constituyente sobre el modelo territorial de Estado<sup>8</sup>. Las diferentes posiciones apoyadas por las fuerzas políticas representadas en la Asamblea constituyente en la elección del modelo de organización territorial del poder llevaron a un sistema regional marcado por una “lógica garantista”<sup>9</sup>.

Eje fundamental es el art. 5 Const. que proporciona la ‘demanda autonomista’ –expresada en el principio de la promoción de las autonomías locales– con la declaración firme, a raíz de una tradición centralista que se remonta a la Constitución francesa de 1791, de los valores de unidad e indivisibilidad de la República<sup>10</sup>. El principio autonomista se desarrolla en el Título V, Parte II de la Constitución rubricada “De las Regiones, Provincias y Municipios” donde se concretan los perfiles formal y sustancial de las entidades autonómicas estableciendo un mapa territorial muy peculiar, caracterizado por dos “almas”, regional, por un lado, y municipal por el otro. De hecho, es la institución de las Regiones, con poder legislativo, la verdadera novedad del proyecto institucional planteado en la Constitución republicana del 1948 orientada a disminuir el enfoque centralista que se remonta a la unificación nacional, no sólo fortaleciendo los niveles de

---

8 Entre el 1944 y el 1946 se abre un camino que ha desempeñado un papel ‘preparatorio’ para la disciplina adoptada posteriormente por la Asamblea Constituyente a través de decretos leyes y decretos leyes “luogotenenziale” que instituyeron órganos muy próximos a los que serán los órganos fundamentales de las regiones. Así en Sicilia (Alto Commissario, Giunta consultiva, Consulta regionale: D.L. n.91/1944, D.Lgs.lgt. n. 416/1944 y luego aprobación del Estatuto regional con D.lgs. n. 455/1946), en Cerdeña (Alto Commissario, Giunta consultiva, Consulta: D.L. n. 21/1944, D.L. n.90/1944 y D.Lgs.lgt. n. 417/1944), en Valle de Aosta (creación de la circunscripción autónoma: D.Lgs.lgt. n. 545/1945) y Provincia de Bolzano con el Acuerdo Gasperi-Gruber del 1946.

9 Así A. D’ATENA, *Diritto Regionale*, IV ed., Giappichelli ed., Torino, 2019, p. 58.

10 A. D’ATENA, *Diritto Regionale*, cit., p. 55. La Corte constitucional, desde la sent. n. 1146/1988, afirma muy claramente que la unidad de la República es uno de los elementos esenciales del orden constitucional sustraído incluso de la hipótesis de revisión constitucional.



autogobierno local existentes, sino ampliando la estructura territorial al introducir este nuevo nivel institucional<sup>11</sup>.

Regiones, Provincias y Municipios constituyeron los ejes fundamentales del sistema territorial (art. 114 Const. '48), en un marco jurídico caracterizado por la uniformidad y homogeneidad entre los sujetos del mismo nivel institucional, dentro de un modelo de descentralización asimétrica *top-down*<sup>12</sup> (obligatoria constitucionalmente) y extendida a todo el territorio. Junto a las 15 *Regiones de régimen ordinario o común* (identificadas en el art. 131 Const. con referencia a preexistentes subdivisiones estadísticas), la Constitución previó 5 *Regiones con autonomía especial* (art. 116.1 Const.)<sup>13</sup>, estatus que se reconoce a los territorios que ya habían obtenido prerrogativas especiales y por las que el mismo texto constitucional provee un régimen jurídico distinto funcional a la existencia de elementos de carácter geográfico (insularidad), económico, etno-lingüístico y, además político, que necesitaban una solución inmediata<sup>14</sup>. El “régimen especial”, sintéticamente, se explica en un alcance más amplio de las

---

11 A. D'ATENA, *Diritto Regionale*, cit., p. 55 ss.

12 Sobre la distinción entre asimetría *top-down* y *bottom-up* véase F. PALERMO, *Asimmetria come forma e formante dei sistemi composti*, en *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2018, p. 255 y ss.

13 Se trata de: Friuli-Venecia Julia, Cerdeña, Sicilia, Trentino-Alto Adigio y Valle de Aosta.

14 De hecho, a través de la XVII Disposición Transitoria y Final Const. (“La Asamblea Constituyente será convocada por su Presidente para deliberar, antes del 31 de enero de 1948 sobre la Ley para la elección del Senado de la República, sobre los Estatutos Regionales especiales y sobre la Ley de Prensa”) la Asamblea constituyente ha aprobado, no obstante el procedimiento previsto por el art. 138 Const. para las leyes constitucionales, los Estatutos de Sicilia, Cerdeña, Valle de Aosta y Trentino-Alto Adigio (aprobados, respectivamente, con leyes constitucionales nn. 2,3,4 y 5, todas promulgadas el 26 de febrero de 1948). Con referencia a la región Friuli-Venecia Julia, es necesario esperar hasta el 1963 para la aprobación de su Estatuto regional (ley constitucional n. 1/1963) puesta su peculiar situación territorial heredada tras la II guerra mundial, es decir la división entre la “zona A” (Trieste y algunos municipios limítrofes) y la “zona B” (Istria y Eslovenia). De hecho, el régimen militar aliado gobernó hasta el *Memorandum de Entendimiento*, promulgado en Londres en 1954 entre el gobierno italiano y los gobiernos británico, estadounidense y yugoslavo con el que la zona A se trasladó a la administración italiana (la transferencia definitiva de la soberanía territorial al Estado italiano se concretizará en el 1975 con el Tratado de Osimo).

competencias regionales, legislativas y reglamentarias, contenidas en sus propios Estatutos regionales; en la previsión de un procedimiento distinto de adopción de sus propios Estatutos regionales (ley constitucional en cambio de la entonces ley ordinaria estatal prevista para las demás Regiones ordinarias); en la existencia de relaciones bilaterales con el Estado; en un sistema financiero distinto y más ‘regionalizado’; en la previsión de poderes *extra ordinem* para los órganos del gobierno regional en tema de orden público y disciplina de los entes locales y en la tutela de derechos históricos y lingüísticos de algunas minorías.

Para las Regiones ordinarias la Constitución preveía un listado bastante limitado de competencias legislativas (art. 117 Const. ’48), no exclusivas sino compartidas (“concurrentes”) en las que la autonomía de las regiones podría desarrollarse en los límites de los principios básicos contenidos en las correspondientes leyes estatales, vinculantes, entonces, para la legislación regional. Utilizando el principio del “paralelismo de funciones”, las competencias administrativas encomendadas a las regiones debían centrarse necesariamente en los mismos temas cubiertos por la competencia legislativa mientras que las funciones jurisdiccionales regionales fueron excluidas. Se proporcionaron controles preventivos de legitimidad y mérito para los actos legislativos y administrativos de las regiones y la resolución de conflictos se encargó al juez constitucional. A las regiones se reconocía autonomía estatutaria, sin embargo, el Estatuto, aunque aprobado por la asamblea legislativa regional (el Consejo), tenía que ser adoptado, con ley estatal, por el Parlamento nacional (art. 123 Const. 48). Además, el sistema de relaciones intergubernamentales entre las autonomías territoriales y el Estado y las formas en que las regiones participaban en las funciones estatales eran muy limitadas puesto que la simple predicción de que “el Senado es elegido a nivel regional” (Art. 57 Const.) solo se refiere a la definición de distritos electorales y ni siquiera a su composición.

### ***1. Las primeras etapas de desarrollo del sistema regional***

Las Regiones “ordinarias” dispusieron de un alcance limitado de autonomía política pero no tanto por defecto de las normas constitucionales, sino por las dificultades encontradas a partir del proceso político de institución de las Regiones, que se produjo con un retraso

de casi 20 años a pesar de las disposiciones constitucionales específicas al respecto<sup>15</sup>. De hecho, el proceso de consolidación del sistema regional se ha desarrollado lentamente por etapas a partir de una primera fase, sucesiva a la entrada en vigencia de la Constitución (1948-1970), que se caracteriza por una regionalización parcial debido a la activación únicamente de las Regiones especiales. La tendencia inicial de las mayorías de gobierno no iba en la dirección de dar concreción a las disposiciones constitucionales más innovadoras de la Constitución territorial y esto tuvo importantes consecuencias en el desarrollo posterior del modelo regional prácticamente inacabado incluso hoy en día. Resulta emblemático que la única ley de actuación de la Constitución adoptada en este período (la “Ley Scelba”: Ley n. 62/1953 “Constitución y funcionamiento de los organismos regionales”), configuró la región como una gran “entidad local”, limitando su autonomía dentro de la esfera administrativa<sup>16</sup>.

La segunda etapa se pone en marcha a finales de los años sesenta (con la Ley n.108/1968 para la elección de los Consejos regionales) y tiene su núcleo central en la aprobación de una serie de leyes estatales para la transferencia de las funciones administrativas y los recursos financieros y humanos necesarios para el funcionamiento de las regiones ordinarias. No es secundario que la institución de las regiones ordinarias ocurre en un contexto social, económico y político profundamente diferente a lo del 1948. Como advierte atenta doctrina, el “factor tiempo” tiene su relevancia en el derecho constitucional: “un retraso en la actuación de la Constitución no determina sólo una omisión, sino también una desviación, una modificación respecto a

---

15 En este sentido las Disp. Trans. y Fin. VIII e IX Const., establecían plazos específicos para la celebración de las primeras elecciones de los Consejos Regionales (dentro de un año tras la entrada en vigor de la Constitución) y para la adaptación de las leyes estatales a las necesidades de las entidades locales autónomas y a la competencia legislativa atribuida a las Regiones (dentro de tres años desde la entrada en vigor de la Constitución).

16 Así T. GROPPi, *Lo Stato regionale italiano*, cit., p. 42. En este sentido, también, L. PALADIN, *Diritto Regionale*, Cedam, Padova, 2000, p. 370 ss.

las decisiones originarias: una Constitución no aplicada por entero es una Constitución diferente”<sup>17</sup>.

Esta etapa, en apariencia ‘innovadora’, que coincide con la aprobación de los Estatutos regionales y la transferencia de las funciones a las regiones a través de la criticada técnica del “recorte de las competencias regionales”<sup>18</sup>, condujo a una sucesiva “fase de reflujo”<sup>19</sup> en la cual, por un lado el legislador estatal y, por el otro, la Corte constitucional, contribuyeron a delimitar aún más la ya débil autonomía legislativa regional.

De hecho, la segunda transferencia de funciones (Ley delega n. 382/1975 y Dpr. n. 616/1977) con la que comenzó la “segunda regionalización”, aunque procedió por la distinta técnica de transferencia por “sectores orgánicos”, ampliando, de alguna forma, los ámbitos de competencia regional, no alcanzó las expectativas. La imposibilidad de concretar un modelo de división ‘matemática’ de competencias previsto por los constituyentes era evidente incluso bajo la jurisprudencia constitucional.

La Corte constitucional utilizó mucho el criterio del “interés nacional” (previsto en la Constitución como límite sustancial al poder legislativo) para justificar la intervención estatal incluso hasta el ‘detalle’ de materias de ámbito regional. A esto es necesario añadir la ausencia de una articulación territorial del sistema político a nivel regional<sup>20</sup> –con una homologación progresiva entre las coaliciones nacionales de gobierno con las regionales, determinando un “efecto-domino” en caso de crisis<sup>21</sup>– y la existencia de una fuerte división

---

17 Así, G. ROLLA, *El desarrollo del regionalismo italiano*, en *ReDC*, n. 2/2004.

18 Véase, M. BELLETTI, *La vicenda storica del regionalismo*, en R. BIN, G. FALCON, *Diritto regionale*, II ed., Il Mulino, Bologna, p. 86. Con base en la delegación contenida en la Ley n. 281/1972, los decretos definían funciones administrativas regionales transferibles, fragmentadas y enumeradas mientras conservaban los poderes restantes para el Estado.

19 Así, T. GROPPI, *Lo Stato regionale italiano*, cit.

20 Como subraya A. D’ATENA, *Diritto Regionale*, cit., es cierto que a la crisis del modelo constitucional haya contribuido el hecho de que las regiones han sido puestas “desde arriba” en una realidad institucional dominada por la presencia de partidos políticos nacionales fuertemente centralizados.

21 *Ibidem*, p. 64.

Norte/Sur, en términos de desarrollo económico y capital social<sup>22</sup>. Sin embargo, esto no impidió que, al solucionar cuestiones contundentes muy relacionadas al débil sistema de relación y coordinación entre los distintos niveles institucionales, la Corte constitucional identificara de antemano algunos institutos luego disciplinados por el legislador (las “actividades de dirección y control”, por ej.) o resultado de la sola actividad interpretativa del juez constitucional, tal fue el caso del principio de leal colaboración<sup>23</sup> a raíz del cual ha ido desarrollándose el sistema de las Conferencias, lugar principal de colaboración entre el Estado y las autonomías territoriales<sup>24</sup>.

---

22 Así, T. GROPPi, *Lo Stato regionale italiano*, cit.

23 Así, S. BARTOLE, *La Corte costituzionale e la ricerca di un contemperamento tra supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e regioni*, en *Le regioni*, 1988, p. 563 y ss.; P. CARROZZA, *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, en *Le regioni*, 1989, p. 116 y ss.

24 El “sistema de las Conferencias” no está directamente garantizado en la Constitución; de hecho, ha ido desarrollándose por manos del legislador a raíz de una amplia jurisprudencia constitucional especialmente sensible al tema de las relaciones intergubernamentales entre Estado y autonomías territoriales. A nivel vertical este sistema se compone de las *Conferencia permanente Estado-Regiones y Provincias autónomas* (DPCM 12 octubre 1983), la *Conferencia permanente Estado-Ciudad-autonomías locales* (DPCM 2 julio 1996), la *Conferencia unificada* (Decreto legislativo n. 281/1997) que integra las dos Conferencias Estado-Regiones y Estado-Ciudad-autonomías locales y está integrada por representantes de los ejecutivos de los niveles institucionales involucrados. El sistema de conferencias está actualmente regulado, en los aspectos generales, por el artículo 12 de la Ley n. 400 de 1988 (con referencia a la Conferencia Estado-regiones) y por el decreto legislativo n. 28/1997, que se complementan con disposiciones legislativas adicionales sobre aspectos específicos.

A nivel horizontal, la cooperación entre las Regiones se fundamenta, básicamente, en la *Conferencia de Presidentes de Región*, que ejerce una función de ‘preparación’ funcional al debate que se desarrollará en la Conferencia Estado-Regiones. Para más detalles véase, C. TUBERTINI, *Le Regioni e il sistema delle Conferenze: riflessioni sulle possibili riforme*, en *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2010, p. 93 y ss.; *Il sistema delle Conferenze*, Senato, Dossier n. 275, 2016 y P. COLASANTE, A. IACOVIELLO, *Prassi e potenziali sviluppi dell’intergovernmental management nell’ordinamento italiano. Riflessi sul principio di leale collaborazione*, en *Rivista AIC*, n. 3/2017.

## II. LA ETAPA ‘CASI-FEDERAL’: DESDE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS DE LOS AÑOS ’90 A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL TÍTULO V, PARTE II CONST. (2001)

Los problemas que fueron añadiéndose a lo largo del tiempo –evidentemente tuvo un papel destacado también el proceso de integración europea– condujeron a un proceso de reforma profundo del sistema territorial. Esto en coincidencia con la grave crisis que ha sacudido los pilares del sistema de partidos, debido al colapso del Muro de Berlín, la introducción de un sistema electoral mayoritario y el fenómeno de la difusa corrupción política sancionada por la fiscalía (así llamada “tangentópolis”). No es casualidad si el tema de la reforma del regionalismo se puso abrumadoramente en la agenda político-institucional a principios de la década de 1990, cuando el sistema de partidos tradicional entró en crisis y surgió un partido con perfil más territorial (en origen la “Liga Norte”) que hizo de la batalla federalista, al comienzo incluso secesionista, su bandera política.

Idealmente podríamos fijar el comienzo de esta nueva etapa del regionalismo en el 1990, con la aprobación de la nueva legislación estatal sobre municipios y provincias (Ley n. 81/1993) para terminar con la aprobación de la reforma constitucional del 2001.

Se abre una nueva temporada de devolución de competencias a favor del sistema de autonomías territoriales, formalmente una tercera transferencia de competencias, muy diferente de las de la década de 1970, no solo y no tanto por la cantidad, sino, sobre todo, cualitativamente. De hecho, las conocidas “Reforma Bassanini”, un proceso de reforma encabezado por la Ley núm. 59/1997, se considera un “acto *materialmente* (aunque no *formalmente*) constitucional”<sup>25</sup> porque anticipa muchos de los contenidos de la reforma constitucional del 2001. El objetivo de esta reforma era, entre otros, el fortalecimiento de los gobiernos locales como tercer nivel institucional junto con el Estado y las Regiones, proporcionando un federalismo admi-

---

25 T. Martines – A. Ruggeri – C. Salazar, *Lineamenti di Diritto regionale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 8.

nistrativo a “Constitución invariada”<sup>26</sup>. El “paquete” de las reformas Bassanini<sup>27</sup>, a partir de la “Ley madre” (Ley 59/97), por un lado innovan el mismo método de reforma, por el otro, contribuyen a dar un rasgo “neo-municipal” a la sucesiva reforma constitucional<sup>28</sup>. De hecho, sin cambiar la Constitución, se transfieren a Regiones, Provincias y Municipios muchas funciones estratégicas hasta aquel momento administradas por el Estado, utilizando como principio básico la “subsidiariedad”. Este principio permite estructurar de forma nueva el sistema de distribución de las funciones administrativas entre los distintos niveles de gobierno, acercando al nivel local todas aquellas funciones relacionadas con el cuidado y la promoción de los intereses de las comunidades locales.

Tras las reformas legislativas de los años ’90 se abrió una fase de profunda reforma del ordenamiento regional a través de tres leyes constitucionales que modificaron el perfil general de la constitución territorial y la dimensión autonómica de los entes territoriales. La Ley constitucional (L.c.) núm. 1/1999 (autonomía estatutaria y forma del gobierno de las Regiones con autonomía ordinaria); la L. c. núm. 2/2003 (con la que se aplica una disciplina análoga a las cinco Regiones especiales) y la L. c. núm. 3/2001 (completa la reforma del título V de la Constitución) marcan la transición a la “República de las autonomías”<sup>29</sup>. A partir del artículo 114 Const., “documento de identidad” del nuevo ordenamiento constitucional<sup>30</sup>, se dibuja un sistema integrado por una pluralidad de entidades territoriales –Municipios,

26 Véase L. Torchia, *Regioni e “federalismo amministrativo”*, en *Le Regioni*, n. 2/2001, p. 259.

27 Ley de 15 de mayo de 1997, núm. 127 (*Bassanini Bis*); Ley de 16 de junio de 1998, núm. 191 (*Bassanini ter*); Ley de 8 de marzo de 1999, núm. 50 (*Bassanini quater*).

28 Véase, G. D’Ignazio, *L’attuazione del federalismo amministrativo ed il ‘nuovo’ regionalismo*, en AA. VV. (a cura di S. Gambino), *Il ‘nuovo’ ordinamento regionale – Confronti europei (Spagna, Germania e Regno Unito)*, Giuffrè, Milano, p. 223.

29 T. Groppi, M. Olivetti (cur.), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, 2. ed., Torino, 2003.

30 En este sentido, M. OLIVETTI, *Lo Stato policentrico delle autonomie (art. 114, comma 1)*, en T. GROPPI, M. OLIVETTI (cur.), *La Repubblica delle autonomie*, cit., p. 47 y ss.

Provincias, Ciudades Metropolitanas, Regiones– que junto al Estado construyen la “República”<sup>31</sup>.

Sin embargo, el reconocimiento de una dignidad constitucional parecida para todos los entes territoriales (incluyendo el Estado), no excluye, evidentemente, la existencia de diferencias en las competencias y garantía constitucional, expresadas a lo largo del Título V Const. De hecho, si la igualación (principio de *equiordinazione*) entre los diferentes componentes de la República sanciona la desaparición de la tradicional función de tutoría realizada por el Estado hacia las Regiones, el conjunto de otras disposiciones previstas en el Tit. V Const. (del art. 115 hasta el art. 133 Const.) plantean una mayor valorización de la entidad regional con respecto a las demás entidades territoriales cuya importancia constitucional consiste, principalmente, en que son una parte necesaria e indefectible del ordenamiento constitucional al no poder ser suprimidas por el legislador ordinario.

Sintéticamente, los cambios más relevantes se refieren, en general, al sistema de reparto de las competencias legislativas (art. 117 Const.) y las funciones administrativas (art. 118 Const.); al ingreso del llamado “regionalismo diferenciado” (art. 116.3 Const.); a la “europeización formal” del ordenamiento regional (art. 117.1 y 117.5 Const.); a la valorización de la autonomía financiera (art. 119 Const.); a la superación del sistema de controles de los actos legislativos y reglamentarios regionales y, a la “forma de Región”, es decir a los perfiles autonómicos del sistema-región. (art. 122 y ss. Const.). Frente al sistema competencial original<sup>32</sup>, el nuevo modelo sigue un criterio inspirado en la tradición federal. Se enumeran las materias de competencia estatal exclusiva (art. 117.2 Const.) y las de competencias compartidas (art. 117.3 Const.), mientras que las restantes se reservan en vía residual a la competencia legislativa de las Regiones (art.

31 En este sentido la República, se entiende cómo un ordenamiento general en el cual el Estado es parte y en el cual las regiones, provincias, ciudades metropolitanas y municipios son componentes constitutivos con la misma dignidad constitucional. Así, S. GAMBINO, *Autonomie territoriali e riforme*, en ID. (cur.), *Regionalismi e Statuti*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 13 y ss.

32 El ‘viejo’ sistema de distribución competencial preveía un listado de materias de competencia regional y el reconocimiento a las Regiones de una competencia legislativa tanto de tipo concurrente como de tipo integrativo.



117.4 Const.). Así, también, para la potestad reglamentaria, atribuida de manera general a las Regiones (art. 117.6 Const.), salvo para las materias de legislación exclusiva del Estado, virtualmente delegables a las Regiones. En el marco autonómico esbozado por la reforma, los Municipios representan las entidades depositarias de la generalidad de las funciones administrativas dentro un sistema ajustado a la regla de la subsidiariedad con los corolarios de la “diferenciación” y “adecuación” (art. 118, Const.). Inspirado otra vez en el ordenamiento español<sup>33</sup>, con el art. 116.3 Const. se introduce una “asimetría dinámica” o “dispositiva”<sup>34</sup> para las Regiones ordinarias, con el objetivo de flexibilizar más el sistema autonómico al introducir un tercer tipo de Regiones, junto a las del régimen ‘ordinario’ y ‘especial’, que la doctrina ha ido denominado con diferentes ‘etiquetas’<sup>35</sup>.

Además, la reforma afecta profundamente, por lo menos a nivel formal, la autonomía estatutaria de las Regiones ordinarias, modificando su naturaleza y rango en el sistema de las fuentes. El Estatuto regional asume la configuración de ley regional, aunque “atípica” y “reforzada” (se prevé un procedimiento agravado para su aprobación y reforma que recuerda el procedimiento previsto para la adopción de las leyes constitucionales ex art. 138 Const.<sup>36</sup>) que determina, de

---

33 Asi, A. D’ATENA, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Giuffrè ed., Milano, 2007.

34 La Constitución reconoce la mera ‘posibilidad’ de diferenciación remetiéndola a la voluntad y capacidad institucional de cada Región según el procedimiento del art. 116.3 Const. Para un primer análisis sobre la introducción de esta norma en la Constitución sea permitido renviar A.M. Russo, *Pluralismo territoriale e integrazione europea: asimmetria e relazionalità nello Stato autonomico spagnolo. Profili comparati (Belgio e Italia)*, Napoli, Ed. Scientifica, 2010, p. 178 y ss.

35 En la doctrina se han utilizado diferentes fórmulas para su definición: “cláusula de asimetría” “cláusula de diferenciación”, “regionalismo diferenciado”, “Semi-especialidad” regional, “especialidad generalizada”, “especialidad especial de regiones ordinarias”, “acceso de las regiones ordinarias a la autonomía especial”, “especialización de autonomía regional”, “regionalismo de múltiples velocidades”, “autonomía regional ponderada”. Véase, M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato alla prova dell’esame parlamentare*, en *Federalismi.it*, n. 6/2019.

36 Según el art. 123 Const. el Estatuto será aprobado y modificado por el Consejo Regional mediante Ley votada favorablemente por mayoría absoluta de sus componentes, en dos lecturas sucesivas con un intervalo temporal entre ellas de

acuerdo con la Constitución, la forma de gobierno y los principios fundamentales de organización y funcionamiento de cada Región (art. 123 Const.). En el ejercicio de la potestad estatutaria, el legislador regional tiene como único vínculo “la armonía con la Constitución”. Sin embargo, la innovación más relevante de la potestad estatutaria reside en la posibilidad de determinar la forma de gobierno con base en el modelo político-organizativo del ordenamiento de cada región. En realidad, como ha dado muestra la sucesiva actuación de estas nuevas normas constitucionales, se trata de una forma de gobierno de compleja definición no solo por los vínculos constitucionales existentes a la hora de elegir el tipo de relaciones que se quiere plantear entre los órganos fundamentales de la Región, sino, también, por los impactos que sobre la misma tienen las reglas electorales (sistema de elección), remitidas a la determinación del legislador regional, aunque dentro de los “límites de los principios fundamentales” establecidos por leyes estatales. La misma Constitución prevé un *modelo transitorio* de forma de gobierno – “salvo que el Estatuto regional disponga otra cosa” (art. 122.5 Const.)– básicamente caracterizada por la elección directa del Presidente de la Junta regional que nombra y revoca a los componentes de la Junta, sin una relación de confianza inicial con el Consejo regional (elegido también de forma directa). Sin embargo, la estabilidad de los ejecutivos se obtiene gracias a una racionalización de la forma de gobierno orientada a favorecer la permanencia de los órganos para toda la duración del mandato, introduciendo una doble vinculación entre la duración del mandato del Consejo y del Presidente de la Junta (según el conocido aforismo “aut simul stabunt aut simul cadent”)<sup>37</sup>. En realidad, este ‘modelo transitorio’, fue adop-

---

no menos de dos meses, y para la cual no será necesario el visto bueno del Comisario del Gobierno. Podrá, sin embargo, el Gobierno de la República plantear ante la Corte Constitucional la cuestión de constitucionalidad de un Estatuto regional dentro de los treinta días siguientes a su publicación. Se someterá a referéndum popular el Estatuto si dentro de los tres meses siguientes a su publicación así lo pidiere una quincuagésima parte de los electores de la región o un quinto de los miembros del Consejo Regional. No se publicará el Estatuto sometido a referéndum de no ser aprobado por la mayoría de los votos válidamente emitidos.

37 La aprobación de una moción de censura contra el Presidente de la Junta elegido por sufragio universal y directo, así como su cese, su inhabilitación permanen-

tado por todas las Regiones incluso para la interpretación estricta que la Corte Constitucional ha dado a lo largo de los años a estas normas constitucionales<sup>38</sup>.

Si lo que hemos descrito es el “modelo”, un análisis más profundo de lo que ha pasado tras casi veinte años de vigencia de las leyes de reforma constitucional del Título V, nos diría otras cosas. Reenviando a la amplia doctrina sobre el tema<sup>39</sup>, nos limitamos a señalar unos *flash* interesantes y problemáticos.

En primer lugar, destaca la reescritura centralista del nuevo sistema regional, llevada a cabo por la labor de interpretación de la Corte constitucional el día después de la reforma del Título V bajo la exigencia de ‘aclarar’ el sombroso sistema de distribución competencial o de garantizar el principio de unidad utilizando el parámetro de los “intereses”<sup>40</sup>. Es emblemático, por ej., el eje jurisprudencial de la llamada “atracción en subsidiariedad” con referencia a las “materias transversales”<sup>41</sup>, que la Corte constitucional desarrolla a partir de la sentencia núm. 303/2003 no por casualidad definida “ortopédica”<sup>42</sup>.

---

te, su muerte o su dimisión voluntaria determinas no solamente la dimisión de la Junta sino, también, la disolución del Consejo en conformidad al art. 126.3 Const.

- 38 Ver las sentencias Corte Const. n. 304/2002, n. 2/2004, n. 12/2006. En la doctrina, véase, entre otros, S. GAMBINO *La forma di governo regionale (fra “chiusure” del giudice costituzionale, “incertezze” degli statuenti regionali e “serrato” confronto nella dottrina)*, en *Le istituzioni del Federalismo*, n. 2/3, 2004, p. 343 y ss.; A. BURATTI, *Rappresentanza e responsabilità politica nella forma di governo regionale*, Napoli, 2010, p. 197 ss. y el más reciente E. GIANFRANCESCO, *L'autonomia di fronte a se stessa: il caso degli statuti regionali ordinari*, en *Consultaonline*, n. 1/2016, p. 40 y ss.
- 39 Véase, entre otros, S. MANGIAMELI, *Le Autonomie della Repubblica: la realizzazione concreta*, Giuffrè ed., Milano, 2013, pp. X – 228 y ID. (cur.), *Il regionalismo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo 5*, Giuffrè ed., Milano, 2014.
- 40 Véase, en particular, las SSCC núm. 231, 270, 242 del 2005; núm. 215, 233, 235, 246, 267, 328 del 2006 y núm. 88/2007.
- 41 A partir de la SCC 282/2002 la Corte constitucional identifica las así llamadas “materias no materias”, es decir no definibles como “materias en sentido estricto”, sino como “competencia del legislador estatal idónea a cubrir todas las materias”.
- 42 Así, A. D'ATENA, *L'allocatione delle funzioni amministrative in una sentenza*

En el mismo sentido, aún, la jurisprudencia sobre la “forma de gobierno regional” o el uso de la “coordinación de la financia pública”. En la técnica anómala de acabar el modelo constitucional territorial a través de leyes que responden a una lógica distinta de la que tuvo el legislador de reforma, se encajan, por ej., el fuerte retraso en la realización del nuevo modelo de autonomía financiera regional (art. 119 Const.) o la oportunidad perdida, por lo ‘estatuyentes’ regionales, de acuñar un modelo regional que respondiera a las características de cada comunidad superando la uniformidad endémica y disfuncional del sistema.

Todo se resume en unas indicaciones metafóricas muy incisivas: entre las fatigas de Sísifo –modelos regionales contradictorios entre las distintas mayorías de Gobierno– y la labor de Penélope<sup>43</sup> –legislación de actuación y jurisprudencia constitucional– no deja de existir un regionalismo ‘sin alma’<sup>44</sup>. Esto sin olvidarnos de la tendencia centralizadora exógena representada por la recién crisis financiera y económica internacional.

### III. LA ETAPA DE LA CRISIS ECONÓMICA-FINANCIERA: RECENTRALIZACIÓN Y EMERGENCIA CONSTITUCIONAL

El delicado equilibrio entre instancias unitarias e instancias autonomistas es fisiológicamente sujeto a movimientos ahora en sentido centrífugo ahora en sentido centrípeto. Esta última ha sido la dirección tomada por las medidas adoptadas en el ámbito del “derecho de la crisis” económica y financiera<sup>45</sup>, que desde 2007 han involucrado

---

*ortopedica della Corte costituzionale*, en *Giur.cost.*, 2003 y V. ONIDA, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del reparto di competenze in due sentenze «storiche»*, en *Le Regioni*, n. 4-5/2008.

43 Asì, G. ROLLA, *L'organizzazione territoriale della Repubblica*, Giuffrè ed., IV ed., Milanom 2014.

44 Asì, T. GROPPi, *L'evoluzione della forma di Stato in Italia: uno Stato regionale senz'anima?*, en *federalismi.it*, n. 4/2007.

45 Véase, D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, en *Osservatorio Costituzionale AIC*, 3, 2016.

a varios países de la euro-zona, llevando a una fuerte ‘compresión’ de los espacios de autonomía sub-nacionales en cumplimiento del nuevo ciclo de políticas europeas de gobernanza económica<sup>46</sup>. El resultado, en términos de racionalización de las finanzas públicas y contención de la deuda soberana, ha llevado inevitablemente a un cambio de rumbo en las relaciones Estado-Regiones exponiendo el sistema autónomo a un grave riesgo. Interpretar el pluralismo territorial a través de la ‘lente’ del gasto público tuvo como consecuencia la identificación de las autonomías territoriales como principales “deseconomías” por eliminarse o limitarse<sup>47</sup>. En realidad, la crisis económica, aún en acción, no ha generado, en sí misma, una nueva crisis del modelo territorial compuesto<sup>48</sup>, sino ha puesto en evidencia la necesidad de efectuar algunos cambios<sup>49</sup>.

Si normalmente las crisis económicas se reflejan sobre el sistema constitucional en su conjunto y, más bien, en su estructura territorial,

- 
- 46 Sobre el impacto de la crisis económica en la transformación del modelo territorial véase M. NICOLINI, *El impacto de la economía en las mutaciones constitucionales*, en este libro.
- 47 La doctrina sobre el impacto de la crisis económica en el sistema de las autonomías territoriales es muy amplia. Entre los muchos, ver AA.VV., *Impact of the Economic Crisis on the EU Institutions and Member States*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2015; S. MANGIAMELI, *Le regioni italiane tra crisi globale e neocentralismo*, Milano, Giuffrè, 2013; G. MARTINICO, L. PIERDOMINICI, *Crisis, emergency and subnational constitutionalism in the Italian context*, in *Perspective on federalism*, 6(2), 2014; G. GARDINI, *Le autonomie ai tempi della crisi*, en *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2011 e ID., *Crisi e nuove forme di governo territoriale*, en *Le Istituzioni del Federalismo* 3, 2015 y A.M. Russo, *La dimensión del sector y de las Administraciones públicas en Italia. ¿Una película centralizadora en rodaje?*, en *ReDCE*, n. 20, 2013.
- 48 Así, A. MORRONE, *Tendencias del federalismo (y del “federalismo fiscal”) al tiempo de la crisis económica y financiera*, ponencia presentada en las *Jornadas internacionales de Derecho constitucional, público provincial y municipal*, Mendoza, Argentina, 15, 16 y 17 de septiembre de 2014. Como subraya el A. “la crisis económica ha acentuado los efectos de los cambios que ya se están produciendo en la vida del Estado constitucional, en lugar de constituir, en sí misma, la causa de una nueva (otra) crisis de esa forma de organización política”.
- 49 En este sentido véase A.M. RUSSO, *Los retos de la «gran crisis»: la autonomía territorial (o lo que queda) ante el espejo de Europa*, en A.M. Russo (ed.), *Los escenarios móviles del derecho regional europeo (Reflexionando en el palacio de Godoy)*, CEPIC, Madrid, pp. 13 y ss.

es curioso destacar el nexo tan fuerte entre crisis y reformas territoriales, existente en Italia. Como ya hemos subrayado, el proceso de “Reforma Bassanini” y su constitucionalización con la Reforma del Título V Const. del 2001, fue la respuesta a la crisis del 1992 consiguiente a los primeros efectos de la globalización de los mercados financieros y la puesta en tela de juicio de la eficacia de la reglamentación estatal en este ámbito<sup>50</sup>. De hecho, tanto la UE como las crisis económicas contribuyen de forma evidente a la “manutención constitucional”<sup>51</sup>, es decir introducen cambios de naturaleza contingente y específica (por lo menos hasta hora) en el sistema constitucional.

Sin embargo, resulta muy paradójico el tipo de respuestas tomadas por el legislador para enfrentarse a la nueva crisis económica del 2007. El primer paso ha ido en la dirección de acabar el modelo territorial esbozado en el 2001 a través el “federalismo fiscal” poniendo en marcha un proceso legislativo de urgencia encabezado por la Ley núm. 42/2009<sup>52</sup>. Sucesivamente, cuando ya los efectos de la crisis se hacían cada vez más fuertes y llevaban incluso un conflicto político bastante duro, se hizo un paso atrás invirtiendo totalmente la ‘trayectoria reformadora’ hasta entonces seguida. A partir de este momento

---

50 Así, S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico*, en *Rivista AIC*, n. 4/2014, p. 25.

51 F. PALERMO, *La “manutenzione” costituzionale*, Cedam, Padova, 2007, p. VIII-520.

52 Se empieza a dar aplicación a la Ley 42/2009 con los: Decreto legislativo (D. Lgs.) núm. 85/2010, sobre el así llamado “federalismo demanial”; D. Lgs. núm. 156/2010 sobre el ordenamiento de Roma Capital; D. Lgs. Núm. 216/2010, sobre el establecimiento de los costes y de las necesidades estándar (“fabbisogni standard”) de Municipios, Ciudades metropolitanas y Provincias; D. Lgs. núm. 23/2011, sobre el “federalismo fiscal Municipal”; D. Lgs. núm. 68/2011, sobre la autonomía de entrada de las Regiones ordinarias y de las Provincias, así como el establecimiento de los costes y necesidades estándar en la sanidad; D. Lgs. núm. 88/2011, sobre los recursos adicionales y las intervenciones especiales para la eliminación de los desequilibrios económicos y sociales; D. Lgs. núm. 149/2011, sobre los mecanismos de sanciones e incentivos para Regiones, Provincias y Municipios; D. Lgs. núm. 118/2011, sobre la armonización de los sistemas de contabilidad y de los proyectos de presupuesto de las Regiones, los entes locales y sus organismos; finalmente, D. Lgs. núm. 61/2012, en tema de ordenamiento de Roma Capital. [https://www.portalefederalismofiscale.gov.it/portale/it/web/guest/ap\\_home](https://www.portalefederalismofiscale.gov.it/portale/it/web/guest/ap_home).

la estrategia utilizada para responder a los puntos críticos surgidos, o más bien, hechos más evidentes por la crisis, ha sido, un incremento de la presión fiscal, primero, y el control del gasto público de todo el sistema institucional multinivel, sucesivamente. De hecho, se pone claro el objetivo que alcanzar: la contención del gasto público frente a un nivel de deuda pública excesivo, que sale fuera de los parámetros establecidos a nivel europeo. El problema del incremento progresivo de la deuda pública ha sido ‘tomado en serio’ cuando el Banco Central Europeo envió una carta al Gobierno italiano, en la que pidió que se adoptaran políticas económicas orientadas a una liberalización amplia del mercado económico, a una flexibilización más evidente en el sector laboral<sup>53</sup> y a un replanteamiento de la estructura multinivel de las Administraciones Públicas. Desde entonces empieza la larga marcha de medidas anticrisis de naturaleza no solo urgente y gubernamental sino, también, constitucional.

En este trayecto se inserta la problemática Ley constitucional n. 1/2012<sup>54</sup>, que reforma los artículos de la Constitución principalmente relacionados a la regulación de la dimensión económico-financiera del ordenamiento jurídico, poniendo de manifiesto que el problema del déficit público ya no es un problema de “naturaleza coyuntural” sino un “problema estructural”<sup>55</sup>.

---

53 En la carta enviada de forma confidencial por el BCE al Gobierno italiano el 5 de agosto de 2011 y firmada por el presidente Jean Claude Trichet y Mario Draghi, se da indicación de las medidas urgentes contra la especulación, que deben ser adoptadas por el Gobierno italiano para “fortalecer la reputación de su firma soberana y su compromiso con la sostenibilidad fiscal y las reformas estructurales”; entre estas, la medidas de liberalización, la reforma del mercado laboral, del sistema de pensiones públicas y de las Administraciones Públicas.

54 <http://www.astrid-online.it/COSTITUZIO/Atti-parla/Introduzio/Legge-cost.-20-aprile-2012--n1.pdf>

55 C. TUCCIARELLI, *Pareggio di bilancio e federalismo fiscale*”, en *Quaderni costituzionali*, núm. 4, 2012, p. 800. De acuerdo con la Ley constitucional núm. 1/2012, el legislador nacional reforma los artículos 81, 97, 117 y 119 de la Constitución, introduciendo de forma expresa la “regla de oro” concerniente el equilibrio presupuestario. Todas las administraciones públicas, incluso las territoriales, deben garantizar el equilibrio entre ingresos y gastos del presupuesto y la sostenibilidad de la deuda, remitiendo a una “ley marco” reforzada (adopción por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara) las medidas de detalle y de actuación. Con respecto a la distribución de las competencias entre Estado y

En realidad, esta reforma constitucional representa la punta de un *iceberg* cuya construcción había ya empezado con las medidas anti-crisis adoptadas bajo el gobierno Monti. El “chantaje financiero”<sup>56</sup> al que han sido sometidos los entes territoriales emerge claramente del análisis de los numerosos decretos legislativos adoptados entre el 2009 y el 2013. Estas medidas, por un lado, se reflejan directamente sobre la estructura institucional de los entes territoriales y, por el otro, prevén recortes a las cuotas de financiación estatal transferidas a Regiones y entes locales, en muchos casos infringiendo el principio constitucional de la autonomía (art. 5 Const.)<sup>57</sup>. Además, la misma noción de “emergencia-urgencia”, bajo la cual se justifican muchas de estas medidas pone no pocas dudas sobre su uso: ¿Es un cauce capaz de legitimar cada tipo de acción?<sup>58</sup>. Efectivamente, la Corte constitucio-

---

Regiones, se traslada de la materia “armonización de los presupuestos públicos” en la categoría de las competencias exclusivas del Estado (art. 117.2 Const.) y, a la vez, se re-define el “perímetro” de la autonomía financiera atribuida a las Regiones.

- 56 G. MAZZOLA, *Le regioni fra riforme costituzionali, crisi finanziarie e federalismo*, en: [http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/06/Mazzola\\_Regioni\\_riforme-Cost\\_crisi\\_federalismo.pdf](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2012/06/Mazzola_Regioni_riforme-Cost_crisi_federalismo.pdf), 2012, p. 12.
- 57 Véase S. MANGIAMELI, *La nuova parabola del regionalismo italiano: tra crisi istituzionale e necessità di riforme*, en: <http://www.issirfa.cnr.it/6738,908.html#2.2>, (2012). Así, por ej., el D. Ley núm. 138/2011 (convertido en ley: Ley núm. 148/2011) cuyo art. 14 impone a las Regiones la reducción del número de los miembros que integran los Consejos regionales (a pesar de que la organización interna es competencia exclusiva de las Regiones), estableciendo, además, medidas premiales para las Regiones que consiguen ajustarse a cuanto previsto en el mismo decreto. Aunque sea evidente que esta disposición limita la competencia estatutaria regional (art. 123 Const.), pasa indemne por el juicio de la Corte constitucional porque, según el juez, en el marco del objetivo general de la contención del gasto público, se establecen criterios de proporción entre electores, electos y nombrados, coherentemente con el principio de igualdad. Este cambio se hará mediante la modificación de los Estatutos, fuentes habilitadas a regular la forma de gobierno y los principios fundamentales de la organización y el funcionamiento de la Región (SCC n. 198 del 2012). Los comentarios de la doctrina han sido muy críticos con estas sentencias, así, por ejemplo, S. MANGIAMELI, *La composizione dei Consigli regionali nelle mani del Governo*, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 2870 y ss.
- 58 En este sentido, G. FALCON, *La crisi e l'ordinamento costituzionale*, en *Le Regioni*, núm. 1-2, 2012, p. 11 y G. MARTINICO - A.M. RUSSO, *La influencia de la UE en la distribución del poder entre Estados y Regiones. Reflexiones preliminares*



nal tuvo ocasión para poner de manifiesto que el Estado no tiene facultad para establecer excepciones a la distribución de competencias establecida en Constitución, ni siquiera en situaciones excepcionales: “el principio de la *salus rei publicae suprema lex* no puede ser invocado para suspender las garantías constitucionales establecidos por la Constitución con respecto a la autonomía de los entes territoriales”<sup>59</sup>. Sin embargo, esto no ha limitado la “legislación de emergencia” y su justificación por el juez constitucional a través de una interpretación penetrante de algunos títulos de competencia exclusiva del Estado<sup>60</sup> y, sobre todo de la competencia concurrente “coordinación de la financia pública” (art. 117.3 Const.), convertida en la última década casi en una *supremacy clause* a favor del centro<sup>61</sup>. Inevitablemente esta jurisprudencia produjo otro debilitamiento más de las competencias concurrentes y residuales regionales en todos los asuntos en los que el Estado ha considerado necesario intervenir con el objetivo de contener el gasto público<sup>62</sup>.

---

*a la luz de la crisis*, en L. I. GORDILLO PÉREZ, (coord.), *El poder normativo foral en la encrucijada: encaje constitucional, modelo fiscal y crisis económica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

- 59 SCC núm. 151/2012 /f.j. 4), sobre el D. Ley núm. 78/2010, convertido, con cambios, en la Ley núm. 122/2010.
- 60 Como, por ej., “moneda, protección del ahorro y mercados financieros, defensa de la competencia, sistema monetario, régimen tributario y contable del Estado, compensación de los recursos financieros”, art. 117.2 e) Const.
- 61 Sobre la transformación del tema “coordinación de las finanzas públicas” en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ver G. RIVOCCHI, *Il coordinamento della finanza pubblica: dall’attuazione del Titolo V alla deroga al riparto costituzionale delle competenze?*, en I.S.SI.R.F.A., 2013. Habla de “transformación en competencia finalista” A. D’ATENA, *La parabola della finanza regionale, tra modello costituzionale ed esperienze applicative*, en *Rassegna Parlamentare*, 3, 2017, p. 709 ss. De forma aún más explícita F. GALLO, *L’incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, en *Federalismi.it*, 10, 2018, según el cual la Corte const. desde el 2011 terminó tratando este título competencial “sustancialmente como una cuestión de competencia estatal exclusiva”.
- 62 Véase, I. CIOLLI, *La “supremacy clause all’italiana”. Regioni e strumenti finanziari derivati davanti alla Corte costituzionale*, en *Rivista AIC* 1/2011; G. CARBONI, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, en *Rivista AIC*, n. 2/2014.

En la dirección “neo-centralista” en la que se enmarcan las medidas normativas ‘anti-crisis’ cabe mencionar la reforma del sistema provincial que en esta etapa el Gobierno intentó llevar a cabo por decreto ley<sup>63</sup>. Sin embargo, el juez constitucional, en continuidad con su jurisprudencia sobre la *spending review*, pone de manifiesto como el principio constitucional del pluralismo territorial no pueda formar objeto de una ‘negociación a la baja’ en nombre de la emergencia<sup>64</sup>. Sin embargo, llama la atención que la Corte no excluya la posibilidad de suprimir uno de los entes que integran la República, previstos por el art. 114 Const., si se utilizan los instrumentos jurídicos adecuados<sup>65</sup>

Si el objetivo de la Corte no era entrar en el fondo de la reforma del ordenamiento provincial (para declarar su viabilidad o inconstitucionalidad), sino “dirigir” la acción del Gobierno hacia un trayecto formalmente correcto, se entiende la vía embocada por el Gobierno: reforma con ley ordinaria, primero, y constitucional, luego. Efectivamente, la Ley n. 56/2014 (“Disposizioni sobre las Ciudades metropolitanas, Provincias, uniones y las fusiones de Municipios”)<sup>66</sup>, así llamada “*Ley Delrio*”<sup>67</sup>, no es inmune al “defecto-efecto tiempo”:

---

63 Con referencia a las Provincias, el legislador intervino en las dimensiones territoriales –agrupación o desaparición (D.L. n. 138/2011, D.L. n. 95/2012)– en las funciones – reducción de las tareas de gestión para abarcar un papel de mera dirección y coordinación de las actividades desarrolladas por los Municipios (D.L. 201/2011, D.L. n. 95/2012)– y, finalmente, en la organización institucional – nueva configuración de la Provincia como ente de segundo nivel, es decir con legitimación indirecta (D.L. 201/2011, D.L. n. 95/2012)–. Sobre el tema ver C. NAPOLI, Province: tutto (o niente) da rifare”, en *federalismi.it*, núm. 21/2013 y F. FABRIZZI, *La Provincia. Analisi dell'ente locale più discusso*, Napoli, Jovene 2012.

64 Véase la SCC n. 220/2013.

65 Por un lado, la garantía constitucional del ente intermedio sigue representando un límite a la revisión constitucional, con lo cual su hipotética abolición necesita de una ley constitucional; por el otro, una reforma limitada al solo ámbito funcional y de la organización podría ser alcanzada con una fuente primaria si esta exhibe un carácter de “permanencia” (SCC 220/2013, f.j. 12.1.)

66 Ley 7 de abril de 2014, n. 56 “Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle unioni e fusioni di Comuni”: *GU Serie Generale n.81 del 7-4-2014*.

67 El Proyecto de ley A.C. 1542 “Disposizioni sulle Città metropolitane, sulle Province, sulle Unioni e fusioni di Comuni”, presentado a la Cámara de los Diputados el 20 agosto de 2013, así llamado “Delrio” con referencia al nombre

¿puede ser considerada permanente una ley que afirma ser a la espera de su misma superación?<sup>68</sup> Desde otro punto de vista, la L. 56/2014 “se propone «anticipar la perspectiva» contenida en un proyecto de ley constitucional”<sup>69</sup>, con el cual el Gobierno quiso proceder a reformar de manera orgánica la Constitución.

Esta Ley se encamina en el mismo sentido orientado a la contención de los constes institucionales y administrativos del nivel local y para alcanzarlo ‘adelgaza’ sobre todo el rol de las Provincias, tanto en su organización como en sus funciones. La Ley 56/2014, por una parte, rediseña, reduciendo, las funciones básicas de las Provincias, esencialmente eliminando el carácter directamente representativo, por el otra, instituye las Ciudades metropolitanas tales como entes de sustitución inmediata de las provincias existentes, con las que comparten el territorio, promoviendo, al mismo tiempo, la fusión de los Municipios pequeños y el ejercicio asociado de sus funciones a través de las “uniones” o “convenios”. Sin embargo, estos cambios del mapa local siguen desarrollándose bajo una relación ‘desfigurada’ entre uniformidad y autonomía, desconociendo que “la diferenciación es el fin de la autonomía tal como la autonomía es la herramienta de la diferenciación”<sup>70</sup>. Caso emblemático es la individuación de las Ciudades metropolitanas: más que “criterios pre-jurídicos” (de naturaleza antropológica, sociológica, geográfica, económico, etc.), han sido sobre todo las motivaciones y la conveniencia política y contingente a orientar el legislador<sup>71</sup>.

---

del entonces ministro par los Asuntos regionales, las Autonomías y el Deporte, Graziano Delrio, ha sido definitivamente aprobado el 13 de abril del 2014.

- 68 Véase L. 56/2014 art. 1 párrafos 5 y 51 donde se afirma: “A la espera de la reforma del Título V de la Parte II de la Constitución y sus normas de desarrollo...”.
- 69 Así, L. VANDELLI, *Italia en la vorágine de las reformas: de las ciudades metropolitanas al Senado de las autonomías*, en *Anuario del Gobierno Local*, n. 1/2013, p. 206.
- 70 Así R. BIN, *Punti fermi sul’esperienza regionale*, ponencia presentada en la conferencia *In vista della revisione del Titolo V, Parte II, della Costituzione: quale ruolo per le Autonomie speciali?* Roma, 20 de marzo de 2014: [http://www.istitutodegasperi-emilia-romagna.it/pdf/roberto\\_bin\\_puntifermi.pdf](http://www.istitutodegasperi-emilia-romagna.it/pdf/roberto_bin_puntifermi.pdf).
- 71 Así, A. SPADARO, *Le Città metropolitane, tra utopia e realtà*, en *Federalismi.it*, n. 1/2015, p. 9. En el mismo sentido R. BIN, *Stato delle autonomie vs. governo della burocrazia. Il disegno autonomistico disatteso tra contraddizioni e nuovi scenari*

Cambia, entonces, el “lugar” hasta entonces ocupado por las Provincias en el sistema autonómico: desde «ente intermedio entre Municipio y Región» que «representa a su comunidad, se ocupa de los intereses, y promueve y coordina el desarrollo» (art.3.3 TUEL<sup>72</sup>) a ente de segundo nivel, relacionado con los Municipios correspondientes en su esfera territorial más que con la comunidad territorial respectiva<sup>73</sup>. La doctrina ha sido muy crítica sobre las novedades introducidas por el tortuoso proceso de reforma del sistema local<sup>74</sup>, sin embargo, la Ley Delrio, según el Gobierno, constituía el primer paso de un proyecto más amplio de Reforma del Título V, con el fin de solucionar “aquella especie de policentrismo anárquico” que caracteriza el sistema territorial descentralizado<sup>75</sup>. La crisis no ha generado aquellos “anticuerpos” necesarios para acabar con la “enfermedad” de la que sufre el ordenamiento descentralizado italiano: un pluralismo de niveles institucionales, cuyo punto de equilibrio radica en la oposición mutua<sup>76</sup> más que en la integración.

---

*problematici*, en *Le Istituzioni del federalismo*, n. 1/2014, espec. p. 50.

72 Decreto Legislativo 267/2000, de 18 de agosto, por el que se aprueba el Texto Único de las Leyes sobre el Ordenamiento de las Entidades locales (TUEL)

73 Como señala Salerno, no se trata de una abrogación de la definición tradicional de la Provincia como “ente intermedio” sino de su “integración”: G. M. SALERNO, *Due le linee guida: riduzione della spesa e semplificazione dell’assetto istituzionale*, en *Guida al dir.*, dossier n. 3, 2014, p. 36 ss.

74 Así, por ejemplo, la *Apelación a las Comisiones Asuntos Constitucionales y a los Grupos parlamentarios de la Cámara de los Diputados y del Senado - Para una Reforma racional del sistema de las autonomías locales*, firmada por 44 profesores de derecho público el 11 de octubre de 2013, donde afirma, básicamente, que una ley ordinaria 1) no puede abolir las funciones de “área amplia” de las provincias y otorgarlas a Regiones y Municipios; 2) no puede transformar los órganos de gobiernos directamente elegidos en órganos con legitimación indirecta; 3) no puede establecer los límites territoriales de cada provincia.

75 *Ibidem*.

76 Así G. GARDINI, *Editoriale- Le autonomie ai tempi della crisi*, en *Le Istituzioni del federalismo*, n. 3/2011, p. 465.

#### IV. EL FRACASO DEL PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL “RENZI-BOSCHI”

Efectivamente, casi en paralelo, ha empezado el largo *iter* del proyecto de reforma constitucional, conocido en su fase definitiva como *Proyecto Renzi-Boschi*, llevado a cabo con la Ley constitucional que reforma la Parte II de la Constitución, rubricada “Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione”<sup>77</sup>, suspendida en el referéndum de ratificación que tuvo lugar el 4 de diciembre de 2016 (de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 138 Const.)<sup>78</sup>. El referéndum produjo un amplio debate no solo en el mundo académico<sup>79</sup>, sino, también, en la opinión pública poniendo de manifiesto la existencia, aún, de relevantes fracturas territoriales entre las distintas áreas del País (eje Norte-Sur) y dentro las mismas regiones ( centros urbanos - áreas periféricas y provinciales) y, más, de un severo *cleavage* generacional<sup>80</sup>.

Considerando el proyecto más amplio y ambicioso de la historia republicana<sup>81</sup>, abarcaba un ámbito objetivo extenso afectando, en general, tanto la forma de gobierno central cuanto la forma territorial del Estado. El proyecto de reforma se fundamentaba en el concepto

77 Aprobada en la XVII legislatura por el Parlamento, con mayoría absoluta, el 12 de abril de 2016 (G.U. 15 de abril de 2016).

78 En la votación del 4 de diciembre de 2016 participó una parte bastante amplia del electorado (el 65%) y ganó el “no” obteniendo el 58% de los votos: <http://www.youtrend.it/2016/12/09/referendum-costituzionale-tutti-numeri/> . Véase también <http://www.sisp-pope.unisi.it/attivita/>

79 G. DELLEDONNE y G. MARTINICO, *Yes or No? Mapping the Italian Academic Debate on the Constitutional Reform*, en *Italian Law Journal, Special Issue, The 2016 Italian Constitutional Referendum: Origins, Stakes, Outcome*: <http://www.theitalianlawjournal.it/data/uploads/pdf/1-2017/italj-special-issue-2017.pdf>

80 Así, A. VESPAZIANI, *El referéndum constitucional y la saga de las reformas institucionales en Italia*: Much Ado About Nothing, en *ReDCE*, núm. 27, 2017, según el cual “el 4 de diciembre de 2016 se ha manifestado como un momento jeffersoniano invertido: los hijos han rechazado el nuevo orden constitucional propuesto por los padres, retomando el lazo espiritual de los abuelos muertos”.

81 Así, F. PALERMO, *Diagnosi errata e terapia inefficace. Le Regioni nella riforma costituzionale*, en [forumcostituzionale.it](http://forumcostituzionale.it), 15 de enero de 2015.

de “simplificación” aplicado al proceso de toma de decisión a través de una reducción de las instancias involucradas y una concentración del poder final de decisión en el circuito Cámara de Diputados-Gobierno<sup>82</sup>. En esta misma estela se colocan las medidas concernientes a la “simplificación” del bicameralismo –superación del bicameralismo paritario y transformación del Senado en Cámara no electiva de representación territorial<sup>83</sup>–, la “simplificación” del mapa territorial –eliminación de la Provincia como ente constitutivo de la República– y la “simplificación” del sistema de distribución de competencias legislativas centro-periferias –eliminación de las competencias concurrentes Estado-Regiones con la ampliación de las competencias estatales exclusivas–. Sin entrar en el detalle de cada uno de los contenidos mencionados, cabe solo destacar los problemas planteados por esta ley de reforma constitucional en cuanto al perfil autonómico del Estado regional. La impresión era que el objetivo de la simplificación, aplicado al sistema territorial, determinaba una desnaturalización del mismo con efectos aún más peyorativos que con relación a la situación de partida. La reforma del mapa local parecía confirmar la relación distorsionada entre entes locales y Regiones según la antigua dialéctica “regionalismo *versus* municipalismo” pero visiblemente inclinada hacia el segundo término<sup>84</sup>. Las correcciones al sistema competencial escondían una opción “política” e “ideológica” precisa: la conflictividad entre las partes se elimina eliminando uno de los

---

82 *Idem*, p. 2.

83 El tradicional sistema de bicameralismo paritario dejaba el paso a un sistema asimétrico donde el Senado perdía su potestad de controlar al Gobierno a través de la moción de censura o de confianza, la potestad presupuestaria y la titularidad de la función legislativa delimitada a la aprobación de unas pocas y fundamentales leyes expresamente establecidas en la Constitución (leyes de reforma constitucional, leyes constitucionales, legislación electoral y sobre referéndum y otras consultas populares, protección de las minorías lingüísticas, leyes que afectan competencias regionales, leyes concernientes la participación de Italia en la formación y ejecución del derecho europeo). La II Cámara estaba configurada como un órgano de representación indirecta (100 miembros de los que 5 nombrados por el Presidente de la República y los demás nombrados por los Parlamentos regionales, 74 entre sus propios miembros y 21 entre alcaldes de los Municipios, con un mandato que tiene la misma duración de su propio mandato territorial).

84 Así, A. MORRONE, *Questioni di principio per la riforma costituzionale*, en *Federalismi.it*, núm. 8/2014, p. 4.

sujetos<sup>85</sup> (las competencias concurrentes), así descartando la función relevante desempeñada por las relaciones intergubernamentales. De hecho, el criterio de la distribución competencial con la supresión de la categoría de las competencias concurrentes y la introducción de la cláusula de supremacía<sup>86</sup>, afectaba solo la “dimensión cuantitativa” del problema: ampliaba la competencia exclusiva del Estado y limitaba a un elenco taxativo las competencias de las Regiones. Si a esto añadimos el “blindaje doble” que introducía para cerrar el sistema competencial, es decir una cláusula de supremacía doble que disciplinaba el poder de sustitución del Estado y la ‘intrusión’ de la ley estatal en ámbitos competenciales que no pertenecían a la titularidad exclusiva del Estado<sup>87</sup>, no es retórico preguntarse qué tipo de autonomía quedaba, de tal manera, a las Regiones y, sobretodo, cómo este tipo de medidas hubiera ayudado a alcanzar el objetivo de la simplificación. Último elemento que cabe destacar es la “quimera” de la Cámara de representación territorial, siempre indicada como el remedio más eficaz capaz de garantizar una participación efectiva de las autonomías territoriales al proceso de toma de decisión estatal. “Pero, ¿existen de verdad los senados territoriales?”<sup>88</sup>. Poner esta pregunta nos sirve únicamente para señalar un elemento quizás obvio pero relevante: “la configuración final de los *senados*, en el sentido genérico que aquí viene dándosele a este término, como verdaderas cámaras de representación territorial, depende tanto de su diseño jurídico (constitucional y/o legal) como de factores estrictamente políticos relacionados con la estructura y funcionamiento de los sistemas de partidos vigentes en cada país en diferentes momentos de su historia”<sup>89</sup>.

El rechazo del texto ha dejado abiertos problemas ‘antiguos’: desde la falta de representación y participación de las Regiones en el

---

85 Así, F. PALERMO, *Diagnosi errata e terapia*, cit., p. 5.

86 Véase la versión del art. 117.2 y 117.3 Const. propuesta por el Ddl const. 1429.

87 El art. 117.4 Const. disciplinaba una cláusula de supremacía que justificaba la intervención de la ley estatal incluso en áreas que no formaban parte del elenco de competencias exclusivas del Estado, cuando estaba en juego la protección de la unidad jurídica o económica de la República y del interés nacional.

88 Así, R. BLANCO VALDÉS, *Pero, ¿existen de verdad los senados territoriales?*, en A.M. RUSSO (ed.), *Los escenarios móviles*, cit.

89 *Idem*, p. 73.

centro, a la necesaria reestructuración del sistema de competencias y el planteamiento de un sólido sistema de relaciones entre Estado y Regiones basado en la colaboración leal, frente a una jurisprudencia constitucional que ha ‘recalibrado’ en parte, si no ‘reescrito’, el modelo regional<sup>90</sup>.

## V. NOVEDADES EN TEMA DE “REGIONALISMO ASIMÉTRICO”: LA APLICACIÓN DEL ART. 116.3 CONST. ¡POR FIN!

No es una simple coincidencia si después del fracaso del proyecto de reforma constitucional mencionado, que iba en una dirección ‘centralizadora’, se desarrolla una tendencia inversa encaminada en la valorización de la diferenciación regional a través de la actuación del art. 116.3 Const., una clausula asimétrica hasta ahora ‘durmiente’<sup>91</sup>.

El último párrafo del art. 116 Const., tipificando un procedimiento de negociación bilateral Estado-Región interesada, proporciona la posibilidad de conceder *otras modalidades y condiciones especiales de autonomía* a otras Regiones –es decir, las Regiones ordinarias<sup>92</sup>– en un ámbito material muy amplio. Los rasgos procesales para la ampliación de la autonomía se resumen de forma demasiado general en la norma constitucional. El art. 116.3 Const. se limita a identificar en una fuente atípica y particularmente resistente<sup>93</sup> –la “ley de dife-

90 Así, M. BELLETTI, *La vicenda storica*, cit., 106.

91 Véase A.M. RUSSO, *Il regionalismo italiano nel vortice autonomistico della differenziazione: l’asimmetria sperimentale tra integrazione e conflitti*, en *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2/2018, p. 365 y ss.

92 “Otras Regiones” con respecto a las 5 Regiones especiales mencionadas en el primer y segundo párrafo del art. 116 Const. La doctrina mayoritaria duda acerca la posible aplicación incluso a las Regiones especiales. Entre otros, véase F. PALERMO, en T. GROPPI, M. OLIVETTI (cur.), *La Repubblica delle autonomie*, cit., A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 155 y ss., R. TONIATTI, *L’autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, en *Le Regioni*, n. 4, 2017, p. 646 ss.

93 F. PALERMO, *Il regionalismo differenziato*, cit., pp. 57-58, considera estas leyes “normas negociadas casi constitucionales”.



renciación” aprobada por ambas Cámaras por mayoría absoluta de los miembros sobre la base de un acuerdo previo con la Región interesada— el medio apropiado para configurar concretamente el perfil de autonomía regional diferenciada. El proceso de diferenciación se activa por iniciativa de las Regiones ordinarias, en estrecha relación con el sistema interno, respectivo, de las Entidades Locales, dentro de un perímetro material bastante amplio que permite algún tipo de “movilidad competencial”, en el sistema de distribución de competencias de las Regiones ordinarias, sin reformar la Constitución<sup>94</sup>. El único límite expresado es la referencia general al cumplimiento de los principios establecidos en el art. 119 Const. que, en su configuración actual (después de la Ley constitucional n. 1/2012) significa, también, el respeto de los límites europeos y el equilibrio presupuestario, así como la “armonización” con el papel del Estado de “guardián” de las finanzas públicas ampliadas<sup>95</sup>.

Sintomático es el asunto que probablemente influyó y no poco en el incumplimiento de esta norma constitucional. Desde su ingreso en la Constitución con la reforma del 2001, ninguno de los intentos emprendidos por las Regiones para dar actuación a esta cláusula de asimetría ha alcanzado resultados<sup>96</sup>, lo que demuestra la estrecha co-

---

94 Se trata de todas las materias enumeradas en el art. 117.3 Const. (materias de legislación concurrente) y tres materias enumeradas en el art. 117.2 Const. (competencias exclusivas del Estado), es decir “jurisdicción y normas procesales limitadamente a la organización de los juzgados de paz”; “normas generales en materia de educación” y “protección del medio ambiente, del ecosistema y del patrimonio cultural”.

Muy crítico al respecto, L. ELIA, *Introduzione*, in T. GROPPI, M. OLIVETTI (cur.), *La Repubblica delle autonomie*, cit., pp. 18-19, quien enfatizó la constitucionalidad dudosa de esta disposición por violación del principio de rigidez constitucional *ex art.* 138 Const. Sin embargo, como señaló A. MORRONE, *Il regionalismo differenziato*, cit., p. 147 y ss., estamos antes una hipótesis de derogación (a disposiciones específicas de rango constitucional) autorizada por la propia Constitución, de modo que la cuestión más problemática se desplaza al nivel de los límites constitucionales a los que estaría sometida la fuente legitimada para hacer la derogación.

95 SCC n. 107/2016.

96 Se hace referencia al primer intento emprendido por la Región Toscana en el 2003 (DGR n. 1237) y a las sucesivas y más orgánicas propuestas de Lombardía (DCR n. 367/2007 y n. 398/2007), Véneto (DCR n. 98/2007) y Piamonte (DCR

nexión entre el desarrollo de la dinámica autonómica y los cambios en la mayoría política gubernamental (y, por lo tanto, de las prioridades y programas de gobierno), que ocurrió tanto a nivel estatal como regional, después de la entrada en vigor de la reforma constitucional del Título V<sup>97</sup>.

En la fase de *stand-by* impuesta por el ‘derecho de emergencia’ de la crisis, que cancela cualquier pequeña posibilidad de proceder en el sentido de una asimetría generalizada –las Regiones, más bien, tienen que defender las competencias y los recursos aún disponibles–, es indicativo el intento excéntrico del Véneto –casi ‘independentista’<sup>98</sup>– que actúa, sin embargo, como precursor al inicio de una nueva fase de regionalización: el regionalismo diferenciado caracterizado por una asimetría *bottom up*, *dispositiva* y *difusa* que se desarrolla en conexión a la ‘vocación’ autonómica de cada Región<sup>99</sup>.

---

n. 209-34545 / 2008).

- 97 Para una reconstrucción de los hechos políticos que ven la alternancia al Gobierno de mayorías de diferentes signos políticos, ahora en consonancia, ahora en contraste con los gobiernos regionales de Lombardía y Véneto, ‘fortalezas’ de la Liga Norte (partido originariamente de tipo ‘territorial’ con base en el Norte), ver G. G. MAZZOLA, *Autonomia regionale: da sviluppare o da ridimensionare?*, en I.S.S.I.R.F.A., 2018. Sea permitido renviar a A.M. RUSSO, *Pluralismo territoriale e integrazione europea*, cit., p. 167 y ss.
- 98 Se trata de las Leyes regionales n. 15 “Referéndum consultivo sobre la autonomía del Véneto” y n. 16 “Celebración del referéndum consultivo sobre la independencia del Véneto” del 19 de junio de 2014, ambas objeto de la SCC. n. 118/2015. Sobre este asunto v. C. FASONE, *Il tentativo secessionista “all’italiana” e la semi-indifferenza della politica nazionale*, in *www.diritticomparati.it*, 5 de marzo de 2015; D. TEGA, *Venezia non è Barcellona. Una via italiana per le rivendicazioni di autonomia?*, en *Le Regioni*, n. 5-6, 2015 y el número monográfico de *Federalismi.it*, *Focus fonti*, n. 1, 2015.
- 99 En este sentido, se renvía al más amplio A.M. RUSSO, *Il regionalismo differenziato nell’esperienza italiana: l’asimmetria dispositiva tra rischi e opportunità*, en G. D’IGNAZIO - G. MOSCHELLA (cur.), *Costituzione, diritti, Europa. Giornate in onore di Silvio Gambino*, ed. Scientifica, Napoli, 2019.

Esta nueva etapa se abre con los “referéndum de autonomía” –referéndum consultivo regional– celebrados en el octubre de 2017 en Lombardía y Véneto<sup>100</sup>, que precedieron al inicio del procedimiento de conformidad con el art. 116.3 de la Constitución, ‘ocultando’, de hecho, el mismo camino autonómico ya emprendido por la Región Emilia-Romaña sin celebración de referéndum<sup>101</sup>. Aunque no jurídicamente vinculantes –carecen de efectos jurídicos sobre el procedimiento previsto por el art. 116.3 Const. ya que se colocan en una “fase anterior y externa” al mismo<sup>102</sup>– el efecto político de estos referéndum ha sido evidente. De hecho, ha sido casi inmediata la activación del Gobierno para alcanzar el acuerdo (“intesa”) tal y como da muestra la adopción de los así llamados *Acuerdos Preliminares sobre la autonomía diferenciada* firmados, al final de la legislatura, por el Gobierno Gentiloni<sup>103</sup> y los Presidentes de las Regiones Lombardía, Véneto y Emilia-Romaña<sup>104</sup>, aunque no productivos de efectos inmediatos. Estos, en realidad, se colocaban en una fase anterior e informal al perfeccionamiento del acuerdo disciplinado por el art. 116.3 Const. que luego formará objeto de la ley estatal de diferenciación. Sin embargo, estos acuerdos preliminares identificaban no solo un procedimiento único para las tres regiones ‘piloto’ sino un paquete de contenidos de alcance limitado e igual para las tres, de hecho, bajando la naturaleza asimétrica de la disposición constitucional.

---

100 Véase, *Servizio Studi del Senato, Il Regionalismo differenziato con particolare riferimento alle iniziative di Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto*, Dossier n. 565, noviembre 2017.

101 Véase, C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord: una differenziazione solidale?*, en *Federalismi.it*, n. 7, 2018, p. 5 ss.

102 SCC n. 118/2015, f.j. 8.3.

103 64° gabinete de la XVII legislatura.

104 *Accordi preliminari in merito all’Intesa prevista dall’articolo 116.3 Cost.*, firmados por el Gobierno (Subsecretario de la Presidencia del Consejo de Ministros con responsabilidad en asuntos regionales y autonomías) y los Presidentes de las Regiones Emilia-Romaña, Véneto y Lombardía el 28 de febrero de 2018. Véase, Servizio Studi del Senato, *Il regionalismo differenziato e gli accordi preliminari con le regioni Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto*, Dossier n. 16, 2018 y G. PICCIRILLI, *Gli “Accordi preliminari” per la differenziazione regionale. Primi spunti sulla procedura da seguire per l’attuazione dell’art. 116, terzo comma, Cost.*, en *Diritti Regionali*, 2, 2018, p. 3 y ss.

Con los sucesivos y repentinos cambios de mayoría al Gobierno del Estado<sup>105</sup> el proceso de diferenciación regional parece haber emprendido una carrera oscilante. Después de la publicación de los tres “Borradores de Acuerdo” con las Regiones ‘piloto’, en dos tramos –parte general (Título I) en febrero de 2019 y Título II en mayo de 2019<sup>106</sup>–, puesta la dificultad de alcanzar a las etapas finales el proceso ha subido, otra vez, una pausa, mostrando cómo la autonomía regional, más allá del contenido que se da concretamente a la cláusula dispositiva del art. 116.3 Const., se considera, una vez más, no un principio-valor constitucional por realizar sino un mero tema de la agenda político-electoral de las mayorías gubernamentales. Los tres borradores citados destacaron aspectos particularmente problemáticos con respecto a los perfiles procesales y sustanciales de la diferenciación regional, colocándose en discontinuidad con el camino trazado por los Acuerdos Preliminares. Si el método utilizado en las negociaciones Gobierno (Estado)-Regiones ciertamente no brilla por la transparencia y la publicidad, sino que se caracteriza, más bien, por un intenso ‘tecnicismo’ burocrático, las soluciones adoptadas en algunos temas básicos particularmente problemáticos parecen orientados a hacer que la actuación de esta disposición constitucional sea aún más compleja y lejos de una lógica de implementación sistémica totalmente coherente con el marco constitucional vigente. De hecho, múltiples son los aspectos “subversivos” indicados por la doctrina, con referencia no solo al contenido de la diferenciación sino también al procedimiento y a los instrumentos jurídicos proporcionados para su realización<sup>107</sup>. Sin embargo, la orientación seguida por el nuevo

---

105 El gobierno Conte I fue el 65° ejecutivo de la República Italiana, el primero de la XVIII legislatura. Es un gobierno de coalición nacido de un acuerdo entre el Movimiento 5 Stelle y la Liga después de las elecciones políticas del 4 de marzo de 2018. Tomando en consideración los colores tradicionalmente adoptados por los dos partidos, la prensa lo ha definido “gobierno amarillo-verde”.

106 Para los textos de los ‘esquemas’ de acuerdo: [www.affariregionali.gov.it/attivita/aree-tematiche/autonomia-differenziata/autonomia-differenziata-articolo-116-iii-comma-della-constituzione/](http://www.affariregionali.gov.it/attivita/aree-tematiche/autonomia-differenziata/autonomia-differenziata-articolo-116-iii-comma-della-constituzione/). De forma muy crítica, R. BIN, *L'insostenibile leggerezza dell'autonomia "differenziata": allegramente verso l'eversione*, en *forumcostituzionale.it*, 16.3.2019, p. 2 ss. y, también, F. PALERMO, *Il ruolo dello Stato nel regionalismo asimmetrico*, en *federalismi.it*, n. 15/2019, p. 15 y ss.

107 Entre muchos, M. OLIVETTI, *Il regionalismo differenziato*, cit., R. BIN, *L'insoste-*

Gobierno estatal amarillo-rojo<sup>108</sup> parece ir en otra dirección más, es decir proceder primero a la adopción de una ley-marco para definir un cuadro legislativo uniforme dentro del cual se desarrollarán todas las iniciativas de diferenciación regional en conformidad al art. 116.3 Const<sup>109</sup>. A diferencias de las iniciativas antecedentes, este proyecto de ley vincula el desarrollo del regionalismo diferenciado a la implementación de los niveles esenciales de las prestaciones (art. 117.2 l.m) Const.)<sup>110</sup> y el uso del criterio de las “necesidades financieras estándar”<sup>111</sup>.

Son muchas las dudas y preguntas que la implementación de una cláusula de ‘asimetría dispositiva’ pone en un sistema constitucional en el que el principio autonomista nace y se desarrolla, paradójicamente, bajo el signo de la uniformidad, en un territorio amorfo “tierra desnuda de la cultura”, produciendo “igualitarismo” pero no “igualdad”<sup>112</sup>. Es inevitable que cláusulas asimétricas de este tipo conduzcan a un fortalecimiento de la dimensión competitiva del regionalismo, con consecuencias potencialmente positivas para todo el sistema, siempre que existan compensaciones adecuadas de tipo cooperativo dentro del sistema regional. Es difícil excluir que detrás de la solicitud de activación de la cláusula asimétrica por parte de las Regiones exista también, en algunos casos, el objetivo de una modificación del sis-

---

*nibile leggerezza dell'autonomia differenziata, cit.*

- 108 El gobierno Conte II es el 66° ejecutivo de la República Italiana, el segundo de la XVIII legislatura, en funciones desde el 5 de septiembre de 2019. Está compuesto por una coalición resultante de un acuerdo entre el Movimento 5 Stelle y el Partido Demócrata después de la crisis que llevó al gobierno Conte I a dimitirse. Desde los colores tradicionalmente adoptados por los partidos ha sido definido por la prensa “gobierno amarillo-rojo”.
- 109 Para el texto de la Ley-marco: <https://www.roars.it/online/autonomia-differenziata-secondo-boccia-ecco-la-bozza-di-legge-quadrol>.
- 110 Según el art. 117.2 m) Const. “El Estado tiene la facultad exclusiva para legislar sobre las materias siguientes (...) m) determinación de los niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deban garantizarse en todo el territorio nacional”.
- 111 Véase, A. ZANARDI, *Le criticità del finanziamento dell'autonomia differenziata*, en [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 23 de julio de 2019.
- 112 Así, L. ANTONINI, *Alla ricerca di territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, en *Rivista AIC*, n. 2, 2017, p. 37 y ss.

tema central de redistribución territorial de los recursos financieros. Este asunto representa, y no solo a nivel político, la verdadera “manzana de la discordia”, porque conectado al tema de la brecha territorial, que se ha vuelto aún más complejo y problemático por la crisis económica que ha acentuado la progresiva desinversión de la política pública nacional en el reequilibrio territorial<sup>113</sup>. La implementación de esta norma constitucional y, por lo tanto, del proceso de diferenciación resultante, requiere, más bien, una reflexión más precisa sobre el papel del Estado central y su capacidad para gestionar y gobernar la diversidad en ausencia de un modelo consolidado y funcional de regionalismo cooperativo y solidario, capaz de ‘reabsorber’ y ‘drenar’ la carga política de las dinámicas autonomistas que inevitablemente acompaña a las cláusulas asimétricas<sup>114</sup>, España *docet*. Si, de hecho, se considera como una “herramienta de acabado” del principio autonomista, la cláusula de asimetría necesariamente requiere un centro capaz de “garantizar funciones estratégicas y de sistema, comunicaciones y estándares, lugares de colaboración, acciones de apoyo para las realidades más débiles con respecto a las cuales las transferencias con fines de igualación solo son una parte”<sup>115</sup>. El riesgo es, de lo contrario, la afirmación de un “autonomismo solipsista”<sup>116</sup> en un sistema desequilibrado cuya cohesión y unidad no pueden buscarse y obtenerse exclusivamente en los foros jurisdiccionales. Así llegamos al verda-

---

113 Así, D. CERSOSIMO, S. CHIMENTI, R. NISTICÒ, *Recessione economica e cittadinanza. Il grande disinvestimento pubblico nel Mezzogiorno degli anni Duemila*, en *Le Regioni*, n. 5, 2017, p. 926 y ss. Además, con referencia a los efectos de las crisis, véase C. TRIGILIA, G. VIESTI, *La crisi del Mezzogiorno e gli effetti perversi delle politiche*, en *Il Mulino*, n. 1/2016.

114 En este sentido, véase el informe “*Il calcolo disuguale*”. *La distribuzione delle risorse ai comuni per i servizi, Report-Openpolis*, publicado en <https://www.roars.it/online/i-calcoli-di-unitalia-diseguale-i-dati-report-openpolis-e-lautonomia-differenziata/> (13 de noviembre de 2019) que pone de manifiesto una fuerte cristalización en la brecha territorial existente no solo entre el norte y el sur del País, sino también entre áreas deprimidas y áreas más avanzadas del mismo centro-norte.

115 Véase, M. CAMELLI, *Regionalismo differenziato oggi: risultati incerti, rischi sicuri*, en *Astrid Rassegna*, 1, 2018, 4 (traducción nuestra).

116 Así, A. MORELLI, *Ascese e declini del regionalismo italiano. Quali prospettive dopo i referendum di Lombardia e Veneto?*, en *Le Regioni*, n. 3, 2017, 327

dero *punctum dolens* del sistema regional: la falta de una “cultura de autonomía” efectiva y arraigada, la ausencia del ‘pluralismo institucional’ y de la ‘diversidad’ en la “gramática de la política italiana”, así como en aquella de los juristas y de la Corte Constitucional<sup>117</sup>.

El regionalismo ha sido entendido, sin soluciones de discontinuidad, como una “variable dependiente” del sistema político nacional<sup>118</sup>. En este sentido, no es tan fantasioso pensar que, quizás, el principio autonómico establecido por el art. 5 de la Constitución (entre los “principios fundamentales”) –que sintetiza perfectamente el ‘alma autonómica’ con el ‘alma unitaria’– ha sido el principal “principio traicionado” de la Carta constitucional italiana<sup>119</sup>.

---

117 Así, R. BIN, *Chi ha paura delle autonomie?*, en AA.VV., *Scritti in memoria di Paolo Cavaleri*, Napoli, ESI, 2016, 53 ss.

118 Así, R. BIFULCO, *Le Regioni*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 8.

119 Así, L. ANTONINI, *Il principio autonomista nello sviluppo dell’ordinamento italiano: prospettive e implicazioni per le Pubbliche Amministrazioni*, Lectio Magistralis, Scuola Superiore di Scienze delle Amministrazioni Pubbliche, Università della Calabria, 23 de noviembre de 2019.





# Tendencias en la organización territorial de México

JOSÉ MA. SERNA DE LA GARZA<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. TENDENCIA 1: LAS “FACULTADES CONCURRENTES” EN MÉXICO. III. TENDENCIA 2: LA CREACIÓN DE “SISTEMAS NACIONALES”; IV. TENDENCIA 3: EL ESTABLECIMIENTO DE CONTROLES Y SUPERVISIÓN DESDE EL ÁMBITO FEDERAL HACIA EL ÁMBITO LOCAL (LA REGULACIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA SUBNACIONAL); V. TENDENCIA 4: LA DETERMINACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO SUB-NACIONAL DESDE EL CONSTITUCIONALISMO NACIONAL; VI. REFLEXIÓN FINAL

## I. INTRODUCCIÓN<sup>2</sup>

No obstante la similitud formal entre los sistemas federales de México y de EUA, la manera en que nuestro federalismo ha funcionado y evolucionado difiere mucho de la experiencia de nuestro vecino del

- 
- 1 Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Licenciado y Doctor en Derecho por la UNAM. Maestro y Doctor en Gobierno por la Universidad de Essex (Inglaterra).
  - 2 El presente ensayo es un resumen y actualización de diversos trabajos que he elaborado en años recientes sobre el tema del federalismo mexicano. Entre ellos se encuentran los siguientes: Serna, José Ma., “Las Reformas al Federalismo mexicano”, en Casar, Ma. Amparo y Marván, Ignacio (coords.), *Reformar sin Mayorías, La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012*, Taurus, México, 2014; Serna, José Ma., “Reflexiones sobre el constitucionalismo subnacional en México”, en Carbonell, Miguel y Cruz Barney, Oscar, Homenaje a José Luis Soberanes Fernández, Historia y Constitución, Tomo I, UNAM, México, 2015. Serna, José Ma., “Descentralización constitucional y Organización Local en Iberoamérica: el caso de México”, en Tudela, José y Kölling, Mario (Eds.), *Descentralización constitucional y organización local en Iberoamérica*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Zaragoza, España, 2016. Serna, José Ma., “El Sistema Federal Mexicano: trayectoria y características”, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2016; y Serna, José Ma., *Derecho constitucional mexicano, en su contexto*, Porrúa-UNAM, México, 2018 (específicamente el Capítulo VI “El Sistema Federal”).

norte. Son varios los factores que pueden explicar esta divergencia. Podemos mencionar, por ejemplo, la ausencia desde un inicio de comunidades políticas vigorosas en las entidades federativas, con conocimiento y aprecio por los mecanismos democráticos de autogobierno. Otro factor puede encontrarse en la debilidad del constitucionalismo en México. Si bien es cierto que desde 1824 hemos tenido constituciones, éstas no siempre han sido un documento vivo, respetado, obedecido y seguido por todos y, en particular, por quienes se encuentran en posiciones de autoridad pública.

Bien sabemos que la Constitución mexicana de 1857 estuvo vigente entre 1877 y 1911, pero este fue un periodo en que el país fue gobernado por un dictador, por más de 30 años: el general Porfirio Díaz. Posteriormente, y ya bajo la Constitución de 1917, el federalismo mexicano cedió ante la lógica de control político del sistema de partido hegemónico que duró por más de 70 años. A su vez, y como lo hemos explicado en otro trabajo, esta situación tuvo un impacto en el diseño institucional y en la forma de funcionar del sistema federal mexicano. Lo que ocurrió en esta evolución fue que una lógica centralizadora se introdujo en el diseño constitucional y las prácticas del federalismo mexicano, lo cual significó el predominio del gobierno federal sobre los gobiernos estatales, y la subordinación de estos últimos al primero.<sup>3</sup>

En el diseño constitucional vigente pueden encontrarse diversas manifestaciones de dicha lógica centralizadora: el gran número materias que pertenecen a la esfera de las facultades exclusivas de la federación y la concentración de los recursos fiscales en manos de la federación (a través del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal), son tan sólo dos claros ejemplos.

En los años noventa del siglo XX la situación política del país comenzó a cambiar. El Partido Revolucionario Institucional (PRI) perdió el control de la Cámara de Diputados en 1997, con lo cual comenzó la época de los llamados “gobiernos divididos”. Asimismo,

---

3 Serna de la Garza, José Ma., “La lógica centralizadora del sistema federal mexicano”, en Bercholz, Jorge (director), *La Organización Política del Territorio en América y España*, Fundación Manuel Jiménez Abad, Lajouane, Buenos Aires, Argentina, 2008.

a partir de la reforma constitucional de 1994 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se convirtió en un verdadero tribunal constitucional, con facultades para funcionar como árbitro en las disputas por “invasión de esferas” entre órdenes de gobierno, principalmente a través de las controversias constitucionales previstas en la fracción I del artículo 105 de la Constitución General de la República.

Por otra parte, los partidos de oposición al PRI comenzaron a ganar gubernaturas en las entidades federativas, lo mismo que en un buen número de municipios en el país. Con ello, el panorama político de México se hizo multicolor, más plural.

A partir de la elección federal de 2018 las circunstancias vuelven a cambiar de nueva cuenta. Un solo partido tiene mayoría absoluta en ambas cámaras del Congreso de la Unión, y comienza a controlar tanto ejecutivos como legislaturas locales, en una tendencia que parece será consistente en las elecciones que se avecinan en los años que vienen. Ello obliga a una reflexión acerca de las tendencias actuales y previsibles de la organización territorial del Estado mexicano, lo cual es el objetivo principal del presente ensayo. Al examen de dichas tendencias dedico el resto del presente trabajo.

## II. TENDENCIA 1: LAS “FACULTADES CONCURRENTES” EN MÉXICO

En la Constitución General de la República, un conjunto de materias están sujetas al régimen de “facultades concurrentes”. Cabe aclarar que a pesar del nombre, el significado de este concepto en México es distinto a como se le concibe en muchos otros países con sistema federal. Como hemos explicado en otro trabajo, las “facultades concurrentes” en otros países se entienden como aquellas que pueden ser ejercitadas por un nivel de gobierno (generalmente los estados miembro), mientras el otro no decida ejercerlas (generalmente la federación). La idea esencial consiste en la posibilidad del *desplazamiento* de un nivel de gobierno por el otro, en el ejercicio de la competencia legislativa sobre una materia determinada<sup>4</sup>. Además,

---

4 Serna de la Garza, J.M., *El Sistema Federal Mexicano, Un Análisis Jurídico*,

en el derecho comparado, la existencia de competencias concurrentes deriva de distintas fuentes. En algunos casos encuentran su origen en una fórmula constitucional expresa, como en Alemania<sup>5</sup>. En otros, es producto de la jurisprudencia constitucional, como en los EUA<sup>6</sup>. Ahora bien, este significado no es que en México tienen las “facultades concurrentes”.

En nuestro país, estas últimas se refieren al régimen por el cual una misma materia es *compartida* por los distintos órdenes de gobierno, con base en las reglas establecidas por una ley federal (que se han venido denominando “leyes generales”). Tal es el caso, por ejemplo, de materias como la educación, salubridad general, deporte, medio ambiente y asentamientos humanos, entre muchas otras.

Para ilustrar el punto, podemos aludir al texto del artículo 73 fracción XXIX-G de la Constitución mexicana, el cual señala que el Congreso de la Unión tiene facultades: “Para expedir leyes que establezcan la concurrencia del Gobierno Federal, de los gobiernos de los Estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico.” Redacciones parecidas se pueden leer para el caso de las otras materias aludidas, conocidas como “facultades concurrentes” pero en las cuales no se da el “desplazamiento” típico de las “competencias concurrentes” como son éstas entendidas en otros Estados federales. Se trata entonces de una técnica que permite ordenar los diversos campos de política pública, bajo la dirección de la federación, pues es el Congreso de la Unión quien lo hace, a través de una ley “general” de concurrencia.

Sin embargo, lo que en México llamamos las “*facultades concurrentes*” nos obliga a hacer una aclaración. En las materias sujetas a

---

UNAM, México, 2009, p. 24.

- 5 De acuerdo al párrafo primero del artículo 72 de la Ley fundamental de la República Federal Alemana: “En el ámbito de la legislación concurrente, los *Länder* tienen la facultad de legislar mientras y en cuanto la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa.”
- 6 Los casos paradigmáticos en los que se han definido los criterios en este tema son *Hines v. Davidowitz* (1941) y *Pennsylvania v. Nelson* (1956). Nowak, John y Rotunda, Ronald, *Constitutional Law*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, pp. 347-349.

este tipo de facultades, tanto la federación como los estados pueden legislar, pero la definición de lo que corresponde a cada nivel de gobierno, está en manos de la legislatura federal. En caso de conflicto de normas, la solución habrá de encontrarse mediante la aplicación del principio de competencia, con la circunstancia de que dicha competencia es definida por la federación, a través de la ley federal (general) respectiva, sin que exista ningún tipo de límite constitucional al ejercicio de esta facultad por parte del Congreso de la Unión (o por lo menos no un límite constitucional expreso).

En realidad, opinamos que las “*facultades concurrentes*” han abierto la puerta a una especie de *desconstitucionalización* de la distribución de competencias en ciertas materias. La federación puede por medio de ellas distribuir como considere necesario o conveniente las competencias entre los órdenes de gobierno, sin que se haya previsto, como se da en otros Estados compuestos, algún tipo de límite a la posibilidad de expedir leyes marco, como es el caso del deber de limitarse a la expedición de bases generales.

La tendencia referida a las “*facultades concurrentes*” aquí examinada, está asociada a otra tendencia: la de aprobar “*leyes generales*” por parte del Congreso de la Unión. Este término fue definido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el caso *McCain vs. Presidente de los Estados Unidos Mexicanos et al.*, como aquéllas leyes que son aprobadas por el Congreso de la Unión y que pueden válidamente tener un impacto sobre todos los “órdenes jurídicos parciales” que integran el Estado mexicano; son leyes del Congreso en relación con las cuales el poder constituyente permanente ha cedido expresamente su facultad de distribuir competencias a los Estados de México, lo que a su vez significa que son una excepción a lo establecido en el artículo 124 constitucional.<sup>7</sup> En otras palabras, las “*leyes*

---

7 En el caso *McCain México, S.A. de C.V. vs presidente de los Estados Unidos Mexicanos et al.*, (Amparo en revisión 120/2002), el demandante impugnó el decreto presidencial que estableció salvaguardas especiales bajo la forma de cuotas impuestas a ciertos productos agrícolas importados por la parte actora desde Canadá, que supuestamente excedían las cantidades permitidas por el TLCAN. El actor quería demostrar que de acuerdo con la jerarquía de normas establecida en la Constitución mexicana, el TLCAN se encontraba por encima del decreto impugnado, por lo que debía declararse inválido. En una decisión dividida (6-5),

generales” son leyes federales que distribuyen competencias entre los diferentes órdenes de gobierno en áreas de política pública específicas, por delegación de la Constitución. Así lo ha articulado la SCJN en la siguiente tesis aislada:

“LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la “Ley Suprema de la Unión”. En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.”<sup>8</sup>

---

la mayoría de la Corte determinó que las “leyes generales” y las leyes federales se encontraban por debajo de los tratados internacionales, y que éstos se encontraban por debajo de la Constitución. En su sentencia, la Corte definió la jerarquía de normas del sistema jurídico mexicano, y dio también una definición de “leyes generales” examinadas en esta sección.

- 8 SCJN, Novena Epoca, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXV, Abril de 2007, página 5, Tesis aislada: P. VII/2007. Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza.

Y no sólo eso, sino que en el tema de jerarquía de normas, la Corte consideró, en una decisión dividida 6-5, que las leyes generales estaban por debajo de la Constitución y de los tratados internacionales, pero por encima de las leyes federales y locales:

“TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “pacta sunt servanda”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.”<sup>9</sup>

---

9 SCJN, Novena Epoca, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXV, Abril de 2007, página 6, Tesis aislada: P. IX/2007. Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza.

Ahora bien, en 2008 se presentó un caso particularmente interesante, que tenía por objeto determinar el alcance del poder legislativo local, en desarrollo de las disposiciones contenidas en las leyes generales. En concreto, el caso y los puntos constitucionales a dilucidar consistieron en lo que se explica a continuación.

Diputados de la Cuarta Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, promovieron una acción de inconstitucionalidad en contra de Asamblea Legislativa del Distrito Federal y el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, por haber aprobado y promulgado diversas reformas y adiciones a la Ley de Protección a la Salud de los No Fumadores en el Distrito Federal (publicadas el 3 de octubre de 2008 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal). En esencia, los promoventes señalaron como violados los artículos 16 y 133 de la Constitución general y esgrimieron, en síntesis, el siguiente concepto de invalidez: la ley impugnada no se ajustaba al contenido de la Ley General para el Control del Tabaco, lo cual producía incertidumbre jurídica a los destinatarios de la norma en cuanto a qué ley debían aplicar, pues mientras la ley general exigía crear áreas para fumadores dentro de los espacios cerrados, siempre que contaran con ciertas características, la ley local prohibía completamente fumar en lugares cerrados. Para la parte actora, el texto de la Ley de Protección a la Salud de los No Fumadores contravenía el artículo 133 constitucional, ya que contradecía lo dispuesto por la Ley General para el Control del Tabaco, cuyo artículo Cuarto Transitorio disponía que las leyes locales debían adecuarse para ser congruentes con esa ley. Por tanto, pidieron a la Corte se invalidara la ley local por no ajustarse a la ley general en la materia (concurrente).

No es este el espacio para hacer un resumen de todos los argumentos contenidos en la sentencia correspondiente.<sup>10</sup> Nos limitaremos por ello a reseñar la concepción de la Corte en relación con las facultades concurrentes. Así, según el máximo tribunal, en el sistema constitucional mexicano existen materias exclusivas de un nivel de gobierno

---

10 El razonamiento completo puede encontrarse en la ejecutoria correspondiente a la acción de inconstitucionalidad 119/2008, fallada el 3 de septiembre de 2009. Promoventes: Diputados integrantes de la Cuarta Legislatura de la Asamblea del Distrito Federal. Ministro ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Fabiana Estrada Tena.



y otras que son concurrentes entre dos. En casos de concurrencia, la Constitución establece que tienen que ser el Congreso de la Unión el que distribuya los distintos aspectos de la materia entre los diversos órganos legislativos. Esta distribución se hace mediante leyes marco o generales (y esto se da en materias como la penal, de educación, salud, seguridad, asentamientos humanos, protección ambiental, protección civil, deporte, turismo, pesca y acuicultura, sociedades cooperativas y cultura, respecto de las cuales, si bien existe una competencia constitucional genérica para legislar, también existe una competencia específica que deviene de una ley).

En este tipo de materias, tanto el Congreso de la Unión como los órganos legislativos locales son constitucionalmente competentes para legislar. Pero para saber qué aspecto de esa materia debe normar cada órgano legislativo, debe atenderse a lo dispuesto por la ley general. En congruencia con esto, en las materias concurrentes, si se impugna la competencia del órgano que emite una norma, no puede resolverse este planteamiento de su sola confrontación con la Constitución, sino que es necesario su contraste con la ley general relativa. Por ello, para la Corte, la competencia constitucional de un órgano para emitir una ley no puede estar exenta de control constitucional, cuando es la propia Constitución la que delega la distribución competencial. En ese sentido, las leyes generales se vuelven parámetro de validez y, por tanto, pueden usarse como norma de contraste cuando se impugne la incompetencia de una autoridad legislativa para normar un aspecto determinado de una materia concurrente.

Sobre la base anterior, la Corte procedió a examinar el concepto de invalidez aducido por los promoventes. Pero para hacerlo, consideró necesario primero establecer los rasgos generales de la configuración competencial entre la Federación y el entonces todavía Distrito Federal. Después de explicar el esquema de distribución de competencias para el Distrito Federal contenido básicamente en el artículo 122 de la Constitución general antes de la reforma de 29 de enero de 2016, reconoció la Corte que la complejidad de las sociedades modernas y la estrecha interrelación e interdependencia de las materias y sectores objeto del interés estatal, ha producido la necesidad de que éstas se traten de manera uniforme a escala federal, lo que no se compagina con el orden federal entendido como separación y mera yuxtaposición

de centros y esferas de gobierno, con poderes independientes y soberanos, lo que había dado lugar al llamado federalismo cooperativo.

En la sentencia comentada se puede leer que el modelo cooperativo es un concepto dinámico del federalismo, en el que las líneas divisorias de las actividades de la Unión y de las entidades federativas se convierten en móviles y flexibles y que se presenta como una respuesta a la necesidad de entender que el federalismo, en ocasiones, requiere de la coordinación y cooperación entre los distintos órganos de gobierno, en determinadas materias. Asimismo, esta exigencia de uniformización se satisface por medio de la cooperación, por virtud de la cual las diversas instancias conciertan sus respectivos poderes hacia el logro de objetivos de común interés, orientando armónica y complementariamente su ejercicio.

En consonancia con esta última idea, la Corte razonó que el constituyente ha establecido las llamadas facultades concurrentes, las cuales se ejercen simultáneamente por la Federación y las entidades federativas, “como consecuencia de la unidad de fines o concordancia de propósitos que supone el régimen federal”. Estas facultades atribuyen competencia tanto a los órganos de autoridad federal como a la autoridad local, pero concediendo a una de ellas, en este caso a la Federación, la atribución para fijar bases o un cierto criterio de división de esa facultad, a través de “leyes generales”.<sup>11</sup>

Ahora bien, para la Corte, la coexistencia de un criterio constitucional de distribución de competencias cooperativo junto con el criterio federalista dual, producía una alteración en las relaciones entre las leyes, en tanto la Constitución no atribuye las competencias en las materias concurrentes, sino que remite a otras leyes federales (es decir, las “leyes generales”) para ello. Con lo anterior, la Corte concluye que la cons-

---

11 En la sentencia se les llama también “leyes marco”. Sin embargo, en estricto sentido las “leyes generales” son distintas de las “leyes marco”, pues en estas últimas la legislatura federal que las expide está limitada a emitir directrices o principios generales, dejando un espacio para que las legislaturas locales hagan un desarrollo normativo detallado propio. En contraste, por un lado, en las “leyes generales” como se les entiende en el sistema federal mexicano, la legislatura federal no está limitada a emitir principios o directrices generales. Y por otro lado, el objeto de las “leyes generales” es distribuir competencias entre los órdenes de gobierno del sistema federal.

titucionalidad de una ley federal o local, en las materias concurrentes, depende tanto de la Constitución como de lo que llama “ley marco”.

De esta forma, razonó la Corte que la configuración competencial entre la Federación y el Distrito Federal atendía simultáneamente a dos criterios. Por una parte, a un criterio de división vertical, que obedecía a la especial naturaleza del Distrito Federal, por virtud del cual la facultad de legislar en lo relativo a esta entidad recaía en el Congreso de la Unión, con excepción de las materias expresamente concedidas a la Asamblea Legislativa (reiteramos, se está refiriendo al régimen que existía antes de la reforma de 29 de enero de 2016). Por otro lado, atendía también a un criterio cooperativo, que establecía un reparto de competencias entre la Federación y el Distrito Federal, atendiendo a la distribución que hiciese la correspondiente ley general del Congreso de la Unión.

Sobre la base de lo anterior, podía entonces afirmarse que para la determinación de las competencias entre la Federación y el Distrito Federal, debía estarse a los siguientes parámetros:

- “1.- En las materias que no sean concurrentes conforme a la Constitución, deberá verificarse si la materia respectiva se encuentra expresamente concedida a la Asamblea Legislativa, caso en el que podrá legislar el órgano legislativo local. De lo contrario, puede legislar el Congreso de la Unión en su calidad de órgano legislativo del Distrito Federal.
- 2.- En las materias constitucionalmente concurrentes, para establecer las competencias debe atenderse a lo que dispongan las leyes marco respectivas. Una vez ubicada la facultad del Distrito Federal para legislar dentro del reparto de competencias realizado por las leyes marco, debe acudirse a la Constitución para determinar cuál de los dos órganos legislativos del Distrito Federal es el competente para normar esta materia.”<sup>12</sup>

Estos criterios sirvieron a la Corte para determinar en cuál de los dos supuestos se encontraba la norma impugnada, para lo cual había que atender a la materia regulada por esa norma. Al respecto, seña-

---

12 Recordemos que esta acción de inconstitucionalidad se planteó en el marco del esquema constitucional del Distrito Federal vigente hasta la reforma de 29 de enero de 2016.

ló la Corte que la determinación de la materia no podía descansar únicamente en el nombre de la ley, sino que se trataba de una cuestión de esencialidad de lo regulado, que en el caso, era la materia de salud,<sup>13</sup> la cual es concurrente, como lo establece el artículo 4º de la Constitución general en su párrafo cuarto. Asimismo, razonó la Corte que a partir de esta base constitucional, la Ley General de Salud establece en su artículo 3.XIV relacionado con el artículo 13 de la propia ley, que corresponde a los gobiernos de las entidades federativas la prevención, orientación, control y vigilancia en materia de nutrición, enfermedades respiratorias, enfermedades cardiovasculares y aquellas atribuibles al tabaquismo. En consecuencia, aseveró la Corte, los programas de prevención, orientación, control y vigilancia en materia de nutrición, enfermedades respiratorias, enfermedades cardiovasculares y aquellas atribuibles al tabaquismo corresponden a las entidades federativas, dentro de las que se encontraba el Distrito Federal, lo que llevaba a concluir que los programas destinados a proteger la salud de los no fumadores en el Distrito Federal eran competencia de éste. Pero el Distrito Federal tiene dos órganos legislativos-observó la Corte- la Asamblea Legislativa respecto de ciertas materias; y el Congreso de la Unión respecto de otras. ¿A cuál correspondía legislar en materia de salud? La respuesta estaba en el artículo 122 constitucional, apartado C, Base Primera, fracción V, inciso i, el cual facultaba expresamente a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal a normar la salud<sup>14</sup>.

---

13 Esto lo aclara la Corte, para evitar confusiones sobre la materia de la que trataba el caso; confusión que podía derivar del hecho de que la norma impugnada dispuso en su artículo 31 que quienes incumpliesen con las disposiciones de dicha ley local serían sancionados en términos de la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles del Distrito Federal. Para la Corte era claro que las obligaciones que la ley imponía a los establecimientos mercantiles no derivaban del ánimo de regular su funcionamiento, sino de la necesidad de proteger la salud de quienes no fuman.

14 Aclaró la Corte que si bien el artículo 13 de la Ley General de Salud no hacía referencia a una facultad para legislar en esta materia, pues hacía alusión a aspectos administrativos como prevención, orientación, control y vigilancia, debía entenderse que también estaba incluida una atribución para legislar al respecto, porque si la Constitución Federal "...se refiere a una concurrencia legislativa entre la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad, no puede reducirse la cuestión a una concurrencia administrativa, en la que autoridades

El último paso consistió en valorar si la Asamblea Legislativa estaba obligada a regular la materia de protección a la salud de los no fumadores en los mismos términos que en la ley general expedida por el Congreso de la Unión. En este tema, razonó la Corte que las leyes generales establecidas por el Congreso de la Unión son bases legislativas que no pretenden agotar en sí mismas la regulación de una materia, sino que buscan ser la plataforma mínima desde la que las entidades federativas puedan darse sus propias normas tomando en cuenta su propia realidad social. En opinión de la Corte, “...si las leyes locales no pudieran hacer innovaciones respecto a la ley general, no tendrían razón de ser. Se limitarían a repetir lo establecido por el legislador federal, lo que resulta carente de sentido, pues se vaciaría el concepto mismo de concurrencia.”

Las diferencias regionales en una nación plural como México, hacía necesario adecuar la legislación de salud a las condiciones de cada entorno y sus necesidades. De esta manera, con cumplir el mínimo normativo que marca la ley general, las leyes locales pueden tener su propia sazón, poniendo mayor énfasis en determinados aspectos que sean preocupantes en una determinada región<sup>15</sup>.

Con base en los razonamientos anteriores, la Corte decretó la validez de la norma impugnada, decisión de la cual se generó la siguiente tesis:

*LEYES LOCALES EN MATERIAS CONCURRENTES. EN ELLAS SE PUEDEN AUMENTAR LAS PROHIBICIONES O LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES GENERALES. Las leyes generales son*

---

locales apliquen leyes federales. Por el contrario, debe entenderse que los legisladores locales pueden regular el ejercicio de las facultades que la ley general concede a las administraciones locales.”

- 15 En la sentencia se razonó así: “En este sentido, las entidades federativas pueden aumentar las obligaciones o las prohibiciones que hace una ley general en materia de salubridad. Lo que no pueden, es reducir las obligaciones o prohibiciones, pues ello haría nugatoria la ley general. Asimismo, están facultadas para imponer las sanciones al incumplimiento de las obligaciones que ella misma establezca, en tanto la sanción es un consecuente normativo de la obligación. De esta forma, teniendo la Asamblea Legislativa del Distrito Federal facultad para variar las prohibiciones y para imponer sus propias sanciones en materia de protección a la salud de los no fumadores, debe concluirse que no estaba obligada a regular las áreas libres de humo de tabaco en idénticos términos a los de la ley general.”

*normas expedidas por el Congreso de la Unión que distribuyen competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación, de ahí que no pretenden agotar la regulación de la materia respectiva, sino que buscan ser la plataforma mínima desde la que las entidades puedan darse sus propias normas tomando en cuenta su realidad social. Por tanto, cumpliendo el mínimo normativo que marca la ley general, las leyes locales pueden tener su propio ámbito de regulación, poniendo mayor énfasis en determinados aspectos que sean preocupantes en una región específica. Si no fuera así, las leyes locales en las materias concurrentes no tendrían razón de ser, pues se limitarían a repetir lo establecido por el legislador federal, lo que resulta carente de sentido, pues se vaciaría el concepto mismo de concurrencia. En este sentido, las entidades federativas pueden aumentar las obligaciones o las prohibiciones que contiene una ley general, pero no reducirlas, pues ello haría nugatoria a ésta.<sup>16</sup>*

Finalmente, debemos mencionar que las “facultades concurrentes” han marcado una tendencia en la evolución reciente del sistema federal mexicano, ya que un importante número de materias han sido sujetas a ese tipo de régimen en los últimos tres lustros. Basta con ver las adiciones que ha tenido el artículo 73 constitucional en los últimos años, muchas de las cuales han establecido el régimen de facultades concurrentes en materias como pesca y acuacultura; cultura física y deporte; derechos de niñas, niños y adolescentes; turismo; secuestro; trata de personas y en materia de partidos políticos, organizaciones electorales y procesos electorales, entre otras.

### III. TENDENCIA 2: LA CREACIÓN DE “SISTEMAS NACIONALES”

En todo sistema federal, se espera que los diferentes órdenes de gobierno cooperen independientemente de las diferencias políticas e ideológicas que pudieran existir entre los gobernantes respectivos, desarrollando así patrones de política intergubernamental. Esta coope-

---

16 SCJN, Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXXI, Febrero de 2010, página 2322, Tesis de Jurisprudencia: P/J. 5/2010. Acción de inconstitucionalidad 119/2008. Diputados integrantes de la Cuarta Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. 3 de septiembre de 2009. Unanimidad de nueve votos.

ración tiene lugar a través de mecanismos creados con ese propósito e incorporados en la Constitución. En la actualidad, la creación de nuevos instrumentos de coordinación, para compartir responsabilidades y para armonizar normas y acciones, es una parte importante de la agenda del sistema federal mexicano.

Encontramos así otra tendencia en la evolución del sistema federal mexicano: se trata de esquemas de integración de órganos adscritos a los distintos órdenes de gobierno en un conjunto interconectado y articulado, creados con el fin de evitar contradicciones y reducir disfunciones, así como garantizar coherencia y eficacia en las actuaciones públicas relativas a una materia.<sup>17</sup> A ese tipo de esquemas se les denomina “Sistemas Nacionales”.

Uno de los ejemplos más sofisticados de este tipo de esquema es el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, el cual se encuentra definido y organizado por la Ley de Coordinación Fiscal (LCF),<sup>18</sup> cuyo objeto es “...coordinar el sistema fiscal de la Federación con las entidades federativas, así como con los municipios y demarcaciones territoriales, para establecer la participación que corresponda a sus haciendas públicas en los ingresos federales; distribuir entre ellos dichas participaciones; fijar reglas de colaboración administrativa entre las diversas autoridades fiscales; constituir los organismos en materia de coordinación fiscal y dar las bases de su organización y funcionamiento.”<sup>19</sup>

La forma de integrarse al sistema es a través del convenio que celebra la Secretaría de Hacienda y Crédito Público con las entidades que solicitan adherirse al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal. Suscrito el convenio, las entidades federativas tienen derecho a participar en el total de los impuestos federales y en los otros ingresos que señale la LCF mediante la distribución de los fondos que en la misma se establecen<sup>20</sup>.

---

17 Ver Díaz Ricci, Raúl Marcelo, *Relaciones Gubernamentales de Cooperación*, EDIAR, Buenos Aires, 2009, p. 268

18 Publicada en el DOF el 27 de diciembre de 1978.

19 Artículo 1° de la LCF.

20 El convenio de adhesión al sistema debe ser autorizado o aprobado por su legislatura local respectiva. También, con autorización de la legislatura local podrán

El artículo 16 de la LCF establece que el Gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y los gobiernos de las entidades, por medio de su órgano hacendario, participarán en el desarrollo, vigilancia y perfeccionamiento del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, a través de una serie de órganos, como son: I.- La Reunión Nacional de Funcionarios Fiscales; II.- La Comisión Permanente de Funcionarios Fiscales; III.- El Instituto para el Desarrollo Técnico de las Haciendas Públicas (INDETEC); y IV.- La Junta de Coordinación Fiscal.

Otro ejemplo de “Sistema Nacional” se encuentra en la Ley General de Protección Civil (publicada en el DOF el 6 de junio de 2012) la cual define en su artículo 14 al “Sistema Nacional de Protección Civil” como “...un conjunto orgánico y articulado de estructuras, relaciones funcionales, métodos, normas, instancias, principios, instrumentos, políticas, procedimientos, servicios y acciones, que establecen corresponsablemente las dependencias y entidades del sector público entre sí, con las organizaciones de los diversos grupos voluntarios, sociales, privados y con los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, de los organismos constitucionales autónomos, de las entidades federativas, de los municipios y las delegaciones, a fin de efectuar acciones coordinadas, en materia de protección civil.”

Por su parte, el artículo 16 de esa ley dispone que el “Sistema Nacional de Protección Civil” se encuentra integrado por todas las dependencias y entidades de la administración pública federal, por los sistemas de protección civil de las entidades federativas, sus municipios y las delegaciones; por los grupos voluntarios, vecinales y organizaciones de la sociedad civil, los cuerpos de bomberos, así como por los representantes de los sectores privado y social, los medios de comunicación y los centros de investigación, educación y desarrollo tecnológico. Además, los integrantes del Sistema Nacional deberán compartir con la autoridad competente que solicite y justifique su utilidad, la información de carácter técnico, ya sea impresa, electrónica o en tiempo real relativa a los sistemas y/o redes de alerta, detección, monitoreo, pronóstico y medición de riesgos.

Como puede verse, los sistemas nacionales se erigen en instancias de integración de la diversidad de partes en un conjunto articulado,

---

las entidades federativas dar por terminado el convenio (artículo 10 de la LCF).



evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que de subsistir, impedirían o dificultarían la eficacia de la acción pública. Y aquí en parte empleo el lenguaje del Tribunal Constitucional Español que en la sentencia STC 32/1983 se refirió a la coordinación y al concepto de “sistema” en materia de salud en España en los siguientes términos:

“En consecuencia, la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario.”

#### **IV. TENDENCIA 3: EL ESTABLECIMIENTO DE CONTROLES Y SUPERVISIÓN DESDE EL ÁMBITO FEDERAL HACIA EL ÁMBITO LOCAL (LA REGULACIÓN DE LA DEUDA PÚBLICA SUBNACIONAL)**

A raíz de la evidencia de contratación ilegal de deuda pública por parte de varios gobernadores de las entidades federativas, se comenzó a hablar en México sobre la necesidad de establecer bases constitucionales que deban seguir los Estados y los Municipios en el tema de deuda pública subnacional, tanto bancaria como bursátil.

Por esta razón es que desde 2011 se presentaron diversas iniciativas en las que se propuso como común denominador que el Congreso de la Unión estableciera reglas de prudencia y responsabilidad fiscal que regularan todo lo relacionado con la deuda pública, y que fueran aplicables a los tres órdenes de gobierno con el objeto de evitar que cada entidad federativa tenga disposiciones que, por contener vacíos legales, permitieran el uso irresponsable de la capacidad de endeudamiento.

No podemos analizar en detalle todos los mecanismos de control de la deuda pública subnacional, pero para dar una idea de ellos, podemos decir que con la reforma de 26 de mayo de 2015, el poder revisor de la Constitución reformó y adicionó nuestra norma fundamental para establecer lo siguiente:

- A. Se prevé como principio general de la reforma que el Estado, entendido éste como el gobierno de los tres órdenes de gobierno, velará por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo. Se estableció además que el Plan Nacional de Desarrollo y los planes estatales y municipales deberán observar dicho principio; el objetivo es que dichos planes no hagan compromisos incumplibles, es decir, que estén más allá de la capacidad de la hacienda pública y de la economía nacional (segundo párrafo del artículo 25).
- B. Se facultó al Congreso de la Unión para legislar en materia de deuda pública:
  - a. Para establecer en las leyes correspondientes las bases generales para que los Estados, el Distrito Federal y los Municipios puedan incurrir en endeudamiento; los límites y modalidades bajo los cuales dichos órdenes de gobierno podrán afectar sus respectivas participaciones para cubrir los empréstitos y obligaciones de pago que contraigan; la obligación de dichos órdenes de gobierno de inscribir y publicar la totalidad de sus empréstitos y obligaciones de pago en un registro público único, de manera oportuna y transparente; un sistema de alertas sobre el manejo de la deuda; así como las sanciones aplicables a los servidores públicos que no cumplan sus disposiciones (artículo 73.VIII.3°).
  - b. Se facultó al Congreso de la Unión Para expedir leyes en materia de responsabilidad hacendaria que tengan por objeto el manejo sostenible de las finanzas públicas en la Federación, los Estados, Municipios y el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), con base en el principio establecido en el párrafo segundo del artículo 25 (Artículo 73.XXIX-W).
- C. Se reformó el artículo 108 constitucional (penúltimo párrafo) para mandar a los gobiernos locales a que contemplen en sus marcos jurídicos que serán responsables los servidores públicos de los Estados y Municipios por el manejo indebi-

do de recursos públicos y de la deuda pública. Lo anterior se consideró indispensable para que la reforma fuese sea integral al prever reglas que fomenten un uso responsable y adecuado del financiamiento y, al mismo tiempo, que fortaleciera la rendición de cuentas tanto de los entes públicos como de los servidores públicos.

- D. Se reformuló la fracción VIII del artículo 117 constitucional en los siguientes términos:
- a. Se mantuvo la prohibición de contraer directa o indirectamente obligaciones o empréstitos con gobiernos de otras naciones, con sociedades o particulares extranjeros, o cuando deban pagarse en moneda extranjera o fuera del territorio nacional.
  - b. Se estableció que los Estados y los Municipios no podrán contraer obligaciones o empréstitos sino cuando se destinen a inversiones públicas productivas y a su refinanciamiento o reestructura, mismas que deberán realizarse bajo las mejores condiciones del mercado, inclusive los que contraigan organismos descentralizados, empresas públicas y fideicomisos y, en el caso de los Estados, adicionalmente para otorgar garantías respecto al endeudamiento de los Municipios. Lo anterior, conforme a las bases que establezcan las legislaturas en la ley correspondiente, en el marco de lo previsto en la Constitución, y por los conceptos y hasta por los montos que las mismas aprueben.<sup>21</sup>
  - c. Se dispuso que los Ejecutivos informarán del ejercicio de la facultad de contraer empréstitos al rendir la cuenta pública, y que en ningún caso podrán destinar empréstitos para cubrir gasto corriente.
  - d. Se estableció también que las legislaturas locales, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes, deberán autorizar los montos máximos para, en las

---

21 Se incluyen actualizaciones a los términos utilizados en dicho apartado, cambiando el término “conversión” de deuda, que es un anacronismo, por los conceptos actuales de “refinanciamiento y reestructura”, añadiendo que dichas operaciones deberán realizarse bajo condiciones de mercado y en términos de la ley.

mejores condiciones del mercado, contratar dichos empréstitos y obligaciones, previo análisis de su destino, capacidad de pago y, en su caso, el otorgamiento de garantía o el establecimiento de la fuente de pago.

Conforme a estas bases constitucionales, el Congreso de la Unión aprobó Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y Municipios (expedida el 27 de abril de 2016), la cual busca, entre otras cosas, establecer los lineamientos para que las autoridades de dichas instancias de gobierno puedan contratar deuda; crear un registro único de deuda pública subnacional; y un sistema de alertas para identificar contratación de deuda que se salga de los lineamientos y límites establecidos.

#### V. TENDENCIA 4: LA DETERMINACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO SUB-NACIONAL DESDE EL CONSTITUCIONALISMO NACIONAL

Bien puede afirmarse que la Constitución mexicana de 1917, es más “completa” en el sentido de que especifica una serie de elementos estructurales y sustantivos de los gobiernos de las entidades federativas que forzosamente deben estar contemplados en las constituciones locales. Por tanto, el espacio constitucional sub-nacional no es muy extenso.

En efecto, la Constitución General de la República prescribe en varios de sus artículos (particularmente en su artículo 116) cómo deben diseñarse normativamente las instituciones y los procesos políticos de las entidades federativas, por lo que provee una arquitectura constitucional bastante completa del sistema federal en el nivel sub-nacional<sup>22</sup>. Adicionalmente, esta circunstancia ha llevado a que entre las constituciones locales exista gran homogeneidad.

Resulta interesante examinar cuál ha sido la evolución del artículo 116 de la Constitución general: sus 11 reformas desde 1917 a la

---

22 Williams, Robert F. y Tarr, Alan, “Subnational Constitutional Space: A View from the States, Provinces, Regions, Länder, and Cantons”, en *Federalism, Subnational Constitutions, and Minority Rights*, Praeger Publishers, USA, 2004, p. 3.

fecha se pueden interpretar en el sentido de que se amplía el espacio de la constitución nacional a expensas del espacio constitucional sub nacional. En apretada reseña, recordemos que originalmente, era el artículo 115 de la Constitución de 1917 la disposición en la que se establecían bases muy generales sobre la organización interna de los poderes de las entidades federativas. Es con la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de marzo de 1987 que todo lo relativo a los municipios se transfiere al artículo 115; en tanto que todo lo relativo al gobierno de las entidades federativas se establece en el artículo 116, con una serie de disposiciones detalladas sobre cómo es que deben organizarse los poderes en los Estados de la República.

Las sucesivas reformas que ha experimentado el artículo 116 de la Constitución general, han establecido normas sobre:

- A. El fortalecimiento de los poderes judiciales locales (garantías judiciales).
- B. La organización de los procesos electorales locales (de hecho este es un tema reiterado de las reformas al 116).
- C. La creación de órganos de fiscalización en los Estados.
- D. El deber de seguir las normas sobre remuneraciones de servidores públicos locales y de incluir dentro de sus proyectos de presupuestos, los tabuladores desglosados de las remuneraciones que se propone perciban sus servidores públicos
- E. El deber de las legislaturas estatales de prever la forma de que los ciudadanos puedan presentar iniciativas de ley.
- F. El deber de que en las Constituciones locales se establezcan órganos autónomos para garantizar el derecho de acceso a la información pública y de protección de datos personales a nivel de las entidades federativas.
- G. El deber de que las Constituciones estatales establezcan la elección consecutiva de los diputados a las legislaturas de los Estados, hasta por cuatro periodos consecutivos.

Por otro lado, también es interesante ver cómo es que desde el espacio constitucional nacional, se han ido estableciendo mecanismos para proteger el espacio constitucional sub-nacional. Algunos ejemplos de este fenómeno vienen del constitucionalismo mexicano del siglo XIX. Y en este punto nos referimos a la figura de la “desaparición

de poderes” del artículo 76 fracción V de la Constitución general; la facultad del Senado de resolver las “cuestiones políticas” prevista en el artículo 76 fracción VI de la Constitución; y la llamada “garantía federal”, prevista originalmente en el artículo 122 constitucional, y ahora localizada en el párrafo 119 de la Constitución.

Asimismo, puede observarse que el hecho de que mucho de las constituciones locales esté determinado por la Constitución general, abre el camino para que la justicia constitucional general tenga que ver en conflictos de contradicción normativa entre el nivel general y el nivel local, que muchas veces tienen detrás un conflicto entre el gobernador y la oposición en la legislatura local. Así ha sucedido, por ejemplo, en relación con los estándares que la Constitución general establece para organizar las elecciones locales.

En efecto, en 1996, el artículo 116.IV de la Constitución mexicana fue adicionado para introducir una serie de principios y reglas que las constituciones y leyes electorales de las entidades federativas deben seguir en materia electoral. De acuerdo con la extensa y detallada lista, que fue ampliada aún más con las reformas de 13 de noviembre de 2007 y de 10 de febrero de 2014, las Constituciones y leyes de los Estados en materia electoral deben establecer, sin ser exhaustivos en nuestra enunciación, normas sobre los siguientes temas: principios básicos de elección de autoridades locales (sufragio, universal, libre, secreto y directo); fecha de la jornada comicial (primer domingo de junio del año que corresponda); principios rectores del ejercicio de la función electoral (certeza, imparcialidad, independencia, legalidad, máxima publicidad y objetividad); características de las autoridades que tengan a su cargo la organización de las elecciones y las jurisdiccionales que resuelvan las controversias en la materia (y principios de autonomía en su funcionamiento, e independencia en sus decisiones); la asunción por parte del INE de la organización de los procesos electorales locales, mediante convenio; normas sobre conformación de partidos políticos y alcance y límites de las autoridades electorales para intervenir en asuntos internos de los mismos; umbral de votación de 3% del total de la votación válida emitida en cualquiera de las elecciones que se celebren para la renovación del Poder Ejecutivo o Legislativo locales, para que un partido político tenga derecho a conservar su registro; reglas sobre acceso de los partidos políticos

a financiamiento público; criterios para establecer los límites a las erogaciones de los partidos políticos en sus precampañas y campañas electorales, así como los montos máximos que tengan las aportaciones de sus militantes y simpatizantes; normas para que los partidos políticos accedan a la radio y la televisión, conforme a las normas establecidas por el apartado B de la base III del artículo 41 de la Constitución; las reglas para las precampañas y las campañas electorales de los partidos políticos, así como las sanciones para quienes las infrinjan; régimen aplicable a la postulación, registro, derechos y obligaciones de los candidatos independientes, garantizando su derecho al financiamiento público y al acceso a la radio y la televisión; establecimiento de un sistema de medios de impugnación para que todos los actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente al principio de legalidad; y se fijen las causales de nulidad de las elecciones de gobernador, diputados locales y ayuntamientos, así como los plazos convenientes para el desahogo de todas las instancias impugnativas, tomando en cuenta el principio de definitividad de las etapas de los procesos electorales.

Ahora bien, además de establecer este “piso mínimo” de normas y criterios a los que deben ajustarse las constituciones y leyes electorales locales en materia electoral, la reforma constitucional de 1996 también abrió la posibilidad de ejercer la acción de inconstitucionalidad para impugnar las normas locales que contradigan estos estándares (artículo 105.II.f) de la Constitución general). El uso que los partidos políticos han hecho de este mecanismo de control de la constitucionalidad de normas electorales estatales, ha servido para darles forma de acuerdo con los criterios establecidos en la Constitución general. De esta forma, por ejemplo, la Suprema Corte:

- A. Declaró la inconstitucionalidad de una reforma a la Constitución del Estado de Chiapas que buscaba extender el período de los legisladores estatales y de las autoridades municipales más allá del período regular de gobierno, para el efecto de homologar las elecciones estatales con las federales. En este caso, la SCJN encontró que el decreto de reforma a la Constitución local violaba los principios de elecciones libres, auténticas y periódicas, mediante sufragio universal, libre, secreto y directo (artículos 116, fracción II, segundo párrafo, y fracción IV,

inciso a); 115, fracción I, segundo párrafo, en relación con el numeral 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos); vulneraba también los derechos de participación política (votar y ser votado) del artículo 35, fracciones I y II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; transgredía el derecho a votar y ser votado en condiciones de igualdad (artículos 115, fracción I, segundo párrafo y 116, fracciones II, segundo párrafo, y IV, inciso a), en relación con el artículo 35, fracciones I y II, de la norma suprema) y violaba lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que proscribía la aplicación y existencia de leyes retroactivas (al fracturar, por un lado, el derecho adquirido de los ciudadanos para emitir su voto en el momento oportuno que permita el reemplazo de los referidos gobernantes, y por otro, el de los partidos políticos para postular antes de que concluya el trienio a quienes deban llevar a cabo dicha sustitución)<sup>23</sup>.

- B. Declaró la invalidez del artículo tercero transitorio del Decreto 22228/LVIII/08 por el que se reformaron diversos preceptos de la Constitución Política del Estado de Jalisco, por considerarlo contrario al principio de irretroactividad consagrado en el artículo 14 de la Constitución general. En opinión de la Corte, el Decreto obraba sobre el pasado al pretender modificar la duración del nombramiento de los Consejeros Electorales que hasta la fecha estaban en funciones, disminuyendo con ello el período de ejercicio en el cargo para el que originalmente habían sido designados<sup>24</sup>.
- C. Decretó la invalidez del artículo 176 de la Ley 160 que contiene el Código Electoral del Estado de Sonora, por considerar que dicho precepto no era acorde con los principios de geografía y representación electoral y los objetivos que éstos persiguen, al no existir una relación entre la delimitación del ámbito territorial de los distritos uninominales y el número

---

23 Acción de inconstitucionalidad 47/2006 (y acumuladas 49/2006, 50/2006 y 51/2006).

24 Acción de inconstitucionalidad 88/2008 (y acumuladas 90/2008 y 91/2008).



de ciudadanos que habrían de participar en las elecciones de diputados por el principio de mayoría relativa, por lo que en todo caso, la asignación de estos diputados se haría siguiendo un criterio geográfico y no poblacional<sup>25</sup>, con lo que se transgredía lo dispuesto por el citado artículo 116, fracción II, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>26</sup>.

- D. Decretó la invalidez de los incisos f) y g) de la fracción X del artículo 244 del Código Número 307 Electoral para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, por no desarrollar, sino restringir, el recuento de votos parcial y total en sede jurisdiccional conforme lo ordena el inciso l) de la fracción IV del numeral 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Para la Corte, las Constituciones y leyes de los Estados en esta materia deben garantizar que se señalen los supuestos y las reglas para la realización, en los ámbitos administrativo y jurisdiccional, de recuentos totales o parciales de votación, de forma tal que en uno y otro casos las correspondientes autoridades puedan libremente ordenar un nuevo conteo de los sufragios, ya sea respecto de algunas de las casillas e incluso de todas ellas, según la elección de que se trate<sup>27</sup>.

---

25 Específicamente, para la SCJN, el criterio adoptado por el legislador local para la distribución de los distritos electorales no atendió a un criterio poblacional (sino a uno meramente geográfico). Es decir, no se tuvo en cuenta un criterio que procurase que en cada distrito hubiese una densidad poblacional parecida, lo cual era incongruente con el principio de proporcionalidad contenido en el artículo 116.II de la Constitución general, el cual busca que cada voto tenga el mismo valor.

26 Acción de inconstitucionalidad 18/2005. El primer párrafo de la fracción II del artículo 116 de la Constitución general dispone que “El número de representantes en las legislaturas de los Estados será proporcional al de habitantes de cada uno; pero, en todo caso, no podrá ser menor de siete diputados en los Estados cuya población no llegue a 400 mil habitantes; de nueve, en aquellos cuya población exceda de este número y no llegue a 800 mil habitantes, y de 11 en los Estados cuya población sea superior a esta última cifra.”

27 Acciones de inconstitucionalidad 7/2009, 8/2009 y 9/2009 acumuladas. El inciso l) de la fracción IV del artículo 116 constitucional establece que las Constituciones y leyes estatales en materia electoral garantizarán que: “l) Se establezca

En suma, desde 1996, los principios y reglas del artículo 116 de la Constitución general (particularmente las contenidas en sus fracciones II y IV) y la acción de inconstitucionalidad, han “hecho equipo”, para impulsar la democratización a nivel de las entidades federativas. Sin embargo, después de más de 20 años de esta reforma, es posible afirmar que la democratización ha ocurrido de manera asimétrica. Algunos Estados han avanzado en la conformación y consolidación de sistemas democráticos locales, mientras que en otros Estados poderosos intereses han sido capaces de bloquear el surgimiento y consolidación del pluralismo político así como de procesos electorales libres y equitativos. La equidad en las elecciones es todavía una materia pendiente en muchos Estados. A su vez, este “rezago democrático” es lo que se ha invocado para justificar muchas de las medidas introducidas por la reforma constitucional en materia electoral de 10 de febrero de 2014, que transfirió facultades al INE, a costa de las autoridades electorales locales (bajo la idea de que las autoridades locales encargadas de organizar y calificar las elecciones en las entidades federativas seguían controladas por los gobernadores).

## VI. REFLEXIÓN FINAL

Como hemos demostrado a través de diversos estudios<sup>28</sup>, en las últimas décadas, el sistema federal mexicano ha evolucionado en el sentido de fortalecer sus mecanismos de integración, más que los de descentralización. La trayectoria de la reforma constitucional y administrativa vinculada a nuestro sistema federal ha seguido esa tendencia, por la cual se han creado distintos tipos de órganos y de mecanismos para articular órganos, cuya finalidad es asegurar diferentes niveles y grados de armonía, uniformidad, homologación y co-

---

un sistema de medios de impugnación para que todos los actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente al principio de legalidad. Igualmente, que se señalen los supuestos y las reglas para la realización, en los ámbitos administrativo y jurisdiccional, de recuentos totales o parciales de votación”.

28 Serna de la Garza, José Ma., “Las Reformas al Federalismo mexicano”, en Casar, Ma. Amparo y Marván, Ignacio (coords.), *Reformar sin Mayorías, La dinámica del cambio constitucional en México: 1997-2012*, Taurus, México, 2014.

herencia en la elaboración y ejecución de políticas públicas en diversas materias.

Por otro lado, debemos mencionar que después de los años del sistema de partido hegemónico, hoy día la SCJN es percibida como un órgano más independiente de las influencias ejercidas tanto por el Poder Ejecutivo federal como por el Poder Legislativo federal, y esta percepción ha hecho que con mayor frecuencia se recurra al más Alto Tribunal por parte de los Estados, pero también (y sobre todo) de los Municipios, a través de las llamadas “controversias constitucionales”, previstas en la fracción I del artículo 105 constitucional. La acción pertenece al sistema de justicia constitucional, y es conocido y resuelto en única instancia por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia. En general podemos decir que la acción de controversia constitucional procede contra disposiciones generales (leyes o reglamentos) y contra actos de la Federación, de los Estados, del Distrito Federal y de los municipios que violenten el sistema de distribución de competencias entre estos órdenes de gobierno establecido por la Constitución General.

Finalmente, debemos decir también que en México existe un Senado que de manera tradicional se ha considerado como cámara de representación de los Estados a nivel federal. Sin embargo, y a pesar de que la retórica política y parte de la doctrina sigue esta concepción tradicional, un sector importante de la doctrina constitucional en nuestros días considera que el carácter esencialmente “federalista” del Senado se ha desdibujado. Varios factores han contribuido a ello: en primer lugar, el sistema de elección de senadores ya no involucra a las legislaturas locales (como sucedía antaño); los senadores son ahora elegidos por sufragio universal y de manera directa. En segundo lugar, 32 senadores se eligen a través del sistema de representación proporcional, a partir de listas votadas en una sola circunscripción plurinomial nacional; dichos senadores no tienen una vinculación electoral con algún Estado. En tercer lugar, los requisitos para ser Senador son exactamente iguales a los de los diputados, salvo el de la edad mínima (25 años al día de la elección en el caso de Senadores, 21 en el de diputados). Finalmente, cabe señalar que dentro de la cámara, los senadores se agrupan no por su procedencia territorial, sino por “grupos parlamentarios”, es decir, por su identidad político-partidista. Este es otro elemento que debilita la lógica de representación territorial en el Senado mexicano.

No está claro en el panorama del sistema federal mexicano cómo vaya a evolucionar en los próximos años. No se ve, por ejemplo, algún proyecto de reforma del sistema nacional de coordinación fiscal y su esquema centralizador y sus mecanismos de reparto del “gasto federalizado” que dejan un gran espacio de discrecionalidad al gobierno federal. Tampoco se perciben propuestas de reforma para fortalecer a la pieza más débil de nuestro sistema federal, como lo es el municipio. Se ven en cambio, la creación de figuras federales muy fuertes como los llamados “super-delegados”, con funciones de enlace entre las secretarías de Estado y los gobiernos estatales, quienes tendrán a su cargo la coordinación e implementación de planes, programas y acciones para el desarrollo integral, funciones de atención ciudadana, la supervisión de los servicios y los programas a cargo de las secretarías, las dependencias y entidades.

¿Pero qué justifica hoy día, en pleno siglo XXI, que las y los mexicanos sigamos viviendo bajo el esquema de un sistema federal?, ¿acaso debiéramos pensar en dar un giro histórico, y establecer en México un Estado unitario, como el que pretendieron instaurar las llamadas Siete Leyes Constitucionales de 1836?

En mi opinión, existen poderosas razones para seguir por la ruta de la opción federal. En primer lugar, existe una gran diversidad entre las distintas regiones del país. Diversidad de muchos tipos: geográfica, económica, cultural, estructural, social, así como en términos de desarrollo económico y político. Esa diversidad exige que se den soluciones específicas y adecuadas a los problemas locales. En muchos ámbitos, las soluciones que provienen del poder público deben ser aptas y adecuadas a las circunstancias y condiciones específicas de cada uno de los ámbitos territoriales en que se divide el país.

Por otra parte, es un hecho que existe lo que algunos han llamado una “política territorial”. Es decir, existen arenas políticas locales con su propia historia, lógica, juego de intereses, patrones de conflictos y conciliación; existen clases políticas locales que compiten por el alcanzar y ejercer poder dentro de las entidades federativas, que a su vez se enlazan con otras arenas políticas locales y nacionales. En fin, existen ciudadanías locales que a pesar de las dificultades han ido construyendo espacios de participación democrática y de ejercicio de derechos políticos para elegir a sus gobernantes, tanto a nivel estatal como en el municipal.

Pero más allá de estas razones, veo en el sistema federal un potencial que no percibo en la opción de un sistema unitario para el caso de México. Me refiero al potencial para: a. fortalecer y consolidar la democracia, propiciar la participación política y robustecer la rendición de cuentas; b. incrementar la eficacia en el diseño e implementación de políticas públicas; y c. hacer posible y vigorizar el control vertical del poder.

El sistema federal tiene el potencial para fortalecer y consolidar la democracia, porque al crear órdenes de gobierno cercanos a la población genera el interés de la ciudadanía por participar para incidir en la designación de quienes habrán de tomar decisiones que les afectan en su vida cotidiana e inmediata. A la vez, con ello se puede robustecer la rendición de cuentas, con ciudadanos que eventualmente tomen conciencia del poder que tienen para premiar o castigar mediante su voto a los buenos o a los malos gobernantes.

Por otra parte, el sistema federal tiene el potencial de incrementar la eficacia en el diseño e implementación de políticas públicas, porque ambos requieren de información obtenida y procesada “a nivel del terreno”: para ciertas materias, serán los órdenes de gobierno más cercanos a la población los únicos que tengan acceso a cierto tipo de información y datos, que les permitan tomar las mejores decisiones para resolver problemáticas específicas de las jurisdicciones territoriales que gobiernan.

Por último, el sistema federal tiene el potencial de crear y vigorizar el control del poder. Recordemos que la separación de poderes y su efecto de hacer posible un control del poder (bajo la lógica de pesos y contrapesos), no tiene una dimensión exclusivamente “horizontal” (entre poderes ejecutivo, legislativo y judicial), sino que también puede tener una dimensión “vertical”. En este sentido, tener gobiernos de entidades federativas y municipales fuertes tiene el potencial de generar un equilibrio en relación con el gobierno federal.

Pero debo reiterar que me he referido al potencial que tiene el sistema federal para México, y no a fenómenos o características que ya existan con plenitud en nuestro esquema de organización político-constitucional. Para lograr que lo que se encuentra en potencia se convierta en acto, es necesario repensar el modelo de Estado federal que queremos y necesitamos.



# Retos de las cortes nacionales y supranacionales

GIUSEPPE MARTINICO<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. OBJETIVO Y ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO; II. LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: UNA PANORÁMICA DE LAS PREVISIONES RELEVANTES; III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELEVANTE EN MATERIA DE DERECHO DE LA UNIÓN: UNA BREVE PANORÁMICA; IV. EL CONVENIO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO; V. CONCLUSIONES

## I. OBJETIVO Y ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO

El objetivo de este artículo es presentar las principales tendencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano en materia de derecho de la Unión Europea (UE) y del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En ese sentido, este artículo no ofrece una descripción analítica de la jurisprudencia de los últimos años, sino que intentará definir el impacto de los derechos europeos a la luz de indicadores constantes que se encontraron en la jurisprudencia constitucional a lo largo de esos años. El artículo se divide en tres partes: la primera parte ofrece una breve panorámica de las normas constitucionales principales con referencia al derecho internacional público; la segunda está dedicada a la jurisprudencia constitucional en tema de derecho de la UE, mientras que la tercera aborda la jurisprudencia relacionada con el Convenio europeo.

El caso italiano resulta interesante por diversas razones: la primera es la insuficiencia del parámetro formal, es decir, la imposibilidad de entender los efectos ocasionados por los derechos europeos sin ir más allá de la redacción de las normas constitucionales. La segunda es el

---

1 Catedrático de Derecho Público Comparado en la Scuola Superiore Sant'Anna de Pisa.

progresivo abandono del auto-aislamiento del Tribunal Constitucional en cuestiones de derecho europeo (tanto con referencia al CEDH como al derecho de la UE). En este sentido los últimos años se han caracterizado por la aceptación, por primera vez, del mecanismo prejudicial contenido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por la *Corte Costituzionale*, a través de la declaración de inconstitucionalidad de una ley nacional en conflicto con el derecho de la UE (visto como norma interpuesta<sup>2</sup>) a la luz del artículo 117 de la Constitución<sup>3</sup> - que, como veremos, también ha reconocido *a posteriori* formalmente el principio de primacía del derecho de la UE - y por un progresivo enfrentamiento entre jueces comunes (es decir, ordinarios y administrativos) y el Tribunal Constitucional con referencia a la *vexata questio* de la inaplicación del derecho nacional a la luz del CEDH.

Como advertiremos, para solucionar el problema, el Tribunal Constitucional quiso centralizar el control de convencionalidad (*contrôle de conventionnalité*), incorporándolo en el área de constitucionalidad y aceptando “comprometerse” entonces en cuestiones de conflicto entre el derecho del CEDH y el derecho nacional (probablemente por la ausencia, en el caso del CEDH, de un mecanismo comparable al procedimiento prejudicial contenido en el artículo 267 del TFUE que garantiza un papel central al juez común nacional). Otro elemento característico ha sido la doctrina de los contra-límites, que sigue teniendo actualmente un sentido particu-

---

2 LAVAGNA, Carlo, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della “manifesta infondatezza”*, Giuffrè, Milano, 1957, at 28; SICLARI, Massimo, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, C.E.D.A.M., Padova, 1992. “Scholars have minted the wording ‘interposed provision’ to individualize the cases in which a constitutional standard can be invoked only indirectly in a constitutional judicial proceeding, because different primary provisions are inserted between the constitutional standard and the reported provisions (suspected of being unconstitutional)”. BIONDI DAL MONTE, Francesca y FONTANELLI Filippo, “The Decisions Nos. 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: The Efficacy of the European Convention in the Italian Legal System”, 7 *German Law Journal* (2008) 891, 897.

3 NAPOLI, Cristina “La Corte dinanzi ai ‘vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario’: tra applicazione dell’art. 117, primo comma e rispetto dei poteri interpretativi della Corte di Giustizia”, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)



lar en la jurisprudencia italiana y representa el verdadero punto de distinción entre el derecho del CEDH y el derecho de la UE según la *Corte Costituzionale*.

Mientras se exige que el CEDH respete toda la Constitución (no so su núcleo esencial), al derecho de la UE se le impone el respeto de los contra-límites. Esto es consecuencia de la diferente cobertura constitucional que esos derechos reciben por la Carta fundamental italiana según el Tribunal Constitucional: al derecho de la UE se aplican un conjunto de normas (entre otras el artículo 11 concerniente a la cesión de soberanía) que sólo en parte son aplicables al CEDH.

## II. LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO: UNA PANORÁMICA DE LAS PREVISIONES RELEVANTES

Italia se caracteriza por una fuerte tradición dualista. Hay dos disposiciones fundamentales de la Constitución italiana relativas a la relación entre el derecho internacional y nacional: los artículos 10<sup>4</sup> y 11<sup>5</sup>.

Estos dos artículos constituyen la primera diferencia importante que existe en este campo en Italia, la distinción entre las normas generales del derecho internacional y los tratados internacionales.

En cuanto a las primeras, el artículo 10 establece un procedimiento automático de adopción, en el sentido de que tales normas se incorpo-

---

4 “L’ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l’effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d’asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge.

Non è ammessa l’extradizione dello straniero per reati politici”.

5 “L’Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.”

ran directamente en el sistema italiano. Según los estudiosos italianos, las normas generales del derecho internacional (que corresponderían al derecho internacional consuetudinario) pertenecen al nivel constitucional<sup>6</sup>.

De acuerdo con algunos autores, el derecho consuetudinario internacional vigente antes de la entrada en vigor de la Constitución italiana podría prevalecer sobre las disposiciones constitucionales (debido a la aplicación del criterio cronológico), pero esto no se aplica con respecto a los principios que pertenecen al núcleo intocable señalado por el artículo 139 de la Constitución a través de la ambigua fórmula de “forma republicana” (este núcleo intocable, según la sentencia n. 1146/1988, incluye también los supremos principios incluidos en la primera parte de la Constitución italiana<sup>7</sup>).

En cuanto a los tratados internacionales, en ciertos casos es necesario que exista una ley nacional que los transforme en derecho nacional; sin embargo, no se requiere la intervención del legislador nacional para todos los tratados, ya que el artículo 80 constitucional<sup>8</sup> establece la necesidad de una legislación que autorice la ratificación solo con referencia a algunos tratados particulares. El procedimiento de ratificación se rige también por el artículo 87<sup>9</sup>, que reconoce al Presidente de la República la competencia para ratificar los tratados

---

6 DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 2004, 32.

7 Para una panorámica sobre este debate: CASSESE, Antonio ‘Commento art.10 della Costituzione’, en BRANCA, Giuseppe (ed.), *Commentario della Costituzione*, vol. *Principi fondamentali*. Artt.1-12, Zanichelli, Bologna, 1975, 485, 502. Según Quadri, el procedimiento automático debería ser aplicado también a los tratados internacionales, pero ésta es una visión minoritaria. Dicha teoría se basa en el hecho que uno de los principios generales del derecho internacional es el principio *pacta sunt servanda*. QUADRI, Rolando, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Nápoles, 1989, 64.

8 “Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi.”.

9 “Il Presidente della Repubblica è il capo dello Stato e rappresenta l’unità nazionale.

Può inviare messaggi alle Camere ...

Accredita e riceve i rappresentanti diplomatici, ratifica i trattati internazionali, previa, quando occorra, l’autorizzazione delle Camere”.

internacionales. Cuando se requiere la intervención de las cámaras, el Parlamento interviene con una ley. Según la mayoría de los expertos, esto confiere una fuerza primaria en la jerarquía de la ley nacional a las normas derivadas de los tratados internacionales. A pesar de ello, la Constitución italiana reconoce una fuerza especial a las leyes relacionadas con las obligaciones internacionales. El artículo 75, párrafo 2 (dedicado al referéndum), establece que: “No se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales”.

Además de los artículos 10 y 11, otra disposición fundamental está consagrada en el artículo 117, que se discutirá más adelante. Esto explica por qué, desde el principio, tanto el CEDH como la legislación comunitaria se consideraron como fuentes primarias en el ordenamiento jurídico italiano.

Otra característica importante del ordenamiento jurídico italiano es el hecho de que, a diferencia de otros países como Portugal y España, no se otorga un valor específico a los tratados de derechos humanos. Este es otro punto importante a considerar al analizar los acontecimientos judiciales de la *Corte Costituzionale* en este campo.

El nuevo apartado 1 del artículo 117 de la Constitución italiana, consagra expresamente el límite que las obligaciones supranacionales representan para la legislación nacional, al establecer que: “el Poder Legislativo será ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos de la Constitución, así como de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los compromisos internacionales”. En cuanto a la jurisprudencia, veremos que esta disposición provocó innovaciones interesantes en la doctrina del Tribunal Constitucional italiano. Poco después de la reforma, la interpretación de esta disposición creó una división entre los estudiosos<sup>10</sup>. Según algunos, el artículo 117, apartado 1, simplemente codificó la situación preexistente, como si fuera una especie de asentimiento escrito *a posteriori*

---

10 CHIEPPA, Roberto, ‘Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte costituzionale’, [2007] *Il Diritto dell’Unione Europea* 493, 499 ff; RUGGERI, Antonio ‘Riforma del titolo V e giudizi di ‘comunitarietà’ delle leggi’, 2007, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/ordinamentieuropei/ruggeri.html>

sobre la primacía<sup>11</sup> europea. Otra parte de la doctrina destacó la importancia de la posición constitucional dada a la primacía europea, y afirmaron que el artículo 117 allanó el camino para la aceptación de la tesis monista<sup>12</sup>.

### III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELEVANTE EN MATERIA DE DERECHO DE LA UNIÓN: UNA BREVE PANORÁMICA

El Tribunal Constitucional contempló originalmente la base para la aceptación del derecho comunitario (y de su primacía y efecto directo) en el artículo 11 de la Constitución italiana<sup>13</sup>. Esta aceptación,

- 
- 11 PINELLI, Cesare, ‘I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l’ordinamento comunitario’ (2001) 5 *Foro italiano* 194.
- 12 PATERNITI, Francesco ‘La riforma dell’art. 117, 1° co. della Costituzione e le nuove prospettive dei rapporti tra ordinamento giuridico nazionale e Unione Europea’ [2004] *Giur. Cost.*, no. 2, 2101; PAJNO, Alessandro, ‘Il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario come limite alla potestà legislativa nel nuovo Titolo V della Costituzione’ [2003] *Le Istituzioni del federalismo*, 814.
- 13 Sobre la relación entre el derecho de la Unión y la Constitución italiana: CARTABIA, Marta, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995; CARTABIA, Marta y Alfonso Celotto, “La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza”, *Giur. Cost.*, 2002, 4477 ss.; CARTABIA, Marta y WEILER, Joseph H.H., *L’Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000. DONATI, Filippo *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1995; LA PERGOLA, Antonio “Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all’effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio”, *Giur. cost.*, 2003, 2419 ss.; TIZZANO, Antonio “Die Italienische Corte Costituzionale und der Gerichtshof der Europäischen Union”, *Europäische Grundrechte Zeitung*, 2010, 1 ss; TIZZANO, Antonio, “La Corte di giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2005, 839-852; TIZZANO, Antonio, “Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2007, 734-744; MORBIDELLI, Giuseppe “La tutela dei diritti tra la Corte del Lussemburgo e Corte Costituzionale”, in Giuseppe Morbidelli y Francesco Donati (a cura di), *Una costituzione per l’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 9-61. PACE, Alessandro, “La sentenza Granital, ventitré anni dopo”, [www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/ordinamentieuropei/La%20sentenza%20Granital,%2023%20anni%20dopoII.pdf](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/ordinamentieuropei/La%20sentenza%20Granital,%2023%20anni%20dopoII.pdf) (luego publicada también en *Studi sull’integrazione europea*, 2007, 451-467); SORRENTINO, Federico, “La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea”, en *Quaderni costituzionali*, 1993, 81 ss.; SORRENTINO,

sin embargo, no se produjo inmediatamente. Por el contrario, fue el resultado de una larga serie de decisiones, provocadas principalmente por la ausencia de una cláusula europea explícita.

De hecho, el artículo 11 fue concebido originalmente para hacer frente a la pertenencia de Italia a las organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, y no para justificar el derecho supranacional (un fenómeno que no se conocía cuando la Constitución italiana entró en vigor). En este sentido, un cambio muy importante fue la reforma constitucional, en el año 2001, del Título V de la segunda parte de la carta fundamental italiana a través de la cual se modificaron los contenidos del artículo 117.

Para describir sintéticamente la jurisprudencia constitucional italiana en este ámbito voy a centrarme en tres elementos: la doctrina de la impermeabilidad<sup>14</sup>, la doctrina de los contra-límites y el progresivo abandono del auto-aislamiento del Tribunal Constitucional italiano.

Si echamos un vistazo a la historia de la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* en relación con el derecho de la UE, es posible notar una salida progresiva de la visión dualista pura que la Corte había adoptado al principio. A lo largo de los años esta pureza se superó y el Tribunal Constitucional – refiriéndose a la relación entre ordenamiento interno y supranacional – en un segundo momento comenzó a hablar de dos “sistemas jurídicos coordinados, pero autónomos e independientes”<sup>15</sup>. En este sentido, se puede hablar de una (limitada)

---

Federico, “Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, 1355-1361; SORRENTINO, Federico, “Ai limiti dell’integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni?”, *Politica del diritto*, 1994, 189-201; SPERDUTI, Giuseppe, “Un chiarimento in diritto comunitario e diritto interno”, *Rivista diritto internazionale*, 1979, 72-75; SPERDUTI, Giuseppe, “Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana e della Corte di giustizia delle Comunità europee: un dissidio da sanare”, *Giur. Cost.*, 1978, 791-819; BIN, Roberto, “Gli effetti del diritto dell’Unione nell’ordinamento italiano e il principio di entropia”, in AA.VV., *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Jovene, Napoli, 2011, 363-383.

14 FONTANELLI, Filippo y MARTINICO, Giuseppe, “Between procedural impermeability and constitutional openness: the 102 and decision of the Italian Constitutional Court”, *European Law Journal*, 2010, 345-364.

15 Corte Costituzionale, decisiones n. 183/73 y n. 170/84, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

flexibilización del concepto de soberanía,<sup>16</sup> con referencia a esta progresiva evolución de la jurisprudencia italiana.

A pesar de este acercamiento, la ampliación de competencias de la Unión (y antes de las Comunidades) a menudo ha dado lugar a un cierto grado de tensión entre el poder del Tribunal italiano y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cada vez que entra en juego el reparto de competencias.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia ha obtenido progresivamente la confianza de los jueces ordinarios nacionales, que desempeñan un papel fundamental también en el proceso de control de constitucionalidad en el ámbito nacional. Tal influencia se tradujo en ciertos casos en el deterioro de la relación entre los jueces ordinarios y el Tribunal constitucional: cada vez que los jueces ordinarios quieren obtener una explicación acerca de la relación entre el derecho de la Unión y derecho nacional (incluso a nivel constitucional a veces), no se refieren a la *Corte Costituzionale*, sino al TJUE.

Esto es una consecuencia de la situación de auto-aislamiento del Tribunal constitucional italiano, que normalmente prefiere no abordar cuestiones relativas a la relación entre ordenamientos jurídicos. Basta recordar aquí que, en 2002, el Tribunal Constitucional resolvió solamente diez casos (de 500 en total<sup>17</sup>) relacionados con el ordenamiento jurídico comunitario.

Con referencia a la jurisprudencia constitucional sobre la posición del derecho comunitario en el ordenamiento interno, originalmente, en la sentencia 14/1964,<sup>18</sup> la Corte italiana interpretó la relación entre derecho interno y derecho comunitario a la luz del criterio cronológico, *lex posterior derogat priori* (ya que el acto nacional que cubre formalmente los efectos del derecho comunitario es una ley).

---

16 En cierto sentido parecido a lo señalado por FERRERES COMELLA, Víctor 'La Constitución española ante la clausola de primacía del Derecho de la Unión europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional 1/2004', en Antonio López Castillo, Alejandro Saiz Arnaiz and Victor Ferreres Comella (eds), *Constitución española y constitución europea* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, 77, 80-89.

17 CARTABIA, Marta y CELOTTO, Alfonso 'La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza', (2002) *Giurisprudenza Costituzionale*, 4477.

18 Corte Costituzionale, sentencia n.. 14/1964, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

Más tarde, en la sentencia 183/1973<sup>19</sup> la Corte cambió su posición y afirmó que la base constitucional de la primacía de la legislación comunitaria se encontraba en el artículo 11 de la Constitución italiana.

Como se ha dicho ya, esta disposición fue concebida originalmente para justificar la pertenencia de Italia a las Naciones Unidas. La adhesión a la UE, de hecho, impone limitaciones a la soberanía de los objetivos que van claramente más allá de la paz y la justicia entre las naciones, por lo tanto el Tribunal Constitucional se vio obligado a “manipular” el significado original del artículo 11, con el fin de adaptarse a estas limitaciones. La consecuencia de esto fue la centralización del control sobre los conflictos entre derecho comunitario y derecho nacional.

En el 1984<sup>20</sup>, el Tribunal Constitucional italiano empezó a aceptar que el juez ordinario ejerciera el control del respeto de la primacía comunitaria a la luz de la doctrina *Simmenthal*<sup>21</sup>, intentando conciliar esta apertura con su monopolio en el control de constitucionalidad. Técnicamente, según el Tribunal Constitucional italiano, el juez nacional no puede anular las normas nacionales en conflicto con el derecho supranacional (ya que el juez nacional común no realiza un control de validez, cosa que implicaría la pertenencia de ambas normas al mismo sistema normativo); solamente puede dejar de aplicar la norma nacional incompatible con el derecho comunitario provisto de efecto directo (tratándose de reglamentos, pero lo mismo es aplicable también para ciertos tipos de directivas -como sucedió en el auto 64/1990- y para las sentencias interpretativas que doten de significado a normas de derecho de la Unión Europea (UE) provistas de efectos directos (véanse las sentencias 113/1985<sup>22</sup> y 389/1989).<sup>23</sup> En este sentido, la inaplicación implica una suspensión de eficacia y el juez nacional actúa con un control que insiste en la eficacia y no en la validez del derecho nacional.

---

19 Corte Costituzionale, sentencia n. 183/1973, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

20 Corte Costituzionale, sentencia n. 170/1984, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

21 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v Simmenthal SpA.*, Case 106/77, ECR 1978, p. 629.

22 Corte Costituzionale, sentencia n. 113/1985, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

23 Corte Costituzionale, sentencia n. 389/1989, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional trató de mantener papel propio sin excepciones. De hecho, casi todos los tribunales constitucionales europeos, en principio, se negaron a aceptar las visiones monistas peligrosas, con el fin de preservar la identidad constitucional de sus ordenamientos jurídicos<sup>24</sup>.

Además, el Tribunal Constitucional italiano también ha levantado algunas barreras (los ‘*controlimiti*’<sup>25</sup>) contra la penetración de la legislación comunitaria, en caso de una potencial violación de los principios fundamentales que la *Corte Costituzionale* está obligada a proteger. Así, otra característica del enfoque del Tribunal Constitucional italiano frente al derecho de la UE es sin duda la doctrina de los contra-límites, elaborada por el Tribunal Constitucional en el 1973<sup>26</sup>, poco después de la famosa decisión *Internationale Handesgesellschaft*<sup>27</sup> del Tribunal de Justicia de la UE.

En *Internationale Handesgesellschaft*, el TJUE afirmó la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional, incluidos los principios constitucionales nacionales<sup>28</sup>.

Al respecto, la posición italiana - junto con la alemana - es relevante para una comprensión completa de las razones de la “resistencia” de los tribunales constitucionales frente a la doctrina del TJUE. Los tribunales constitucionales han pretendido mantener su propio papel (el de guardianes de la identidad constitucional nacional), sin excepciones. Para hacerlo se han levantado algunas barreras definiti-

---

24 Sobre este punto, véase CARTABIA, Marta *Principi inviolabili e integrazione europea* (Giuffrè 1995), más recientemente, sobre el 4.2 TUE, CLOOTS, Elke, *National Identity in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, MILLET, F, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, L.G.D.J, Paris, 2013.

25 BARILE, Paolo, ‘Ancora su diritto comunitario e diritto interno’, nn *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, VI, (Firenze, 1969), 49.

26 Corte Costituzionale, sentencia n. 183/1973, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

27 TJUE 11/70 *Internationale Handesgesellschaft* [1970] ECR 1125.

28 “La alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado”



vas contra la penetración del derecho de la UE con el fin de definir los principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos.

Hipotéticamente, si una disposición de la UE entrase en conflicto con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico nacional, el Tribunal Constitucional podría declarar la inconstitucionalidad de la ley nacional de ejecución de los Tratados europeos, provocando una “ruptura” entre los ordenamientos jurídicos nacionales y el derecho supranacional. Los Tribunales Constitucionales de hecho normalmente tienen jurisdicción sobre la legislación nacional (incluyendo las leyes nacionales y la ejecución de los tratados), pero no sobre las provisiones comunitarias. Estas últimas están más allá de su jurisdicción, ya que, de acuerdo con su argumentación, pertenecen a otro orden legal.

A partir de este enfoque, se puede entender por qué el Tribunal Constitucional ha negado la posibilidad de evaluar la validez de las disposiciones del derecho de la UE, ya que la aceptación de esta opción implicaría la adhesión a la teoría monista. A través de una ficción legal (en la cual el Tribunal asume el control de la validez de la ley de ejecución porque pertenece al ordenamiento), el Tribunal Constitucional trata de defender el núcleo duro del ordenamiento jurídico mediante la preservación de la autonomía formal.

La identificación de estas barreras a la integración europea representa la esencia de la doctrina de los contra-límites (*dottrina dei controlimiti*), elaborada por el Tribunal Constitucional italiano en la sentencia *Frontini*<sup>29</sup> (pero véase también el asunto 170/84, la sentencia *Granital*<sup>30</sup>). La consecuencia de una posible declaración de inconstitucionalidad de la ley de ejecución de los tratados europeos podría significar la retirada de Italia de la UE. De acuerdo con Cartabia<sup>31</sup>,

---

29 Corte Costituzionale, sentencia n.183/1973, *Frontini*: [1974] 2 CMLR 372.

30 Corte Costituzionale, sentencia n.170/1984, *Granital*: [1984] CMLR 756: ‘*nella sent. n. 183 del 27 dicembre 1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana*’. Sobre este punto, véase CARTABIA, Marta, *Principi inviolabili* cit. (Giuffrè 1995).

31 CARTABIA, Marta, *Principi inviolabili*, cit. 110.

en estos dos casos el control sobre los contra-límites se concibe como una forma de llevar a cabo un control excepcional sobre el respeto de las condiciones de constitucionalidad de la adhesión de Italia a la UE.

A la luz de esta reconstrucción, los contra-límites funcionan como condiciones para evaluar la legitimidad de las limitaciones de la soberanía aceptadas a la luz de la adhesión de Italia a las Comunidades (yo a la Unión). Más adelante (con la decisión núm. 232/1989, la sentencia *Fragd*<sup>32</sup>), la naturaleza de la doctrina de los contra-límites cambió, transformándose de un control excepcional en un control “ordinario” de la compatibilidad del derecho UE con los principios fundamentales de la Constitución. En este sentido, como ha escrito Cartabia, “*i ‘controlimiti’ concepiti all’origine come condizioni di limitazioni di sovranità divengono una limitazione al primato del diritto comunitario*”<sup>33</sup>.

De hecho, en la sentencia *Fragd*, el Tribunal Constitucional italiano admitió implícitamente que el posible conflicto con la Constitución no sería motivo de nulidad de la ley de ejecución del Tratado CE, sino solo la no aplicabilidad de la norma de la UE<sup>34</sup>.

Otro elemento de desacuerdo entre el Tribunal Constitucional italiano y el TJUE ha sido, por muchos años, la reticencia del primero a concebirse como juez a la luz del artículo 267 del TFUE (el antiguo artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea). Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional italiano, tratando de combinar los fundamentos de la supremacía constitucional y de la primacía del derecho comunitario (utilizando la terminología del Tribunal Constitucional español<sup>35</sup>), ha evitado tradicionalmente utilizar el derecho comunitario como parámetro de constitucionalidad.

Después de la aceptación de la doctrina *Simmenthal*, que convierte al juez común en el verdadero defensor del derecho de la UE, el Tri-

---

32 Corte Costituzionale, sentencia n. 232/1989, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). In English: *Fragd* (1990) 27 CML Rev 93.

33 CARTABIA, Marta y WEILER, Joseph H.H, *L'Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000, 172.

34 *Ibidem*.

35 Tribunal Constitucional de España, declaración n. 1/2004, [www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)

bunal Constitucional italiano ha intentado aislarse de todo lo concerniente a los conflictos entre derecho nacional y derecho de la Unión, concibiéndolos como conflictos de legalidad y no de constitucionalidad<sup>36</sup>.

A lo largo de los años esto ha producido una impermeabilidad de la jurisprudencia constitucional al derecho de la UE que se combinaba con la reticencia de plantearle cuestiones prejudiciales al TJUE.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano ha admitido progresivamente algunas excepciones a esta impermeabilidad, es decir, algunas situaciones en las que esta doctrina podía ser mitigada. Estas excepciones pueden ser esquemáticamente las siguientes:

1. Los procedimientos por vía principal (o directos)<sup>37</sup>
2. Los casos de conflicto entre las normas nacionales y las normas del derecho de la Unión que carezcan de efecto directo (en este caso no es utilizable el instrumento de la inaplicación);<sup>38</sup>
3. Casos de violación de los contra-límites nacionales;<sup>39</sup>

---

36 Corte Costituzionale, sentencias n. 384/1994 y n. 94/1995, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) Sobre el funcionamiento del control de constitucionalidad en Italia véase: ROMBOLI, Roberto “El control de constitucionalidad de las leyes en Italia”, *Teoría y realidad constitucional*, 1999, 179-205. En Italia el control de constitucionalidad puede articularse por dos vías: por vía principal o directa (es decir, un procedimiento donde el Estado o las Regiones pueden impugnar una ley regional o estatal) y otro por vía incidental o indirecta (es decir, un procedimiento originado por una cuestión de constitucionalidad planteada por un juez común en el curso de un juicio).

37 Art. 127 de la Constitución italiana: “Cuando el Gobierno estime que una ley regional excede de la competencia de la Región, podrá plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a su publicación.

Cuando una Región estime que una ley o un acto con fuerza de ley del Estado o de otra región lesiona su ámbito de competencia, podrá entablar una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de la ley o del acto con fuerza de ley”.

38 Como se ha dicho también en *Granital* (Corte Costituzionale, n. 170/84 cit.), véase COSTANZO, Pasquale, Luca Mezzetti y Antonio Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006, 284.

39 Corte Costituzionale, sentencias n. 183/73 y 170/84 cit.

4. En el caso del control sobre la admisibilidad del referéndum abrogativo: en las sentencias 64/1990<sup>40</sup> y 41/2000<sup>41</sup>, por ejemplo, unas directivas comunitarias se consideraron relevantes para el control de admisibilidad, ya que su contenido condujo al rechazo de las propuestas de referéndum que tenían como intención abrogar normas nacionales adoptadas para cumplir con las obligaciones europeas (véase también la sentencia n. 45/2000<sup>42</sup>). De esta manera, la Corte amplió el límite establecido en el art. 75 de la Constitución italiana, según la cual “no se admitirá el referéndum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales”; y
5. En caso de choque permanente entre las normas internas y los principios fundamentales de la Unión<sup>43</sup>.

La distinción entre los procedimientos directos e indirectos (es decir, principal e incidental) es crucial para entender las recientes evoluciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derecho de la UE.

Al faltar en los procedimientos por vía principal, el rol del juez común (que, como hemos visto, es el defensor principal de la primacía del derecho UE a la luz de la doctrina *Simmental*), el Tribunal Constitucional tuvo que aceptar su –involucramiento– participación en los casos de conflicto con el derecho de la UE en las sentencias 384/1994 y 94/1995.

En particular, en la sentencia n. 384/1994 el Tribunal Constitucional reconoce que, debido a la dinámica particular de los procedimientos directos, su negativa a considerar las cuestiones de conflicto con el derecho UE implicaría una peligrosa brecha en la protección de los derechos y una violación del principio de seguridad jurídica.

---

40 Corte Costituzionale, sentencia n. 64/1990, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

41 Corte Costituzionale, sentencia n. 41/2000, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

42 Corte Costituzionale, sentencia n. 45/2000, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Véase CARTABIA, Marta y WEILER, Joseph H. H. *L'Italia in Europa* Mulino, Bolonia, 2000, 188.

43 Corte Costituzionale, sentencia n.286/1986, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

Por lo tanto, se puede decir que, debido a las características únicas de los procedimientos por vía principal, la posibilidad de involucrar a la Corte Constitucional se justifica sólo por la ausencia del juez ordinario. A la luz de esta distinción, en la sentencia 129/2006, la *Corte Costituzionale* declaró que -como ya había tenido la oportunidad de aclarar (véase las sentencias n. 406/2005 y 166/2004)- las directivas de la Unión pueden funcionar como normas interpuestas (“*norme interposte*”), integrando el contenido del art. 117, apartado 1, de la Constitución que, como hemos visto, reconoce en las obligaciones supranacionales un límite a la potestad legislativa.

No extraña entonces, que en el procedimiento por vía principal el Tribunal Constitucional haya aceptado plantear, a partir del 2008, la cuestión prejudicial al TJUE. En efecto, el 15 de abril de 2008<sup>44</sup>, por primera vez en su historia, la *Corte Costituzionale* italiana acordó remitir una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional italiano limitó su decisión de remisión a los procedimientos directos, enfatizando la estructura diferente que caracteriza al proceso indirecto del control de constitucionalidad.

Coherentemente con su jurisprudencia anterior, el auto del Tribunal Constitucional se basa mucho en la distinción entre el procedimiento directo (donde el Tribunal Constitucional actúa como verdadero juez, que decide sobre un litigio entre dos partes, Estado y Regiones) e indirecto (que es un procedimiento “sin partes”<sup>45</sup> y donde el verdadero juzgador de la cuestión es el juez remitente).

Sin embargo, recientemente, el Tribunal constitucional italiano cambió otra vez su jurisprudencia y planteó una cuestión prejudicial incluso dentro de un procedimiento incidental<sup>46</sup>. Esa decisión fue vis-

---

44 Corte Costituzionale, auto n. 103/2008, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) Véase también la sentencia 102/2008, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

45 Véase el libro de Roberto Romboli, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti* (Giuffrè, 1985).

46 Corte Costituzionale, auto n. 207/2013, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Véase GUA-STA-FERRO, Barbara, “La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull’ordinanza n. 207 del 2013”, at: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/ima->

ta como un punto de inflexión, ya que el Tribunal constitucional así paso de una forma de diálogo que había sido visto como “parcial” a un “diálogo pleno”<sup>47</sup>.

Sin embargo, cuando el Tribunal constitucional no aceptaba el mecanismo del artículo 267 del TFUE, esta estrategia tampoco conducía directamente a la denegación automática de cualquier forma de diálogo con el TJUE. Por el contrario, en aquellos años, el Tribunal italiano había ideado algunas formas alternativas de diálogo (lo que en otros escritos llamé “*hidden dialogue*”, o diálogo escondido<sup>48</sup>) con el Tribunal de Luxemburgo con el fin de llegar a un compromiso necesario entre el respeto a las obligaciones de la UE y la preservación del núcleo constitucional.

Por diálogo escondido quiero decir todo un conjunto de técnicas jurisprudenciales plasmadas por los Tribunales Constitucionales que les han permitido dialogar con el TJUE, independientemente de la aceptación del procedimiento prejudicial (que representa la vía oficial y formal de diálogo<sup>49</sup>).

---

ges/stories/pdf/documenti\_forum/giurisprudenza/2013/0028\_nota\_207\_2013\_guastafarro.pdf

- 47 POLLICINO, Oreste, “From partial to full dialogue with Luxembourg: The last cooperative step of the Italian Constitutional Court”, *European Constitutional Law Review*, 1, 2014, 143.
- 48 Véase MARTINICO, Giuseppe “Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring The Techniques Of ‘Hidden Dialogue’”, *King’s Law Journal*, 2010, 257-281. “From the domestic courts’ perspective, there are two ways of interacting with the ECJ. One is the ‘official’ route provided by article 267 TFEU (although this is entirely governed by the interpretative rival, the ECJ). The other is the parallel and informal route whose dynamics are mostly discretionary, where both the procedures and the outcome of such interaction can be negotiated. Constitutional courts have historically preferred the latter method, and one can easily understand why, if we evoke, once again, the idea of interpretive competition. Given the fact that the game within the ambit of the preliminary ruling is governed by the European treaties, which represent the fundamental charters of the competitor (the ECJ), national courts should experience a loss of interpretative sovereignty”, MARTINICO, Giuseppe “Multiple loyalties and dual preliminary: The pains of being a judge in a multilevel legal order”, *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 871-896, 887.
- 49 “Basically, the term “hidden” refers to the origin of such a dialogue: this dialogue is hidden because it is not formalized according to the wording of the European

En mi opinión, estas técnicas de diálogo escondido no se perderán. En cambio, mi impresión es que en un futuro próximo el Tribunal Constitucional italiano se basará en este tipo de modo alternativo de diálogo en el ámbito del procedimiento indirecto, sobre todo en el mecanismo de la doble prejudicialidad (*doppia pregiudizialità*<sup>50</sup>).

De acuerdo con la técnica de la doble prejudicialidad, el Tribunal Constitucional puede ser llamado a resolver una cuestión de inconstitucionalidad en relación con una norma italiana en casos donde esta cuestión prejudicial está fuertemente vinculada a otra cuestión prejudicial planteada de forma contemporánea al TJUE (ya sea por el mismo o por otro juez remitente) sobre el significado o la validez de un acto de la UE.

---

Treaties (it is non-codified). It is hidden because it is “unexplored” by the literature (which has paid attention to the preliminary ruling mechanism). Finally, it is hidden because it represents an alternative channel of dialogue if compared with the “official” route represented by the machinery set up by article 267 TFEU. Hidden dialogue demonstrates how even actions and behaviors conceived with competitive spirit can have a systemic impact, resulting in a contribution to the modification of some of the fundamental principles of the system (here understood as the multilevel legal order).” MARTINICO, Giuseppe “Multiple loyalties and dual preliminary, cit. 889. Identifiqué las siguientes técnicas de diálogo escondido:

- a) Introducción de un nuevo escalón en la jerarquía de las fuentes jurídicas (Tribunal Constitucional de España, sentencia n. 28/1991);
- b) Distinción entre ‘primacía’ y ‘supremacía’ (Tribunal Constitucional de España, declaración No. 1/2004);
- c) Admisibilidad del ‘recurso de amparo’ contra la negativa de los jueces nacionales a plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE (Tribunal Constitucional de España, sentencia n. 58/2004);
- d) Reconocimiento del efecto *erga omnes* para las sentencias interpretativas del TEJ (Corte Costituzionale italiana, sentencias n.. 113/1985 y 389/1989);
- e) La doble prejudicialidad: (*doppia pregiudizialità*) Corte Costituzionale italiana, auto n. 165/2004 y 536/1995);
- f) Distinción entre ‘desaplicación’ y ‘no-aplicación’ (Corte Costituzionale, sentencia n. 168/91).

50 Sobre la doble prejudicialidad, véase: CARTABIA, Marta, ‘Il processo costituzionale: l’iniziativa..Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di ‘doppia pregiudizialità’, comunitaria e costituzionale’, [1997] 5 *Il Foro italiano* 222. CARTABIA, Marta, “Taking Dialogue Seriously”. The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union’, Jean Monnet Working paper, 12/07, 2007, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/071201.html>

En este escenario, tenemos dos procedimientos prejudiciales: uno concerniente a la constitucionalidad de una ley nacional (ante el Tribunal Constitucional italiano) y otro pendiente ante el TJUE (sobre la validez o interpretación de una norma de la UE).

Si estos dos procedimientos están muy relacionados, el Tribunal Constitucional italiano puede decidir ya sea devolver la cuestión (declarándola ‘inadmisible’) al juez común (como en la auto n. 536/1995) o bien ‘esperar’ que el Tribunal de Justicia se pronuncie antes de decidir su cuestión de constitucionalidad (auto n. 165/2004). De esta manera, el Tribunal Constitucional le reconoce una prioridad interpretativa a las cuestiones pendientes ante el Tribunal de Justicia y *de facto* suspende su propio juicio, posponiendo la decisión.

Más recientemente, surgieron tensiones, especialmente tras Taricco<sup>51</sup>, en la relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la UE. Taricco es una sentencia emitida por el TJUE “concerning alleged VAT fraud against the national budget” y, en particular, sobre la cuestión de los plazos de prescripción para los delitos penales. Después de la entrega de esta decisión, el Tribunal Constitucional italiano planteó una cuestión preliminar<sup>52</sup> invocando el Artículo 4 (2) TUE en relación con el respeto de la identidad nacional e intentó inducir al Tribunal de Luxemburgo a repensar Taricco. De hecho, en MAS, el TJUE en parte cambió de opinión, reconociendo que: “El artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a no aplicar, en el marco de un procedimiento penal que se refiere a infracciones relativas al impuesto sobre el valor añadido, disposiciones internas en materia de prescripción comprendidas en el Derecho material nacional que impiden la imposición de sanciones penales efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea o que establecen en el caso de fraudes que afecten a dichos intereses financieros plazos de prescripción más cortos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate, a menos que la mencionada inaplicación implique una violación del principio de legalidad de los

---

51 TJUE, C105/14 *Taricco and Others* ECLI:EU:C:2015:555.

52 Corte costituzionale, auto n 24/2017. [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).



delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción”<sup>53</sup>.

Las reflexiones planteadas por la doctrina tras la saga de Taricco (y la “continuación” representada por las decisiones 115/2018<sup>54</sup>. e, incluso antes, en el *obiter dictum* de la sentencia 269/2017 del Tribunal Constitucional<sup>55</sup>) confirman la centralidad de los conflictos constitucionales en la fase actual del derecho europeo. Muchos habían hablado del rechazo de la doctrina Simmenthal<sup>56</sup>. En aquella sentencia el Tribunal italiano se centraba en la posibilidad de una doble violación del mismo derecho, garantizado al mismo tiempo por la Constitución italiana y por la Carta de los derechos fundamentales de la UE:

*Occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell’Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione, come è accaduto da ultimo in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene (Corte di giustizia dell’Unione europea, grande sezione, sentenza 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17, M.A.S, M.B.)<sup>57</sup>*

A la luz de esto el Tribunal constitucional afirmaba que:

*In linea con questi orientamenti, questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni*

53 TJUE; C-42/17, MAS and MB, ECLI:EU:C:2017:936

54 Corte costituzionale, sentenza 115/2018.

55 Corte costituzionale, sentenza 269/2017.

56 Sobre el. “mandato Simmenthal” se vea: CLAES, Monica, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*, Oxford, 2006.

57 Corte costituzionale, sentenza 269/2017. [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

*di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE*<sup>58</sup>.

¿Qué quiere decir esto?, ¿Que el juez *a quo* tiene que plantear la cuestión de constitucionalidad antes que la prejudicial? La verdad es que en la sentencia se hacía referencia al principio de leal cooperación y se mencionaban dos casos del TJEU, Melki<sup>59</sup> y A.c B<sup>60</sup>, donde el TJUE había excluido la posibilidad de posponer el planteamiento de la cuestión prejudicial para dar primero la palabra al Tribunal constitucional nacional.

De hecho, esta lectura subversiva de la doctrina Simmethal ha sido rechazada por el mismo Tribunal constitucional en las siguientes sentencias n. 20/2019<sup>61</sup> y 63/2019<sup>62</sup> y en el auto 117/2019.<sup>63</sup> Ahora queda claro que en ningún caso la efectividad de los remedios judiciales supranacionales está puesta en duda, lo que pasa es que el Tribunal constitucional, a la luz de la progresiva emersión de los derechos fundamentales de la UE, quiere ser involucrada en aquellos casos que pueden representar al mismo tiempo una violación del derecho europeo e interno. ¿Por qué? Porque sus sentencias, a diferencia de las del TJEU dentro del procedimiento prejudicial, tienen efectos *erga omnes*. Al mismo tiempo, en línea con el Tribunal constitucional de Austria, la *Corte costituzionale* lanza un mensaje al TJUE, en el sentido que la Corte controlará que el art. 6 sea interpretado de manera conforme a las tradiciones constitucionales comunes:

*Pertanto, le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (ex artt. 11 e 117 Cost.), secondo l'ordine di volta in volta appropriato, anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpre-*

58 Corte costituzionale, sentenza 269/2017, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

59 TJUE, C-188/10 e C-189/10, Melki, ECLI: ECLI:EU:C:2010:363.

60 TJUE, C-112/13 – A, A c. B, ECLI:EU:C:2014:2195.

61 Corte costituzionale, sentenza 20/2019, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

62 Corte costituzionale, sentenza 63/2019, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

63 Corte costituzionale, ordinanza 117/2019, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

*tati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito*<sup>64</sup>.

#### IV. EL CONVENIO EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ITALIANO

Para apreciar la evolución de la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* italiana, se debe empezar por el tema de la posición original de la Consulta, la cual refleja la ya mencionada concepción dualista de la relación entre el CEDH y el derecho nacional.

Como la entrada del CEDH en el ordenamiento jurídico italiano ocurrió a través de una ley ordinaria (Ley 848/1955), el Tribunal Constitucional italiano ha considerado, por mucho tiempo y con ciertas excepciones, el CEDH como fuente siempre de nivel primario, con la consiguiente aplicación del criterio *lex posterior derogat priori* en el caso de conflicto entre la ley que cubre el CEDH y otra norma italiana. Este fue el caso hasta la década de 1990, cuando la *Corte Costituzionale* cambió su enfoque y comenzó a hacer una distinción entre el contenido y la forma de las leyes que dan efecto a los tratados internacionales<sup>65</sup>.

En otras palabras, ya que desde un punto de vista material, el contenido del CEDH tiene por objeto proteger los derechos codificados en la Constitución italiana, la consecuencia era el necesario reajuste de la jurisprudencia anterior.

Otro elemento importante ha sido la reforma constitucional de 2001, con la adopción de una nueva versión del artículo 117, ya mencionado. Después de la modificación de este precepto, los jueces italianos comunes (*comuni*) comenzaron a inaplicar las normas nacionales en conflicto con el CEDH, aplicando la doctrina *Simmenthal* y el instrumento de la inaplicación al derecho del CEDH<sup>66</sup>.

64 Corte costituzionale, sentenza 269/2017, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

65 Corte Costituzionale, sentenza n. 388/1999, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

66 Tribunale di Pistoria, 23 marzo 2007; Tribunale di Genova, decisión de 23 de

En el año 2007, con las decisiones 348 y 349/2007<sup>67</sup>, el Tribunal Constitucional italiano decidió reaccionar frente a un fenómeno que representa una excepción al régimen de control concentrado de control de constitucionalidad, centralizando a su vez el control de convencionalidad.

El Tribunal Constitucional, en este sentido, lanzó un mensaje muy claro al juez común, para que evitase resolver el choque entre derecho nacional y Convenio a través de la inaplicación. La solución dada por el Tribunal Constitucional, en cambio, prevé la centralización del control de convencionalidad al ser absorbido por el control de constitucionalidad.

En este sentido, como el Tribunal Constitucional ha dicho en el 2007, el CEDH puede ocasionalmente actuar como una norma interpuesta, integrando el parámetro constitucional del artículo 117 y utilizarla así para evaluar la validez de la legislación nacional.

De esta manera, el CEDH ahora tiene en Italia un rango súper-primario. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional ha aclarado que el CEDH no puede ser equiparado totalmente al derecho de la UE y, por eso, debe respetar todo el conjunto de normas constitucionales y no solo su núcleo esencial (sobre este punto, como había dicho ya al principio de este artículo, la doctrina de los contra-límites contribuye a definir el diferente estatus gozado por los derechos europeos en la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale italiana*).

---

noviembre de 2000; Corte d'Appello di Firenze, decision n.. 570/2005 y 1403/2006, Consiglio di Stato, decisión n. 1926/ 2002: "Some judges had already started applying this method, which comes from the judicial practice of disapplying the internal statutory norm conflicting with Community law. In some recent occasions, even the Supreme Court of Cassation (Corte di Cassazione) and the Supreme Administrative Court (Consiglio di Stato) had endorsed the use of disapplication in cases of conflict with ECvHR law, BIONDI DAL MONTE, Francesca y FONTANELLI Filippo, "The Decisions Nos. 348 *cit*, 891.

67 Corte Costituzionale, sentencias n. 348 y 349/2007, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Véanse: BIONDI DAL MONTE, Francesca y FONTANELLI Filippo, "The Decisions Nos. 348 and 349/2007" *cit.*; POLLICINO, Oreste, "The Italian Constitutional Court at the Crossroads between Constitutional Parochialism and Co-operative Constitutionalism. Judgments Nos. 348 and 349 of 22 and 24 October 2007", 4 *European Constitutional Law Review* (2008) 363.

Sin entrar en detalles, los principales contenidos de estas dos decisiones del 2007 se pueden resumir de la siguiente manera:

- 1) El CEDH reviste un valor súper-primario (es decir, su clasificación normativa está a medio camino entre las leyes y las normas constitucionales);
- 2) En algunos casos, el TEDH puede presentarse como “parámetro interpuesto” para el control de la constitucionalidad de las leyes primarias, ya que el conflicto entre ellos y el CEDH puede dar lugar a una violación indirecta de la Constitución (Art. 117);
- 3) Esto (Nº 2) no implica que el CEDH tiene un valor constitucional, dado que el CEDH ha de respetar toda la Constitución;
- 4) no se puede extender el instrumento de la inaplicación a los conflictos entre el derecho interno y el derecho del CEDH;
- 5) Sin embargo, la Constitución reconoce un favor constitucional particular al Convenio y esto implica la necesidad de interpretar la legislación nacional a la luz de las disposiciones del CEDH (según la doctrina de la interpretación conforme).

Recientemente, el Tribunal Constitucional confirmó este favor interpretativo y la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), considerado como un intérprete particular que, a través de su misión, convierte al CEDH en algo más que simple derecho internacional público.

Sin embargo, según el Tribunal Constitucional aún existe una gran distinción entre el derecho de la UE y el CEDH, y es esta diferencia la que representa la base de su razonamiento: “*This is because, according to the constitutional judges, the ECHR legal system has distinct structural and functional legal features as compared to the European legal order. According to the Italian Constitutional Court, the EHCR is a multilateral international public law Treaty which does not entail and cannot entail any limitation on sovereignty in the terms provided by Article 11 of the Constitution*”<sup>68</sup>.

---

68 POLLICINO, Oreste, “The Italian Constitutional Court at the Crossroads between Constitutional Parochialism and Co-operative Constitutionalism. Judgments Nos. 348 and 349 of 22 and 24 October 2007”, *op. cit.*; TEGA, Diletta, *I diritti*

Otro síntoma de la importancia de la jurisprudencia del TEDH en el marco jurídico nacional, es la sentencia n. 113/2011<sup>69</sup> de la Corte Constitucional. En este asunto, la Consulta declaró que el artículo 630 c. 1 Let. (a) del Código procesal penal era inconstitucional, en la parte en la que no permite la reapertura o revisión en el caso de la decisión pasada de un juzgado, lo cual se consideró una violación del derecho de la Convención. Al mismo tiempo, aún hoy algunos jueces nacionales continúan inaplicando las leyes nacionales en conflicto con el CEDH<sup>70</sup>.

Se pueden identificar diferentes razones para ello:

1. A veces los jueces no han entendido la posición del Tribunal Constitucional o no conocen la diferencia entre el CEDH y el derecho de la UE<sup>71</sup>;
2. En otros casos, los jueces demuestran conocer la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*, pero han malentendido el sentido del nuevo artículo 6 del Tratado UE (TUE), que, después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, prevé la futura adhesión de la UE al Convenio. En otras palabras, estos jueces piensan que después de la entrada en vigor del artículo 6 del TUE e independientemente de la conclusión del acuerdo de adhesión a la UE el CEDH es ya parte integrante del derecho de la UE<sup>72</sup>;

---

*in crisi*, Giuffrè, Milano, 2012, 51 ss.

69 Corte costituzionale, sentencia n. 113/2011, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

70 CARLOTTO, Ilaria, “I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un’analisi sul seguito giurisprudenziale”, en [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); LAMARQUE, Elisabetta, “Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune”, 2010, en [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

71 Tribunale di Livorno, Sez. Lav., ordinanza del 28 ottobre 2008 en español. Véase CARLOTTO, Ilaria, “I giudici comuni” *supra*.

72 Consiglio di Stato, sentenza 2 marzo 2010, n. 1220. Sobre esta decisión, véase: COLAVITTI, Giuseppe y Cesare Pagotto, “Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l’inizio di un nuovo percorso?”, 2010, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/rivista/2010/00/Colavitti-Pagotto01.pdf>.

3. Finalmente, hay casos de evidente desobediencia civil donde los jueces comunes afirman conocer la posición del Tribunal italiano, pero la cuestionan al querer inaplicar el derecho nacional<sup>73</sup>.

El caso italiano es un óptimo ejemplo de cómo en un contexto multinivel la aplicación de una norma formalmente externa puede resultar en una guerra interna entre jueces nacionales. Es por eso que, más recientemente, el Tribunal Constitucional italiano tuvo que repetir su mensaje a los jueces comunes en el 2011<sup>74</sup>.

En este contexto se puede entender la *ratio* de la cuestión preliminar planteada en *Kamberaj*<sup>75</sup>. Este caso se refería a la interpretación de la Directiva 2003/109 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y se originó a partir de una cuestión prejudicial planteada por un juez italiano, el *Tribunale di Bolzano/Bozen*, que había invocado el artículo 6 del TUE para poder inaplicar previsiones nacionales incompatibles con el CEDH, aplicando al Convenio la doctrina *Simmenthal*.

En *Kamberaj*, el juez remitente, entre otras cosas, preguntó “si, en caso de conflicto entre una norma de derecho nacional y el CEDH, la referencia a éste que hace el artículo 6 del TUE obliga al juez nacional a aplicar directamente las previsiones del Convenio, en el caso de autos el artículo 14 del mismo así como el artículo 1 del Protocolo n° 12, y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible, sin tener la obligación de plantear previamente una cuestión de constitucionalidad ante la Corte costituzionale”<sup>76</sup>.

73 Tribunale di Ravenna, 16 enero 2008. Carlotto, “I giudici comuni” *supra*.

74 Corte Costituzionale, decisión 80/2011, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). RUGGERI, Antonio, “La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)”, [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2011/0002\\_nota\\_80\\_2011\\_ruggeri.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2011/0002_nota_80_2011_ruggeri.pdf).

75 C-571/10, *Kamberaj*, todavía no publicada <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=121961&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=1534635>. Véase: BIANCO, Giuseppe y MARTINICO, Giuseppe, “Dialogue or Disobedience? On the domestic effects of the ECHR in light of the *Kamberaj* decision”, *European Public Law*, 2014, 435-450.

76 C-571/10, *Kamberaj*, párr. 59.

Como se puede observar de la redacción de la cuestión prejudicial, el juez remitente intentó utilizar el procedimiento prejudicial de una manera estratégica, pues quiso obtener nuevos argumentos desde el TJUE para superar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y poner fin al control centralizado de convencionalidad del Tribunal constitucional.

Esta cuestión prejudicial planteada por el *Tribunale di Bolzano* tiene sentido si es contextualizada en el escenario italiano, donde la posibilidad de extender la doctrina Simmenthal al CEDH ha sido concebida como una oportunidad para dar nuevos poderes a los jueces nacionales.

En Kamberaj, sabiamente desde mi punto de vista, el TJUE evitó el riesgo de verse involucrado en una guerra judicial interna, afirmando que el artículo 6 del Tratado UE no regula los efectos del CEDH en los ordenamientos jurídicos nacionales. “*Por tanto, procede responder a la segunda cuestión que la referencia que hace el artículo 6 TUE, apartado 3, al CEDH no obliga al juez nacional, en caso de conflicto entre una norma de Derecho nacional y el CEDH, a aplicar directamente las previsiones de dicho Convenio y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible con el mismo*”<sup>77</sup>.

El TJUE confirmó esta visión en Åkerberg Fransson<sup>78</sup>. Sin entrar en el detalle del análisis de estas dos decisiones, quiero limitarme a tres

---

77 C-571/10, *Kamberaj*, párr. 63.

78 C-617/10, *Åkerberg Fransson*, todavía no publicada: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0617:EN:HTML> “Por lo que se refiere, en primer lugar, a las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre el Derecho nacional y el CEDH, debe recordarse que, si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales –como confirma el artículo 6 TUE, apartado 3–, y el artículo 52, apartado 3, de la Carta exige dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, éste no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión. En consecuencia, el Derecho de la Unión no regula la relación entre el CEDH y los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y no establece tampoco las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre los derechos que garantiza dicho Convenio y una norma de Derecho nacional” (para. 44).



puntos sobre Kamberaj y su impacto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nacional. En Kamberaj el TJUE parece descartar la teoría de comunitarización (por lo menos la automática) del CEDH por medio del artículo 6 (3) del TUE.

Al haberlo hecho así, ha transferido el tema de la relación entre el CEDH y el ordenamiento jurídico italiano al Tribunal Constitucional. El Tribunal de Luxemburgo en este sentido hizo *self restraint* y no cuestionó la opinión del Tribunal Constitucional italiano sobre este asunto.

Por otro lado, el TJUE afirmó que el art. 6 (3) “no obliga al juez nacional, en caso de conflicto entre una norma de Derecho nacional y el CEDH, a aplicar directamente las previsiones de dicho Convenio y a no aplicar la norma de Derecho nacional incompatible con el mismo”<sup>79</sup>.

En mi opinión, este término “no obliga” puede también entenderse como “no prohíbe” en el sentido de que, si la *Corte Costituzionale* tuviera que modificar su punto de vista en el futuro permitiendo la inaplicación por los jueces comunes, el derecho de la UE no prohibiría este *revirement*.

Finalmente, el TJUE no dejó pasar la oportunidad de destacar su papel como el árbitro último del efecto directo potencial que debe darse al CEDH a la luz del derecho de la UE. El TJUE recordó, en efecto, que el artículo 6 (3) del TUE reproduce una jurisprudencia consolidada, que considera la protección de los derechos fundamentales como parte de los principios generales del derecho de la UE, cuyo respeto está garantizado por el TJUE<sup>80</sup>.

De esta manera, el TJUE se ha reservado la última palabra sobre el tema del efecto directo del CEDH, actuando, como siempre, como portero – utilizando la expresión de Snyder<sup>81</sup>– de los efectos directos en el derecho de la UE. El favor constitucional atribuido al CEDH no excluye *a priori* casos de conflictos o divergencias interpretativas.

---

79 C-571/10, *Kamberaj*, párr. 63.

80 C-571/10, *Kamberaj*, párr. 61.

81 SNYDER, Francis, “The gatekeepers: the European courts and WTO law”, *Common market law review*, 2003, 313-367.

En la sentencia n. 230/2012<sup>82</sup>, el Tribunal Constitucional italiano ha enfatizado la especificidad del contexto italiano y ha demostrado que puede disentir de la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o, mejor aun, ha establecido el deber de tomar en cuenta las particularidades de su ordenamiento y que a veces no puede automáticamente seguir la jurisprudencia relevante del Tribunal de Estrasburgo<sup>83</sup>.

Se trata de una decisión que se contextualiza en el marco de un enfrentamiento más amplio que ha llevado a decisiones como *Maggio*<sup>84</sup> o *Agrati*<sup>85</sup> - en materia de leyes de interpretación auténtica-, donde el

---

82 Corte Costituzionale, sentencia n. 230/2012, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) RUGGERI, Antonio “Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum”, <http://www.diritticomparati.it/2012/10/ancora-a-margine-di-corte-cost-n-230-del-2012-post-scriptum.html>.

83 “La prima e fondamentale censura svolta dal rimettente – quella di violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con l’art. 7 della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo – trova il suo presupposto nell’orientamento di questa Corte, costante a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, in forza del quale le norme della CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione e applicazione, integrano, quali «norme interposte», il parametro costituzionale evocato, nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (ex plurimis, tra le ultime, sentenze n. 78 del 2012, n. 303, n. 236 e n. 113 del 2011): ciò, peraltro, nei limiti in cui la norma convenzionale, come interpretata dalla Corte europea – la quale si pone pur sempre a livello sub-costituzionale – non venga a trovarsi in conflitto con altre conferenti previsioni della Costituzione italiana (sentenze n. 303, n. 236 e n. 113 del 2011, n. 93 del 2010, n. 317 e n. 311 del 2009), e ferma restando, altresì, la spettanza a questa Corte di un «margine di apprezzamento e di adeguamento», che – nel rispetto della «sostanza» della giurisprudenza di Strasburgo – le consenta comunque di tenere conto delle peculiarità dell’ordinamento in cui l’interpretazione della Corte europea è destinata ad inserirsi (sentenze n. 303 e n. 236 del 2011, n. 311 del 2009)”, Corte Costituzionale, sentenza n. 230/2012, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

84 TEDH, *Maggio e altri c. Italia*, nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 e 56001/08.

85 TEDH, *Agrati e altri c. Italia* (n. 43549/08, 6107/09 e 5087/09. Véase también Corte Costituzionale, decision 311/2009, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Sobre este enfrentamiento véase también. MASSA, Michele, “Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività”, 2011, [http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/corte\\_europea\\_di](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_europea_di)

TEHD ha condenado al Estado italiano por violación del artículo 6 del Convenio.

Conviene resaltar un punto importante de la decisión. No se trata de un fenómeno aislado, pues a pesar de que le hayan reconocido una gran autoridad a la jurisprudencia del TEDH, otros tribunales constitucionales<sup>86</sup> también han tratado a veces de distinguir su jurisprudencia de la del Tribunal Europeo.

Episodios de divergencia se materializaron en otros casos, donde la *Corte Costituzionale* tuvo que distinguir su papel, frente al Tribunal de Estrasburgo, de una manera clara:

*La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sent. n. 317 del 2009). Operazioni volte non già all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele....A differenza della Corte EDU, questa Corte, come dianzi precisato, opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi,*

---

ritti\_uomo/0017\_massa.pdf.

86 Tribunal Constitucional de Alemania, 2 BvR 1481/04 Tribunal Constitucional de Austria, Miltner, VfSlg 11500/1987, <http://www.ris.bka.gv.at/vfgh/>; Tribunal Supremo del Reino Unido, *R v. Horncastle and Others* [2009] UKSC 14, para. 11 y *Manchester City Council v. Pinnock* [2010] UKSC 45, para. 48, donde el Tribunal Supremo dijo que: "This Court is not bound to follow every decision of the [ECtHR]. Not only would it be impractical to do so: it would sometimes be inappropriate, as it would destroy the ability of the Court to engage in the constructive dialogue ... which is of value to the development of Convention law. Of course, we should usually follow a clear and constant line of decisions ... But we are not actually bound to do so or (in theory, at least) to follow a decision of the Grand Chamber ... Where, however, there is a clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspect of our law, and whose reasoning does not appear to overlook or misunderstand some argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this Court not to follow that line". Sobre este asunto véase: MURPHY, Cian, 'Human Rights Law and the Challenges of Explicit Judicial Dialogue', Jean Monnet Working Paper, 10/12, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/12/1210.html>. Sobre este fenómeno véase: MARTINICO, Giuseppe "A Comparative-Constitutional Overview Of ECHR And EU Law Before National Courts", *European Journal of International Law*, 2012, 401-424.

*tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante, che, nella specie, dà appunto luogo alla soluzione indicata*<sup>87</sup>

Como el antiguo Presidente del Tribunal Constitucional, Gallo, escribió en un texto preparado para una reunión celebrada en Bruselas el 24 de mayo de 2012<sup>88</sup>, recientemente el intercambio de puntos de vista entre el Tribunal constitucional y el Tribunal de Estrasburgo se ha vuelto más y más frecuente. En principio esto le da un valor añadido a la protección de los derechos fundamentales en Europa, sin embargo, como el magistrado Gallo señaló: “el trabajo de transposición de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento jurídico nacional no ha sido fácil”<sup>89</sup>.

Estas palabras son emblemáticas de una cierta tensión que ha surgido en los últimos años: la apertura mostrada hacia el CEDH y la jurisprudencia del TEDH por el Tribunal Constitucional en 2007 ha sido una especie de *boomerang*, ya que la *Corte Costituzionale* ha tenido desde entonces que justificar de manera expresa casi cualquier forma de desacuerdo con la interpretación del Tribunal de Estrasburgo<sup>90</sup>. En otros casos decidió declarar la norma nacional inconstitucional sin utilizar el CEDH<sup>91</sup>.

La sentencia n 49/2015 del Tribunal Constitucional fue un *follow up* al asunto *Varvara* del TEDH y se refería a la cuestión de la confiscación sin condena. Los hechos de los casos involucraron la parcelación ilegal de la tierra y la construcción ilegal de obras. De acuerdo con las disposiciones pertinentes, “la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi e’ stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente

87 Corte Costituzionale, sentenza n. 264/2012, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

88 GALLO, Franco, ‘Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU’, Bruselas, 24 mayo 2012, [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni\\_internazionali/RI\\_BRUXELLES\\_2012\\_GALLO.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_GALLO.pdf).

89 *Ibidem*.

90 Por ejemplo: Corte Costituzionale, decisión 264/2012, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

91 Corte Costituzionale, decisión 278/2013 y decisión n. 162/2014, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

costruite”<sup>92</sup>. En la sentencia n. 49/2015<sup>93</sup>, el Tribunal constitucional italiano recordó la función preeminente realizada por el Tribunal de Estrasburgo en la interpretación del CEDH y el deber de interpretar el derecho nacional de una manera conforme con éste. Por otro lado, la *Corte costituzionale* declaró también que los jueces nacionales no son “*passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato*”<sup>94</sup>. Para aclarar este punto, el Tribunal constitucional italiano hizo una distinción entre los casos en que el juez nacional tiene que hacer frente a una jurisprudencia consolidada del Tribunal de Estrasburgo y los casos en que no hay jurisprudencia consolidada. “*Ciò non vuol dire, però, che questi ultimi possano ignorare l’interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia consolidata in una certa direzione. Corrisponde infatti a una primaria esigenza di diritto costituzionale che sia raggiunto uno stabile assetto interpretativo sui diritti fondamentali, cui è funzionale, quanto alla CEDU, il ruolo di ultima istanza riconosciuto alla Corte di Strasburgo*”<sup>95</sup>

Algunos estudiosos han criticado la sentencia n. 49/2015, ya que pediría “*too much of the ordinary courts, as not all courts have a deep insight into ECtHR case law nor knowledge of its official languages, and it might push the [Constitutional Court] away from fundamental rights issues, leaving these to ordinary and international courts whose main task is not to guarantee the correct interpretation and application of the Constitution*”<sup>96</sup>.

Sin embargo, otras decisiones recientes confirman la actitud dialógica de la *Corte costituzionale*, como es el caso, por ejemplo, de la de-

---

92 Art. 44(2) d.P.R. 380/2001.

93 Corte Costituzionale, decisión 49/2015, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

94 *Ibidem*.

95 *Ibidem*.

96 TEGA, Diletta, “A National Narrative: The Constitution’s Axiological Prevalence on the ECHR—A Comment on the Italian Constitutional Court Judgment No. 49/2015”, *Int’l J. Const. L. Blog* (2015), <http://www.iconnectblog.com/2015/04/mini-symposium-on-cc-judgment-49-2015/>

cisión n. 84/2016<sup>97</sup> entregada después de El caso Parrillo<sup>98</sup>. Otro ejemplo de esta actitud dialógica se encuentra en las sentencias 24/2019, 25/2019 y 26/2019<sup>99</sup>, donde la *Corte costituzionale* otorgó gran relevancia a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en diferentes asuntos, mostrando así su apertura hacia el sistema de la Convención. Recientemente, el TEDH entregó el caso GIEM en el que cuestionó la distinción hecha por la *Corte costituzionale*, afirmando que: “its judgments all have the same legal value. Their binding nature and interpretative authority cannot therefore depend on the formation by which they were rendered”<sup>100</sup>. También es interesante ver la opinión separada del juez Pinto de Albuquerque (que también es muy rica en referencias al debate italiano), donde agregó que:

*[t]he placement of this sentence may look odd, but it has an explanation. The Court wanted to set a principle before entering into the discussion of the value of Varvara in the following paragraphs 255 to 261. The principle, regarding the “binding nature and interpretative authority” of all Court’s judgments, is a direct response to Constitutional Court judgment no. 49/2015 and a message sent to all supreme and constitutional courts in Europe<sup>101</sup>.*

Sin embargo, a pesar de estos pasajes, los comentaristas también destacaron la ambigüedad del GIEM sobre los otros puntos planteados por el Tribunal Constitucional italiano, donde, en cierta medida, el TEDH parecía aceptar el esquema ofrecido por la *Corte costituzionale* en la sentencia n° 49/2015, concretamente sobre la confiscación sin condena<sup>102</sup>.

97 Corte Costituzionale, decisión 84/2016, [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

98 *Parrillo v Italy* Appl No 46470/11 (TEDH, 27 de Agosto de 2015).

99 Corte Costituzionale decisión 24/2019, decisión 25/2019 y decisión 26/2019.

100 *GIEM Srl and Others v Italy* [GC] Appl 1828/06 *et al* (ECtHR, 28 de Junio de 2018), par 252.

101 *GIEM Srl and Others v Italy* [GC] Appl 1828/06 *et al* (ECtHR, 28 de Junio de 2018), “Partly concurring, partly dissenting opinion by Judge Pinto de Albuquerque”, par 40 nota133.

102 *GIEM Srl and Others v Italy* [GC] Appl Nos 1828/06 *et al* (ECtHR, 28 June 2018), par 259-261 M Bignami, ‘Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna’ (2018), <<http://www.questionegiustizia.it>>, y A Scarcella, ‘La confisca urbanistica dopo la sentenza della Corte EDU del 28 giugno 2018 nel

## V. CONCLUSIONES

Como hemos visto, en los dos casos el Tribunal Constitucional tuvo que alejarse progresivamente de sus posiciones iniciales, a veces enfrentándose directamente con los intérpretes de estos derechos (como en el caso del TJUE en los años setenta).

Actualmente, todavía no se puede hablar de una convergencia absoluta entre las visiones de estos tribunales; sin embargo, el Tribunal Constitucional ha aceptado los principios estructurales del derecho de la UE sin renunciar a su mandato de defensor de la Constitución.

Para muchas cosas, el Tribunal Constitucional italiano ha tenido una posición similar para ambos derechos europeos: ha reconocido el deber de interpretación conforme, por ejemplo y la fuerza súper-legislativa de estas normas. Al mismo tiempo, ha mostrado particular atención y respeto hacia los tribunales europeos y todo esto ocasiona que estos derechos sean peculiares si se les compara con el resto del derecho público internacional<sup>103</sup>. Sin embargo, en muchas otras cuestiones, el Tribunal Constitucional demuestra creer todavía en la especialidad de la Unión y de concebir su derecho como *sui generis*, también si es comparado con el del CEDH. El caso italiano demuestra también la insuficiencia de un enfoque puramente formalista para este tipo de temas.

---

caso GIEM e altri c. Italia' (2018), <<https://www.giustizia-amministrativa.it>>.

103 MARTINICO, Giuseppe "A Comparative-Constitutional Overview Of ECHR, cit. Véase también: KELLER, Helen y Alec Stone Sweet, "Assessing the Impact of the ECHR on National Legal System", en Helen Keller y Alec Stone Sweet (eds.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 681





# Retos de las cortes nacionales y supranacionales

KARLA ELIZABETH MARISCAL URETA<sup>1</sup>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. PERSPECTIVA GLOBAL DE LOS DERECHOS HUMANOS; III. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS; IV. MÉXICO Y EL DIÁLOGO SUPRANACIONAL FRENTE AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. La competencia contenciosa y el impacto al orden jurídico mexicano; V. LOS RETOS DE LA SUPRANACIONALIDAD. DE LAS CORTES Y LAS NORMAS; VI. CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN

Los nuevos escenarios mundiales permiten que los individuos se relacionen más intensamente a través de medios de comunicación accesibles y sencillos, asimismo, se han generado acciones para la fusión de normas y políticas de forma integral entre los planos nacionales y el supranacional, sobre todo ante problemáticas que requieren estrategias de solución a escala regional o mundial.

De tal suerte que el proceso de armonía de normas da lugar al diálogo entre cortes, lo que favorece la difusión y consolidación de los derechos fundamentales.

Los acuerdos de carácter internacional se consolidan como aquellos instrumentos que obligan a los Estados a adecuar sus normas y políticas a nuevas realidades más integradoras, pretendiendo un balance entre la pauta internacional y el Derecho interno, tomando en consideración que los derechos humanos necesitan de un diseño de

---

1 Licenciada en Derecho con especialidad en Derecho Constitucional y Amparo, maestra en Derecho Constitucional y doctora en Ciencias del Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa, posdoctorado en Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, SNI Nivel I, perfil PRODEP, profesora TC y coordinadora de la maestría en derechos humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

normas encargadas de su defensa, y más allá de ello, de la configuración de sistemas para su protección.

Por lo que nos encontramos en la adopción por cláusula de remisión de normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos hacia el Derecho nacional, y a su vez, de un proceso de internacionalización del Derecho Constitucional en materia de derechos humanos.

Esto favorece como hemos expresado la combinación de fórmulas jurídicas que amplían la protección de los derechos y además la configuración de un canal de comunicación sincrónica entre tribunales nacionales y supranacionales, lo que, sin duda, revoluciona la forma de entender el Derecho.

Esos diálogos, por así llamarles, son el punto de partida del presente trabajo, con la intención de mostrar sus efectos y retos entre orden globalizado.

## II. PERSPECTIVA GLOBAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El reconocimiento de los derechos humanos, obedece como dice Vallarta Plata, al ...proceso de *formación histórica, en el cual se mezclan ingredientes filosóficos, religiosos, éticos, políticos, jurídicos y toda una amalgama histórica*,<sup>2</sup> por lo que son conquistas de diferentes hechos históricos de aquellos que han luchado para frenar el abuso del poder y garantizar la dignidad del ser humano.

Los gobiernos y las leyes no siempre han reconocido los derechos humanos. Apenas en el siglo XVIII se consagraron por primera vez en la Declaración de los Derechos del hombre y el Ciudadano de 1789, a la que se llegó como nos dice De la Barrada Solórzano, "las que tuvieron gran auge en Francia, donde un grupo de pensadores notables, entre ellos Voltaire, Diderot y Rousseau, elaboró la *Enciclopedia en que se combatía el fanatismo y la superstición al difundir tanto los conocimientos científicos y técnicos como los postulados democráticos que propugnaban la elección por parte del pueblo de*

---

2 Vallarta Plata, José Guillermo, *La protección de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2006, p. 3.

*los gobernantes y el establecimiento de leyes que limitaran los actos de estos últimos.*<sup>3</sup>

Gracias a la difusión de las ideas científicas y democráticas se hizo posible un cambio de mentalidad que introdujo el movimiento conocido como: la ilustración. A partir de entonces se confió y buscó a los gobernantes no por linaje, herencia o designio divino, sino a través de procurar procesos de Ley, y dictados de la razón.

Así entonces surge también el concepto de derechos humanos, como estima Aguilar Cuevas,<sup>4</sup> siendo una reacción ante los abusos de quién gobernaba u ostentaba el poder, incluso como un levantamiento al absolutismo practicado por los monarcas, en el desenvolvimiento de las libertades inglesas. Las que fueron posibles, en buena medida, gracias a las ideas enmarcadas en Inglaterra.

Azuela Rivera documenta que cinco documentos ingleses pueden citarse como catálogos de derechos individuales frente al Estado, éstos son:

...La Carta Magna dada en el siglo XIII, misma que constituye en su artículo 39 un antecedente inmediato de los artículos 14 y 16 constitucionales de México, cuyo contenido radicaba en el principio de legalidad; la Petición de Derechos del siglo XVI, formulada en los términos de una petición que los pares espirituales y temporales dirigen al rey con el objeto de que ningún impuesto sea decretado sin previa aprobación del parlamento, para que ningún individuo este obligado a dar donativos al rey ni sea molestado cuando no los pague; la Ley de *Habeas Corpus*, tendiente a proteger la libertad personal, declarando el derecho y estableciendo normas tendientes a garantizarlo; el *Bill* de Derechos, el que contiene una enumeración de derechos fundamentales que los documentos anteriores, reforzando el parlamento, el principio de legalidad y además consagrando el principio prohibitivo de las fianzas excesivas; y por último, el acta de establecimiento, con-

---

3 De la Barreda Solorzano, Luis, Los derechos humanos, Tercer Milenio – Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Mexico, 2006, p. 4.

4 Aguilar Cuevas, Magdalena, *Las tres generaciones de los Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr20.pdf>, mayo 2019.

tenía disposiciones encaminadas a asegurar la independencia de los jueces de los demás poderes públicos<sup>5</sup>.

Luego entonces, podemos decir que estos cinco documentos constituyen los precedentes de la concepción moderna de los derechos humanos, al lado de muchos otros como la revolución francesa, y la Declaración de Virginia de los Estados Unidos de Norteamérica.

De la Barreda Solórzano<sup>6</sup> refiere, que en el siglo XVIII los derechos individuales se consagraron por primera vez en un documento jurídico francés, conocido como la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789. Consecuentemente en

Europa, se produjo un movimiento ideológico que transformó las formas de coexistencia entre los individuos. Destacándose

*Las ideas de Voltaire, Diderot y Rousseau, que al elaborar la Enciclopedia, combatieron el fanatismo y la superstición al difundir tanto los conocimientos científicos y técnicos como los postulados democráticos. A partir de entonces, termino para los gobernantes la cuartada del designio divino para justificar todos sus actos, los que en adelante, sólo podrían legitimarse si se apegaban a la Ley, resultaban benéficos y los dictaba la razón<sup>7</sup>.*

Al respecto M. Motto, efectúa un análisis puntual, que nos ilustra por los momentos de evolución filosófica que enmarcaron a los derechos humanos, del cual destacamos y comentamos los siguientes aspectos:

- 1) El pensamiento greco-romano, en especial ciertos sofistas, como Hípias que enseñaban la universalidad de la libertad para los hombres, y que la esclavitud era tan sólo un invento humano, constituyó un bastión importante para la libertad y el respeto a la dignidad.
- 2) El pensamiento judeo-cristiano, que al proclamar la igualdad y dignidad de todos los hombres por ser imagen de Dios, fa-

---

5 Azuela Rivera, Mariano, Garantías, México, primera edición, tercera reimpre-  
sión, Benemérita Universidad de Puebla-SCJN, Poder Judicial de la Federación,  
2009, pp. 107-120.

6 De la Barreda Solórzano, Luis, *op. Cit.*, p. 4.

7 *Idem.*

voreció la idea de la condición digna del ser humano y la no discriminación.

- 3) El aporte del pensamiento ilustrado, cuya proclama de la libertad de conciencia y de expresión, fortalecieron la no represión de las ideas y las manifestaciones libres de ellas.
- 4) El liberalismo, destacado por su defensa de la libertad, y la promoción de la democracia, que permitió la tolerancia a la diversidad de pensamientos y creencias, y la libre difusión de las ideas.
- 6) El socialismo, que contribuyó con la búsqueda de la igualdad, y con la lucha a favor de que los bienes elementales sean para todos, fundamentó la tarea de buscar un equilibrio social y el bienestar común<sup>8</sup>.

Ahora bien, todos estos sucesos y muchos otros, enmarcaron la concepción de los derechos humanos, como aquella construcción lingüística asociada al término de derechos fundamentales como aquellos que, “por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad suelen ser recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior.”<sup>9</sup>

No obstante, Lara ponte sostiene que, “el vocablo derechos humanos, lleva consigo una redundancia, todos los derechos son humanos”<sup>10</sup>, en éstas ideas, se sostiene la tesis de llamarles precisamente derechos humanos porque pertenecen al género humano, quien los posee por propia naturaleza.

Sin embargo, hablar de los derechos humanos en el contexto global nos lleva a múltiples acepciones, algunos destacan los derechos del hombre, los derechos individuales, los derechos de la persona, a los

---

8 M. Motto, Andrés R., *Los cristianos y los Derechos Humanos*, México, Pontificia Universidad Católica, consultado en [http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo24/files/Motto\\_DH.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo24/files/Motto_DH.pdf), mayo 2013.

9 Real Academia de la Lengua Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, España, Real Academia Española, consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=derechos%20humanos>, noviembre 2012.

10 Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 1998, p. 27.

derechos innatos, los derechos públicos subjetivos, todos los cuales se encuentran relacionados a la dignidad humana, al hecho existir y ser, emergen ante la estimación del hombre o la persona; asimismo, las denominaciones de derechos del ciudadano, o libertades públicas, nos conducen a aspectos más extensivos como ostentar la calidad de ciudadanos; y luego entonces, hablar de derechos fundamentales, es considerar los aspectos esenciales al ser humano, los que le son indispensables y por tanto, deben estar resguardados en la norma de frente a la acción del Estado y/o los particulares.

Luego entonces, cada concepto se interrelaciona, se permea, al punto de poder estimar que la línea entre ellos es casi invisible, pero cada uno obedece a una génesis propia, a una posición teórica, a determinados sucesos históricos, a culturas propias, que al final armonizan en una mezcla que queda consagrada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Martínez de Bringas nos dice que,<sup>11</sup> los derechos humanos, en cuanto construcción moderna, constituyen un discurso adecuado para centrar y ubicar las exigencias de las diversidades culturales al dar estricta medida de las disposiciones individuales y colectivas de grupos y pueblos; de las agresiones y conculcaciones a las que las diversidades han sido sometidas y expuestas; al otorgar posibilidades de defensa mediante el artificio normativo de la titularidad de derechos.

Y, pareciéndonos más asertivo, vale decir que esas condiciones fundamentales a las que nos hemos referido, enmarcan las exigencias y necesidades de las diversidades culturales frente a quienes ejercen poder sobre ellas de manera inmesurada o desbordada.

Es importante también considerar la definición que el propio diccionario jurídico contiene sobre los derechos humanos como "el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser hu-

---

11 Martínez de Bringas, Asier, "Derechos Humanos y Diversidad(es) cultural(es). Los retos de la interculturalidad", *Derechos y libertades*, *Revista de filosofía del derecho y derechos humanos*, España, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III de Madrid, No. 26, enero 2012, p. 113.

mano, considerado individual y colectivamente”<sup>12</sup>. Definición de la que destacamos que además de prerrogativas, los derechos humanos deben considerar también garantías o mecanismos de defensa.

Finalmente, hablar de derechos humanos, es hablar de criterios normativos que marcan el límite a la acción estatal de los propios órganos del Estado o bien de aquellos particulares investidos de autoridad que en el marco de sus actividades deben observar irrestrictamente los derechos y disposiciones normativas que guarda, en la esfera interna la Constitución, la Ley, y las normas que integran el sistema jurídico nacional; y en el ámbito externo, aquellos pactos entre sujetos de derecho en el orden internacional.

Ahora bien, en muchos de los casos, no es suficiente el reconocimiento de la dignidad humana por ende de los derechos en normas internas y externas, aun cuando estas mantengan el carácter de supremas o bien, de convencionales, por lo que se hace necesario crear mecanismos de garantía a efecto de garantizar los derechos. Mecanismos que en el orden interno mexicano son los encargados de la defensa de la Constitución y del orden constitucional, como de los derechos que la Carta Fundamental reconoce tanto de fuente nacional como internacional. Mecanismos que se conocen como de control constitucional.

Asimismo, estos mecanismos necesitan instancias que garanticen el desarrollo de los mismos en el marco de la legalidad y la imparcialidad, instancias conocidas como Cortes o Tribunales, las cuales son indispensables tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

De tal manera que, en materia de derechos humanos hoy tenemos nuevas realidades, que implican nuevas formas de regular la vida y las relaciones de las sociedades.

En este tenor, fenómenos como la globalización y la expansión de las economías e industrias, han modificado las relaciones entre los sujetos internacionales, Vallarta Plata,<sup>13</sup> nos dice que la globalización, impacta como un conducto para buscar soluciones a conflictos actua-

---

12 Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, p. 1063.

13 Vallarta Plata, José Guillermo, *op. Cit.*, p. 238.

les y, a partir de este proceso, se da una evolución en el tratamiento de los derechos humanos.

Serna de la Garza, describe que la fase actual de la globalización se caracteriza por los siguientes aspectos:

- a. La intensificación de las relaciones sociales a escala mundial;
- b. El surgimiento de una cierta forma de organización de la actividad económica, de alcance transnacional;
- c. El surgimiento de nuevos actores en la política internacional;
- d. La formación de redes transnacionales de generación, flujo e intercambio de patrones culturales y;
- e. La emergencia de problemas de dimensión planetaria<sup>14</sup>.

Luego entonces, en el nuevo esquema de escenarios internacionales, por un lado, los individuos se relacionan más intensamente a través de medios de comunicación accesibles, sencillos y mundiales, y por otro, las negociaciones comerciales alcanzan un impacto transnacional con redes de distribución y consumo mucho más amplias, y en consecuencia, la fusión de normas y políticas de fuente internacional permea los tejidos internos de las naciones, sobre todo, cuando se enfrentan realidades con problemas que requieren estrategias de solución a escala regional o mundial.

Y por otro lado, se favorece la difusión y consolidación de los derechos fundamentales, pues se pueden exponer más abiertamente y a mayor escala violaciones, así como encontrar adeptos con causas justas y reforzar lazos de defensores de derechos humanos.

Becerra Ramírez advierte que, "la revaloración de los tratados internacionales y en general el derecho internacional funciona como la columna vertebral de la globalización y concretamente, en el caso de los derechos humanos, de la creación de una especie de orden público internacional".<sup>15</sup> Estos instrumentos internacionales permiten

---

14 Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 54.

15 Becerra Ramírez, Manuel, "Notas sobre la reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos, desde la perspectiva del Derecho Internacional", en Pampillo Baliño, Juan Pablo y Munive Páez, Manuel Alexandro (coords.),



a través del acuerdo de voluntades de los países parte llegar a concesos, políticas y acciones conjuntas, que en el caso de los derechos humanos redundan en asegurar, de una mejor manera, su eficacia y cumplimiento a través de la protección de tratados vinculantes y de *soft law*.

De tal forma que, coincidimos con Saltalamanchia Ziccardi y Covarrubias Velasco, cuando expresan que, "los tratados internacionales han sido un motor esencial en el desarrollo reciente de los derechos fundamentales en todo el mundo (aunque con diferente intensidad según sea el país de que se trate, como es obvio)".<sup>16</sup>

Lo anterior, en virtud de que estos acuerdos de carácter internacional obligan a los Estados a adecuar sus normas y políticas a nuevas realidades mucho más integradoras, ahora bien, lo circunstancial radica en buscar el balance entre la pauta internacional y el Derecho interno, para armonizar y mejorar las relaciones, además de equilibrar los intereses de todos los involucrados.

Así, los derechos humanos necesitan de un diseño de normas encargadas de su defensa, y más allá de ello de la configuración de sistemas para su protección: El sistema universal que tiene su fuente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los sistemas regionales: Europeo, Africano y Americano. Éste último integrado por la propia Convención Americana "Pacto de San José", la Comisión y la Corte Interamericana, órganos que le dan soporte y buscan garantizar el cumplimiento y efectividad del sistema. Ahora bien, pese todo ello, aún nos encontramos buscando la eficacia de los derechos humanos, para desde la lógica de operación de los sistemas de protección volverles efectivos.

---

*Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su Primer Centenario*. México, Porrúa, Volumen Derecho Internacional Público, 2012, p. 141.

16 Saltalamanchia Ziccardi, Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, "La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: Antecedentes históricos", en: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos*., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 70.

### III. EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El desarrollo y la evolución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se puede establecer hasta ahora, como enumera Hernández Cruz<sup>17</sup>, en cinco etapas fundamentales, que destacan en una primera constituida por los antecedentes del Sistema, con diversos instrumentos internacionales por ejemplo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 acompañada por la Carta internacional Americana de Garantías Sociales de 1948.

Una segunda en la cual se integra el Sistema Interamericano de Protección, destacándose aquí el papel fundamental de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada por la resolución VIII de la V Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago, 1959). La tercera etapa a partir de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el año de 1978, con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la cual establece la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos como sus órganos de supervisión.

La cuarta a partir de la década de los ochenta, en donde se adoptan los dos protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, y el relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 1990. Y, finalmente una quinta que apunta a consolidar el perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, aunado a los otros sistemas de protección global como los pactos de Naciones Unidas sobre derechos humanos).

En ésta última etapa advertimos grandes retos para llegar a hacer cumplir los objetivos del Sistema, entre ellos lograr la efectividad de las sentencias de la Corte Interamericana, consolidar el papel de la Comisión y dotar a ambos órganos de la financiación requerida para cum-

---

17 Hernández Cruz, Armando, Los derechos económicos y culturales y su justicia-  
bilidad en el derecho mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones  
Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 540, 2010, p. 139.

plir las metas propuestas y de la fuerza necesaria para volver el Sistema una alternativa eficaz en la protección de los derechos humanos.

#### IV. MÉXICO Y EL DIÁLOGO SUPRANACIONAL FRENTE AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Al día de hoy, advertimos una clara extensión de la protección de los derechos humanos a nivel internacional. En México, por ejemplo, se establecen modificaciones estructurales y de contenido significativo, de las cuales Carbonell Miguel nos brinda la síntesis siguiente:

- A. En vez de otorgar los derechos ahora simplemente se reconocen.
  - a. Se reconoce la figura de la interpretación conforme.
  - b. Se incorpora el principio pro-persona.
  - c. Se señala la obligación del Estado mexicano (en todos sus niveles de gobierno sin excepción), de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.
  - d. Las obligaciones de las autoridades mexicanas en materia de derechos humanos deberán cumplirse a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.
  - e. El estado mexicano, según el artículo 1 constitucional a partir de la reforma, debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.
  - f. Queda prohibida la discriminación por causa de preferencias sexuales.
  - g. Una de las finalidades de la educación que imparta el Estado mexicano deberá ser el respeto a los derechos humanos, de acuerdo con lo que a partir de la reforma señala el artículo 3 constitucional.
  - h. Se otorga rango constitucional al asilo que toda persona sea perseguido por motivos políticos y se reconoce de la misma forma el derecho de refugio para toda persona por razones de carácter humanitario.

- i. Se establece, en el artículo 18, que el respeto a los derechos humanos es una de las bases sobre las que debe organizarse el sistema penitenciario nacional, junto con el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte.
- j. Tomando como base lo que señala la Convención Americana de Derechos Humanos se modifica tristemente el célebre artículo 33 constitucional, para efecto de modular la facultad del presidente de la república para hacer abandonar el territorio nacional a las personas extranjeras, anteriormente esa facultad se ejercía de forma arbitraria sin que le diera ningún tipo de derecho de ser oída y vencida en juicio a la persona extranjera afecta.
- k. Se adiciona la fracción X del artículo 89 constitucional para efecto de incorporar como principio de la política exterior del Estado mexicano.
- l. Respeto, la protección y la promoción de los derechos humanos, esto implica que los derechos humanos se convierten en un eje rector de la diplomacia mexicana y que no se puede seguir siendo neutral frente a sus violaciones.
- m. Se quita a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la facultad contenida en el artículo 97 constitucional, la cual pasa a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Se obliga a los servidores públicos que no acepten recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos o de las respectivas Comisiones Estatales a fundar y motivar su negativa, así como a hacerla pública. Las Comisiones de Derechos Humanos podrán conocer, a partir de la reforma de quejas en materia laboral. Solamente quedan dos materias en las cuales resultan incompetentes las comisiones de derechos humanos: los asuntos electorales y los jurisdiccionales.

- n. Se establece un mecanismo de consulta pública y transparente para la elección del titular de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y para los miembros de su Consejo Consultivo.

- o. Se faculta a la Comisión Nacional de Derechos Humanos para realizar la investigación de violaciones graves de derechos humanos.<sup>18</sup>

A partir de la participación en el Sistema Interamericano se han consolidado en México, el criterio de interpretación conforme y el principio pro-persona, así como la tendencia a armonizar los derechos humanos tanto de fuente internacional como de fuente nacional-constitucional al momento de ser interpretados, se establecen cambios en la jerarquía de las normas, permitiendo por remisión de cláusula jerárquica darle el carácter constitucional a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que México sea parte de acuerdo a las formalidades de la regulación interna de tratados; se fortalece el papel de la política exterior; se refuerzan las facultades internas de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y observar los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos y se establece la obligación de los Estados de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

### 1. *La Comisión Americana de Derechos Humanos*

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) encargado de la promoción y protección de los Derechos Humanos en el continente americano. Fue creada por la OEA en 1959 y, en forma conjunta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), instalada en 1979, es una institución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH).

La Comisión Interamericana tiene su fundamento normativo en la Convención Americana de los Derechos Humanos, específicamente en el capítulo VII, por cuanto a su organización, se advierte se integra por siete miembros con la característica de que sean personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de Derechos Humanos. (artículo 34 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

---

18 Carbonell, Miguel, 'La reforma constitucional en materia de derechos humanos', *El Mundo del Abogado. Una revista actual*, México, julio 2011, pp. 130-132.

La elección de sus miembros está a cargo de la Asamblea General de la Organización de una lista de candidatos propuestos por los gobiernos de los Estados miembros. (artículo 36 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Asimismo, destaca que la Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a. Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b. Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c. Preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d. Solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e. Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f. Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g. Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. (artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

Para acudir a la Comisión no se necesita una calidad o legitimación específica, en este sentido, cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la

Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte. (artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). A esto se le llama sistema de peticiones individuales, que tratándose de la Comisión permite a todos los interesados acudir en forma directa, lo que no sucede con la Corte.

Ahora bien, para que proceda una petición, entre otras cosas, se requiere conforme a la normatividad vigente:

- a. que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
- b. que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva;
- c. que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, y
- d. que la petición contenga el nombre, la nacionalidad, la profesión, el domicilio y la firma de la persona o personas o del representante legal de la entidad que somete la petición. (artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

En este orden de ideas el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de su competencia estima que puede conocer peticiones de la siguiente manera:

1. Respecto a los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, ante las cuales la Comisión tiene las siguientes atribuciones:
  - a. estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
  - b. formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos;
  - c. preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;

- d. solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
  - e. atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten;
  - f. rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes;
  - g. practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y
  - h. presentar al Secretario General el programa-presupuesto de la Comisión para que éste lo someta a la Asamblea General. (artículo 18 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)
2. Para los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión ejercerá sus funciones de conformidad con las atribuciones previstas en aquella y en el presente Estatuto para:
- a. diligenciar las peticiones y otras comunicaciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención;
  - b. comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención;
  - c. solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas;
  - d. consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos;



- e. someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y
  - f. someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (artículo 19 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)
3. En relación con los Estados miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes:
- a. Prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
  - b. Examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales;
  - c. Verificar, como medida previa al ejercicio de la atribución prescrita en el inciso b. anterior, si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro no parte en la Convención fueron debidamente aplicados y agotados. (artículo 20 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)
1. Por cuanto al procedimiento, una vez recibida la petición, la Comisión se estará a lo siguiente:
- a. si reconoce la admisibilidad de la petición o comunicación solicitará informaciones al Gobierno del Estado al cual pertenezca la autoridad señalada como responsable de la violación alegada, transcribiendo las partes pertinentes de la petición o

- comunicación. Dichas informaciones deben ser enviadas dentro de un plazo razonable, fijado por la Comisión al considerar las circunstancias de cada caso;
- b. recibidas las informaciones o transcurrido el plazo fijado sin que sean recibidas, verificará si existen o subsisten los motivos de la petición o comunicación. De no existir o subsistir, mandará archivar el expediente;
  - c. podrá también declarar la inadmisibilidad o la improcedencia de la petición o comunicación, sobre la base de una información o prueba sobrevinientes;
  - d. si el expediente no se ha archivado y con el fin de comprobar los hechos, la Comisión realizará, con conocimiento de las partes, un examen del asunto planteado en la petición o comunicación. Si fuere necesario y conveniente, la Comisión realizará una investigación para cuyo eficaz cumplimiento solicitará, y los Estados interesados le proporcionarán, todas las facilidades necesarias;
  - e. podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así se le solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados;
  - f. se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en la Convención. (artículo 48 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Ahora bien, ante una petición formulada a la Comisión puede sobrevenir una solución amistosa, con base al inciso 1.f. del citado artículo 48 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, caso en el cual la Comisión redactará un informe que será transmitido al peticionario y a los Estados partes en esta Convención y comunicado después, para su publicación, al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos. (artículo 49 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Si no se llega a la solución amistosa por el contrario, se procederá a redactar un informe por parte de la Comisión, en el que expondrá los hechos y sus conclusiones. Si el informe no representa, en todo o en

parte, la opinión unánime de los miembros de la Comisión, cualquiera de ellos podrá agregar a dicho informe su opinión por separado, el cual será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo, con las medidas que considere necesarias. (artículo 50 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Como hemos observado la Comisión Interamericana funciona como órgano supervisor del cumplimiento de la Convención Americana en los Estados miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en aquellos que si son partes de la Convención y en los que además han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Luego entonces, la Comisión puede entre sus atribuciones constituir relatorías especiales sobre temas que valore relativos a los derechos que protege la Convención, ya sea a su propia iniciativa o a solicitud de terceros. Para estos casos, la Comisión podrá designar a sus miembros como responsables de relatorías de país, en cuyo caso asegurará que cada Estado miembro de la OEA cuente con un relator o relatora. (artículo 15 del Reglamento de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos).

En cuanto a quienes fungen como relatores, tienen la responsabilidad de llamar la atención del pleno de la Comisión sobre cuestiones que, habiendo llegado a su conocimiento, puedan ser consideradas como materia de controversia, grave preocupación o especial interés de la Comisión, pues son representantes de ésta y de la propia Convención.

Asimismo, con fundamento en los artículos 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 18.b del Estatuto de la Comisión y XIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano. (artículo 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos).

Ahora bien, una vez aceptada la petición, a juicio de la Comisión se puede generar una investigación *in loco*, en aquellos casos que se considere necesario y conveniente, para cuyo eficaz cumplimiento solicitará las facilidades pertinentes, que serán proporcionadas por el Estado en cuestión. Y tratándose de casos considerados graves y urgentes, la Comisión podrá realizar una investigación *in loco*, previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue haberse cometido la violación, tan sólo con la presentación de una petición o comunicación que reúna todos los requisitos formales de admisibilidad. (artículo 39 del Reglamento de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos).

Finalmente, la Comisión debe deliberar sobre el fondo del caso, a cuyo efecto preparará un informe en el cual examinará los alegatos, las pruebas suministradas por las partes, y la información obtenida durante audiencias y observaciones *in loco*. Informe sobre el cual la Comisión puede proceder de la siguiente manera:

1. Si establece que no hubo violación en un caso determinado, así lo manifestará en su informe sobre el fondo. El informe será transmitido a las partes, y será publicado e incluido en el Informe Anual de la Comisión a la Asamblea General de la OEA.
2. Si establece una o más violaciones, preparará un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmitirá al Estado en cuestión. En tal caso, fijará un plazo dentro del cual el Estado en cuestión deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. El Estado no estará facultado para publicar el informe hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto.
3. Notificará al peticionario la adopción del informe y su transmisión al Estado. En el caso de los Estados Partes en la Convención Americana que hubieran aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, al notificar al peticionario la Comisión le dará la oportunidad de presentar, dentro del plazo de un mes, su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte. Si el peticionario tuviera interés en que el caso sea sometido a la Corte, deberá presentar los siguientes elementos:

- a. la posición de la víctima o sus familiares, si fueran distintos del peticionario;
- b. los fundamentos con base en los cuales considera que el caso debe ser remitido a la Corte; y
- c. las pretensiones en materia de reparaciones y costas. (artículo 44 del Reglamento de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos).

## 2. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Para entender un poco el funcionamiento y papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, partimos de uno de los grandes conceptos delicados de su ejercicio, dicho concepto es el llamado control de convencionalidad, sobre el cual Castilla Juárez, sostiene que al introducir éste término la Corte sostiene al menos dos objetivos claros, los siguientes:

- a. Que los órganos de justicia en general, pero los jueces nacionales en particular, apliquen los contenidos de los tratados interamericanos, y
- b. Que al velar por el objeto y fin de éstos, los casos no lleguen al sistema interamericano, para que no lo saturen, al protegerse y garantizarse los derechos humanos de manera efectiva al interior de cada Estado, como originalmente este diseñado el sistema.<sup>19</sup>

Luego entonces, tomando en consideración lo anteriormente expuesto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se convierte en un garante de la protección de los derechos humanos hacia los Estados nacionales, para lo cual es sumamente importante comprender lo que de forma muy ilustrativa nos explica Ferrer Mac-Gregor al respecto:

---

19 Castilla Juárez, Karlos A., Karlos A., "¿Control interno o difuso de Convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, volumen XIII, 2013, p. 91.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede, ni lo ha pretendido, convertirse en un órgano que defina o imponga los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de su propia cultura, realidad y contexto histórico.

No consiste, en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al parámetro de convencionalidad, sino que implica en primer término tratar de armonizar la norma nacional con la convencional, lo cual significa realizar una interpretación conforme de la norma nacional con la consagrado en la Convención Americana de los Derechos Humanos, sus protocolos y la jurisprudencia convencional, como estándar mínimo para desechar aquellas interpretaciones contrarias o incompatibles al parámetro convencional; por lo que, en realidad se realiza un control de la interpretación que no cubre dicho parámetro. Y este ejercicio de compatibilidad lo puede realizar cualquier juez dentro de sus respectivas competencias, quedando reservada la inaplicación o declaración de invalidez de la norma inconvencional, exclusivamente a los jueces que dentro del sistema nacional tengan competencia para ello.<sup>20</sup>

Lo que nos comenta Ferrer Mac-Gregor resulta sumamente trascendente en virtud de que la intención de la Corte, es armonizar el contenido de la norma nacional con la convencional, ahora bien, sobre la cuestión consideramos que la armonía consiste en el aspecto coyuntural para entender la relación entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad, la cual implica un concertado acuerdo entre la norma nacional y aquella que viene de la Convención, acuerdo que corresponde a quienes aplican dicha norma, y que puede ser una realidad al ponderar los contenidos esenciales de cada orden normativo para arribar y adoptar a aquel que resulte más beneficio a la persona o bien, que cause menor perjuicio.

En conclusión, podemos decir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se convierte en una especie de órgano supervisor del

---

20 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, No. 609, 2011. pp. 342-344.

respeto a los derechos humanos por los Estados nacionales, sin embargo, no se trata de una supeditación a la jurisdicción internacional por imposición, más bien, de la adopción voluntaria de los Estados a la misma, concordando la jurisprudencia de la Corte Interamericana con el Derecho interno, es decir, lo que se busca no es el seguimiento de la Convención y sus derivados normativos por la mera obligación sino por la adopción y convencimiento de que dichas normas forman parte de los órdenes jurídicos nacionales al estar incorporados al derecho interno a través de la adopción del Sistema Interamericano y sus componentes.

Ahora bien, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos nace con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de abril de 1948, y desde el origen en este orden de ideas, sobre el origen de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cancado Trindade nos comenta lo siguiente:

*Fue fruto originalmente de una resolución y no de un tratado: la resolución VIII de la quinta reunión de consulta de los ministros de relaciones exteriores, Santiago de 1959, estableció una Comisión (Estatuto de 1960), con un mandato ilimitado a la promoción de los derechos humanos y que disfrutaba de una posición sui generis dentro del sistema de la Organización de Estados Americanos. Al crear la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la reunión de consulta, concebida originalmente como órgano de consulta para problemas de naturaleza urgente que afectaban la paz y la seguridad continentales, de cierto modo ampliaba su competencia, al ejercer por primera vez, desde la adopción de la carta de Bogotá, el "poder de institucionalización" reservado por la Carta de la Organización de Estados Americanos (artículo 33) a la Conferencia Interamericana.<sup>21</sup>*

Ahora bien, pese a las iniciales reservas del Estado mexicano de abrirse a la política exterior en materia de derechos humanos, e incluso de su resistencia en un principio a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya adoptada la competencia contenciosa de la Corte, se permea al sistema jurídico interno la labor del Sistema Interamericano, sin embargo, debe quedarnos claro que, los órganos del Sistema Interamericano actúan de manera subsidiaria y complementaria de los propios sistemas internos, pero no sustituyen la jurisdicción interna de los Estados.

---

21 *Ibidem*, pp. 165-168.

Luego entonces, en materia de derechos humanos el Sistema Interamericano pretende eficientizar la protección de los derechos humanos y generar contextos de reorientación de los sistemas nacionales cuando no están cumpliendo a cabalidad con dicha labor.

Así entonces, concordamos en que, por cuanto a la adhesión de México al Sistema Interamericano, ha sido posible tomando en cuenta que México es parte de la Convención Americana de Derechos Humanos desde el 24 de marzo de 1981 y, que nuestro país, vino a reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde el 16 de diciembre de 1998.

Y, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encuentra su fundamento en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la cual se establece su funcionamiento, y en el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado mediante Resolución N° 448, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, basado en la Convención Americana de Derechos Humanos.

### 3. *La competencia contenciosa y el impacto al orden jurídico mexicano*

Transitar a la adopción de la competencia contenciosa e la Corte Interamericana de Derechos Humanos por México no fue un paso fácil, Saltalamanchia Ziccardi y Covarrubias Velasco nos muestran que de 1945 a 1994 en México se observó el siguiente panorama respecto a la política exterior en materia de derechos humanos:

Durante estas cinco décadas México sostuvo una posición ambigua ante la agenda internacional de los derechos humanos: de respaldo y hasta de exaltación en el discurso, pero con una práctica recelosa e incluso obstruccionista ante el ulterior desarrollo del régimen. México estuvo dispuesto a promover solamente el multilateralismo tradicional o de corte estado-céntrico, que subrayaba la defensa de los intereses y los derechos de los Estados-nacionales, colocando la soberanía y la no intervención como ejes rectores de la cooperación internacional en materia de derechos humanos.<sup>22</sup>

---

22 Saltalamanchia Ziccardi, Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, *op. Cit.*, p. 4.



Quizá por sucesos históricos de amenaza de intervención y despojo en México, así como por directrices políticas, se privilegió durante muchos años el esquema cerrado de soberanía y la no intervención en asuntos internos, apostando por una posición nacionalista radical, incluso frente a la protección de los derechos humanos. No obstante, México en el contexto interno, si estableció mecanismos de protección de derechos humanos (juicio de amparo).

Ahora bien, debido a la expansión de los mercados, al flujo e intercambio de las economías regionales y globales, así como a la interacción de transnacionales y la necesidad de la inversión extranjera, México se fue aperturando a la injerencia internacional en asuntos de derechos humanos, con una postura que se ha matizado poco a poco. Hechos que fueron determinantes tienen que ver con los probables abusos cometidos en el orden electoral, que colocaron al país en la óptica internacional por posibles arbitrariedades a los derechos humanos, lo que motivó al gobierno a tomar acciones que contuvieran tal imagen internacional, pues podrían inhibir la posición comercial del país.

El rol del Sistema Interamericano y sus órganos como la Comisión y la Corte han provocado significativas influencias para el orden jurídico mexicano, en consecuencia, se ha gestado la cumplimentación de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el caso Radilla, que se tradujo en importantes reformas constitucionales en materia de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de los que México sea parte como normas con el mismo valor jerárquico que las de fuente propiamente constitucional. Luego entonces, las normas contenidas en los tratados internacionales son para México, un instrumento contundente en la expansión de la protección de los derechos humanos.

Como ya advertimos la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que los Estados se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes, así entonces, la Corte puede emitir opiniones consultivas pero también resolver cuestiones contenciosas, por lo que corresponde a México en 1981 ratifica la Convención y finalmente el mes de diciembre de 1998 acepta la competencia contenciosa, anterior a ello, Saltalamanchia Ziccardi y Covarrubias Velasco nos dicen que en el país permeaba lo siguiente:

En 1969 México participó a fondo en las discusiones que condujeron a la redacción final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, el afán del gobierno mexicano fue restringir las facultades que el anteproyecto original contemplaba para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cabildeó intensamente en contra del establecimiento de una Corte Interamericana de Derechos Humanos con competencia jurisdiccional obligatoria.

Finalmente, varias objeciones de México (junto con las de otros países) fueron tomadas en cuenta, por lo que en el texto final se disminuyeron las facultades de la Comisión y, lo que es más importante, aunque si se creó la Corte, también se estableció que su jurisdicción tendría un carácter optativo. La delegación mexicana estimó que resultaría contraproducente para el país formar parte de la reducida minoría que votaría en contra, por lo que en el último momento México, cambió su posición y brindó su apoyo para la adopción de la Convención. Debido a la desconfianza que suscitaba esta evolución del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la delegación de México sintió la necesidad de emitir una declaración en la que subrayaba el carácter voluntario de la aceptación de la jurisdicción de la Corte, e insistió en que fuera anexada al acta final de la Conferencia de San José.<sup>23</sup>

Respecto a los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se dice que estos no han sido del todo uniformes, no obstante, pensamos que lejos de ser un punto criticable puede ser un criterio de oportunidad para advertir que aunque las directrices que debe seguir este tribunal internacional habrán de ser lo más claras y congruentes que puedan establecer los jueces, finalmente cada caso tiene que tener sus particulares matices y con la renovación del cuerpo de juzgadores deben lógicamente sobrevenir nuevos criterios.

Desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce su competencia contenciosa a la fecha, son vastos los casos en donde ha brindado majestuosas resoluciones, desde luego que éstas tienen seguidores y perseguidores, pues por irónico que parezca siempre se juzga la actuación de los jueces en sus criterios resolutivos, y este ejercicio finalmente resulta positivo, pues es ahí de donde en muchas ocasiones se perfecciona la labor del propio tribunal.

---

23 *Ibidem*, pp. 11-12.

Respecto de la competencia contenciosa de la Corte sobre México, ha sido trascendente lo vertido y derivado del caso Rosendo Radilla Pacheco *vs* Estados Unidos Mexicanos, del cual se emitió sentencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 23 de noviembre de 2009.

Sobre la causa se estableció la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del Ejército en el Estado de Guerrero, México. Por ello, La Comisión solicitó a la Corte que declare la responsabilidad internacional del Estado, bajo el siguiente contexto de los hechos:

Documentado que en la época en que fue detenido y hecho desaparecer el señor Rosendo Radilla Pacheco, en diversas partes del territorio mexicano tuvieron lugar numerosas desapariciones forzadas de personas. Así, surge del acervo probatorio que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en el marco del Programa Especial sobre Presuntos Desaparecidos, examinó 532 expedientes de queja sobre desapariciones forzadas de personas perpetradas durante el fenómeno calificado como la "guerra sucia de los años 70". A partir de dicha investigación la Comisión Nacional emitió la Recomendación 026/2001, en la que indicó que contaba con suficientes elementos para concluir que, en al menos 275 casos de los examinados, a las personas reportadas como desaparecidas se les conculcaron diversos derechos.<sup>24</sup>

Así entonces, en el caso Radilla, por lo que corresponde a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición, se resolvió por la Corte Interamericana lo siguiente:

- a. Determinación del paradero de Rosendo Radilla Pacheco.
- b. Reformas a disposiciones legales.
- c. Capacitación a operadores de justicia y educación en derechos humanos.
- d. Publicación de las partes pertinentes de la sentencia internacional.
- e. Acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional.

---

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sobre el caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, consultado en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/casos-contenciosos>, septiembre 2019.

- f. Restablecimiento de la memoria: semblanza de la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco.
- g. Brindar asistencia médica y psicológica gratuita a los familiares del señor Radilla Pacheco en una institución pública o privada, así como medicamentos, sin costo alguno, para los tratamientos que se diagnostiquen.

Luego entonces, en palabras del propio Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son tres las obligaciones que, del caso Radilla se observan para el propio Poder Judicial de la Federación de México, las cuales se traducen en el contenido del expediente Varios 912/10 del Poder Judicial de la Federación en México, las cuales consisten en lo siguiente:

- Deber de los jueces de llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- Deber de los jueces de restringir la interpretación del fuero militar en casos concretos.
- Deber del Poder Judicial de la Federación de Implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Radilla Pacheco<sup>25</sup>.

Así entonces, la reforma constitucional en México de 2011 sentó las siguientes directrices:

1. La armonización constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos.
2. La incorporación y el desarrollo de conceptos como:
  - a. La *interpretación conforme*.
  - b. El principio *pro persona*, conocido también como *a favor persona* o *pro homine*.
  - c. Reafirmación de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos.

---

25 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. Cit.*, p. 180-181.

- d. La prohibición de celebrar tratados que alteren o menoscaben los derechos humanos.
- e. La regulación de los límites, casos y condiciones, para la suspensión de los derechos humanos.
- f. La previa audiencia para la expulsión de extranjeros.
- g. La obligación de que las autoridades funden, motiven, y hagan pública, la negativa de aceptar o cumplir las recomendaciones que les dirijan las Comisiones de Derechos Humanos.
- h. La ampliación de la competencia de la Comisiones de Derechos Humanos.
- i. El traslado a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de la facultad investigadora asignada originalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- j. La posibilidad de acciones de inconstitucionalidad por las Comisiones de los Derechos Humanos, en el ámbito de su competencia contra leyes de carácter federal y estatal, así como de tratados internacionales.

## V. LOS RETOS DE LA SUPRANACIONALIDAD. DE LAS CORTES Y LAS NORMAS

De Schutter, nos revela que las brechas en la protección de los derechos humanos se han vuelto más graves en el contexto de la globalización durante los últimos 20 años. Las brechas incluyen:

- La falta de regulación sobre los derechos humanos y rendición de cuentas de corporaciones transnacionales (CTN).
- La ausencia de rendición de cuentas sobre derechos humanos de Organizaciones Intergubernamentales (OIG), y particularmente de Instituciones Financieras Internacionales (IFI).
- La inefectiva aplicación de las normas de derechos humanos a normas, políticas y disputas sobre inversión y comercio.
- La falta de implementación de las obligaciones de proteger y realizar los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)

en el extranjero, entre otras cosas a través de las obligaciones de cooperación y asistencia internacional<sup>26</sup>.

Carmona Tinoco al respecto nos comenta que algunos problemas para la eficacia judicial doméstica de los estándares de derechos humanos de origen internacional son:

- a. Desconocimiento de los estándares internacionales.
- b. Certeza en la jerarquía de los tratados internacionales a nivel doméstico.
- c. Falta de unificación en la nomenclatura derechos humanos/derechos fundamentales, entre otras.
- d. Los casos de monopolio exacerbado del control de constitucionalidad<sup>27</sup>.

Por ello, coincidimos con Hernández Cruz, en el sentido de que es "...indispensable establecer medidas para lograr que mediante la educación en derechos humanos y el cambio de actitud del gobierno y la sociedad mexicana en todos sus niveles".<sup>28</sup>

Luego entonces, podemos apreciar que, con la incorporación de un tratado al orden jurídico interno, se otorga a sus disposiciones una determinada jerarquía normativa que, de acuerdo con las diversas constituciones, puede situarlas al menos en cuatro diversas posiciones, respecto a la propia Constitución y leyes ordinarias:

1. La posición más alta que podría ocupar un tratado internacional dentro del orden interno de un Estado, estaría por encima de la propia Constitución, éste correspondería a un nivel supra-

---

26 De Schutter, Oliver *et. Al.*, Principios de Maastricht sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el área de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2016, p. IX.

27 Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La aplicación judicial de los derechos humanos de fuente internacional (algunos de sus problemas, retos y propuestas de solución)", en González Placencia, Luis y Morales Sánchez, Julieta, Derechos humanos, actualidad y desafíos, Tomo III, Colección Doctrina Jurídica Contemporánea, México, Fontarama-Universidad de Guanajuato, 2014, pp. 36-48.

28 Hernández Cruz, Armando, Los derechos económicos y culturales y su justicia-bilidad en el derecho mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 540, 2010, p. 163.

constitucional. Esta posición es la que en realidad ocupan desde el punto de vista del derecho internacional.

2. Otra posición sería aquella en la que los tratados internacionales estuvieran al mismo nivel que las normas constitucionales, esto es, poseerían rango constitucional.
3. En orden decreciente, los tratados podrán situarse en un nivel inferior al de la Constitución, pero superior respecto a las leyes ordinarias, en este caso serán de rango supra-legal.
4. Por último, si la Constitución otorga a los tratados un nivel similar al de las leyes ordinarias, se está en presencia de un rango legal<sup>29</sup>.

Sin embargo, ni el Sistema Interamericano ni sus órganos y sus resoluciones pueden ser efectivos si no se logra que las Salas, Cortes o Tribunales Constitucionales sean los primeros en proceder a armonizar o amalgamar las normas de fuente internacional con las de la propia Constitución, en una ecuación que sume disposiciones constitucionales, más las de los instrumentos internacionales y la jurisprudencia interna e internacional<sup>30</sup>.

Ahora bien, el Sistema Interamericano y particularmente los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han favorecido la protección de los derechos reconocidos por la Convención, los cuales son esencialmente configurados desde la doctrina tradicional de los derechos humanos, e incluso de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) a través del Pacto o Protocolo de San Salvador.

No obstante, es mucho más complicado tutelar y supervisar el cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) por su propia naturaleza, sin embargo, no podemos hablar de la efectividad total de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales sin tomar acción sobre los DESC, en virtud de que, para hacer realidad el plano de los derechos de cualquier orden, es necesario un entorno adecuado en condiciones de paz, de posibilidades para acceder a mayores cuotas de desarrollo con un medio ambiente

---

29 Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *op. Cit.*, p. 39.

30 *Ibidem*, p. 64.

sano y libre de contaminación y con programas y políticas que frenen la discriminación y la desigualdad social.

## VI. CONCLUSIONES

En este proceso de armonizar las normas de Derecho Internacional con aquellas de Derecho Interno en materia de derechos humanos, y de ampliar la protección de los mismos, a través del llamado diálogo entre cortes, tenemos que es imperioso dar tratamiento a circunstancias como el desconocimiento de los estándares internacionales por parte de los operadores jurídicos nacionales, así como de la posibilidad de que el mismo texto constitucional permite la elevación de normas de los tratados internacionales a nivel doméstico, norma constitucional por la cláusula de remisión jerárquica.

Lo anterior a partir de la estimación de que la adopción de conceptos y procesos como los que implican del control difuso de la convencionalidad consolidan el propio control constitucional, y al mismo tiempo el bloque de constitucionalidad, que permiten un mayor grado de justicia de los derechos.

Por ello, es indispensable establecer medidas para lograr la incorporación de la postura que enfatiza en que los tratados por virtud del propio orden constitucional poseen un nivel similar a las normas constitucionales y esto, además refuerza el criterio de supremacía constitucional, pues todo viene de la norma fundamental y nada en materia de derechos humanos es extraño a ella.

En este sentido las obligaciones en materia de protección y garantía de los derechos se ven como una tarea tanto de cortes nacionales como supranacionales, que éstas últimas poseen este carácter por operar fuera de la jurisdicción nacional de cualquier Estado parte, sin embargo, no son ajenas a los mismos, ni siquiera contrarias, sino que el Estado parte es parte de su origen y se auto-controla a través de la actuación de un tribunal en colegiado con otros Estados, lo que legitima la actuación interna de los operadores jurídicos nacionales.

Ahora bien, el diálogo entre cortes permite la igualdad de oportunidades entre los operadores internos y los supranacionales, pues tanto el tribunal supranacional puede enriquecer al nacional como viceversa. El diálogo por ello, no está investido de jerarquía sino que tiende a mejorar la justicia de los derechos en todos los órdenes.



# El impacto de la economía en las mutaciones constitucionales

MATTEO NICOLINI<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. EN TORNO A LAS CAUSAS “ECONÓMICAS” DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES; II. EL PROBLEMA METODOLÓGICO: FORMALISMO Y CAMBIOS CONSTITUCIONALES; III. MODELOS ECONÓMICOS NEOLIBERALES Y DEMOCRACIA NOMINAL; IV. LA COMPARACIÓN COMO CAMBIO METODOLÓGICO FRENTE A LAS INSIDIAS PROCEDENTES DE MODELOS ECONÓMICOS; V. LA RAÍZ DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES: LA VUELTA CUANTITATIVA DEL JURISTA; VI. LOS SÍNTOMAS DEL CAMBIO DE MENTALIDAD: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO; VII. EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO Y MUTACIONES EN EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL: DERECHOS, FUENTES, DESCENTRALIZACIÓN; VIII. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS; IX. TRIUNFO DE LA ECONOMÍA, AUTISMO DEL JURISTA Y AUDACIA DE LA COMPARACIÓN

## I. EN TORNO A LAS CAUSAS “ECONÓMICAS” DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES

El análisis de las relaciones entre economía y Derecho constitucional impone a los juristas un cambio doble y radical: de perspectiva y de método.

El cambio de perspectiva, en particular, impone abandonar las modalidades mediante que, en la última década, hemos valorado el impacto de los factores económicos sobre mutaciones constitucionales. Al considerar los fenómenos económicos, en efecto, nosotros iuspublicistas nos hemos centrado principalmente en la crisis económica que ha importado a gran parte de los Estados occidentales y, en particular, a aquellos que, en la Unión Europea, forman parte de la llamada Eu-

---

1 Profesor Titular de Derecho Público Comparado en la Universidad de Verona (Italia) y *Visiting Lecturer* en la Newcastle University Law School (Reino Unido). Este trabajo se inserta en las actividades del grupo de investigación “Processi decisionali e fonti del diritto” – Proyecto de Investigación de Excelencia – Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Verona financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia sobre “Derecho, mutaciones y tecnologías”.

rozona<sup>2</sup>. Parece que nos hemos olvidado de que la interacción entre economía y Derecho constitucional es un fenómeno históricamente recurrente. Si es cierto que la primera impacta sobre las constituciones nacionales, es cierto que la intervención pública en la regulación del fenómeno económico ha sido consustancial a la formación del Estado moderno y a la mutación de sus relaciones con la sociedad en la larga evolución hacia el Estado social y prestacional<sup>3</sup>.

Nuestras investigaciones han adoptado una perspectiva limitada, interesada en las causas y efectos de la crisis económico-financiera actual. De esta manera, hemos infravalorado su alcance y explicado la crisis a la luz del nivel de endeudamiento público de los Estados y de la “necesidad de garantizar [su] propia sostenibilidad económica y social”<sup>4</sup>.

La economía ha impulsado numerosos procesos de cambio –formales o implícitos– de los textos constitucionales durante un periodo

- 
- 2 Véase GINSBURG, T. *et al.* (eds) (2019). *Constitutions in Times of Financial Crisis*. Cambridge: CUP. En la doctrina italiana hay, sin embargo, excepciones a esta tendencia: véanse, entre otros, MORRONE, A. (2014). Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa. *Quaderni costituzionali*, 2014, 79-108; BUTTURINI, D. (2016). La problemática relación entre Ley Fundamental y economía. ¿Hacia una nueva forma de Estado? en: BAGNI, S. *El Constitucionalismo por encima de la crisis. Propuestas para el cambio en un mundo (des)integrado*, Bolonia: Filodiritto, 39–72. En cuanto a la doctrina española véase CASTELLÀ ANDREU, J.M.<sup>a</sup> (2013). Transformaciones de la estructura del poder estatal en el marco de la globalización. Apuntes para un debate. En: REVI-RIEGO PICÓN, F. (coord.). *Constitución y Globalización. Transformaciones del Estado Constitucional*, Zaragoza: Fundación Jiménez Abad, 2013, 23–50, 27.
- 3 Sobre la constitución económica véase BILANCIA, P. (2019). L'effettività della Costituzione economica nel contesto dell'integrazione sovranazionale e della globalizzazione. *Federalismi.it*, 5, 1–18. De “Estado prestacional” razona ESTEVE PARDO, J. (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid *et al.*: Marcial Pons, 49 y sigs. Sobre la evolución histórica de las relaciones entre Derecho y economía véanse, en la doctrina italiana, GIANNINI, M.S. (1986). *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*. Bolonia: il Mulino, 69 y sigs.; BOGNETTI, G. (1995). *La Costituzione economica italiana*. 2ª edición. Milán: Giuffrè; GALGANO, F. (2010), *Lex mercatoria*, 5ª edición. Bolonia: il Mulino; DE MARCO, E. (2019). “Costituzione economica” e integrazione sovranazionale. *Federalismi.it*, 5, 89–102.
- 4 ESTEVE PARDO, J. (2013). *La nueva relación*, 138.
- 5 Véanse PEGORARO, L. y RINELLA, A. (2018). *Derecho constitucional com-*

temporal más amplio que no sea la actual coyuntura económica. En lo que nos concierne, los efectos se remontan a las políticas económicas neoliberales elaboradas por los actores del Consenso de Washington en los años Setenta y Ochenta del siglo pasado<sup>6</sup> y luego concretadas en Europa entre los años Noventa y la primera década del siglo XX por parte de gobiernos socialdemócratas<sup>7</sup>. La adopción de una perspectiva tan limitada ha dejado a economistas, iusprivatistas y estudiosos del Derecho económico la valoración de causas, efectos y medidas a adoptar para reducir el diferencial de rendimiento entre los títulos de deuda pública por el empeoramiento de los parámetros económicos en conexión de una fase adversa del ciclo económico<sup>8</sup>.

Así las cosas, se advierte en el fondo la necesidad de un verdadero cambio de perspectiva que nos deje examinar no sólo el impacto de la crisis en su relación coyuntural con los textos constitucionales, sino también los solapamientos entre procesos de mutación jurídica –principalmente constitucionales– y factores económicos que ocasionan dichas mutaciones. Es patente que la expresión “factores económicos”

---

*parado*, 2, *Sistemas constitucionales*. Volumen B. Buenos Aires: Astrea, 397. Por ejemplo, el crecimiento económico fomentó la creación del Imperio colonial británico: NICOLINI, M. (2017). «Benefitting the commerce of the mother country»: paradigmi ‘coloniali’, *law merchant* e globalizzazione politica. *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 448.

- 6 TYLER, G. (1993). The Nation-State vs. the Global Economy. *Challenge*, 36, 26-32. Sobre el consenso de Washington véase ARESTIS, P. (2004-2005). Washington Consensus and Financial Liberalization. *Journal of Post Keynesian Economics*, 27, 251- 271.
- 7 Sobre la mutación jurídica promovida por el neoliberalismo véase BOGNETTI, G. (1997). La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento interno. En: Vv.Aa. *La Costituzione economica*. Atti del Convegno. Padua: CEDAM, 69 y sigs. Véase además SOMMA, A. (2019). *Introduzione al diritto comparato*. 2ª edición. Turín: Giappichelli, 66 y sigs., 99. El mismo autor examina detalladamente las políticas neoliberales de los partidos socialdemócratas europeos: SOMMA, A. (2015). *L'altra faccia della Germania. Sinistra e democrazia economica nelle maglie del neoliberalismo*. Roma: DeriveApprodi.
- 8 Es llamativo que los análisis más destacados proceden del Derecho privado comparado. Véanse PISTOR, K. (2019). *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*. Princeton: Princeton U.P., 77; SOMMA, A. (2018). *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*. Roma: DeriveApprodi, 75–84; SOMMA (2019), *Introduzione*, 182.

se asume aquí en su sentido más amplio, abarcando su gran variedad, así como el impacto de modelos econométricos y políticas económicas que siguen plasmando el constitucionalismo contemporáneo<sup>9</sup>.

## II. EL PROBLEMA METODOLÓGICO: FORMALISMO Y CAMBIOS CONSTITUCIONALES

Como ya se ha dicho en la apertura del párrafo anterior, el cambio de perspectiva debe acompañarse a otro cambio, que se supone aún más radical: se trata, en efecto, de una mutación metodológica en el estudio de las relaciones entre Derecho y economía.

Cabe recordar que la doctrina jurídica –que se ha bastante focalizado en el impacto “constitucional” de la crisis económica– ha propuesto valoraciones puramente “normativas”, investigando las interacciones entre crisis y constitución de una perspectiva “formal”. En efecto, la huella dejada por la crisis sobre el Derecho constitucional ha sido tan contundente que los legisladores nacionales adoptaron una serie de actos legislativos ordinarios para contrarrestar sus efectos y conseguir, en términos de sostenibilidad márgenes de ahorro lo más amplios posibles<sup>10</sup>.

Esas preocupaciones han facilitado numerosas reformas constitucionales: con la notable excepción de Austria y Alemania, que habían modificado su propias Leyes fundamentales al final de la primera década del siglo XXI<sup>11</sup>, los demás países de la Unión Europea

---

9 Como rotundamente ponen en relieve GRASSO, G. (2012). *Il costituzionalismo della crisi*. Nápoles: Editoriale Scientifica; GAMBINO, S. (2015). Crisis económica e costituzionalismo contemporaneo Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale? *Astrid Rassegna*, 2, 1–23.

10 Sobre las medidas de rango legislativo ordinario véase, en perspectiva comparada, VIDAL PRADO, C. y DELGADO, D. (coords) (2017), *Crisis económica y reforma de las Administraciones públicas. Un estudio comparado*, Madrid: INAP, en que el estudian las reformas y medidas adoptadas por Portugal, Grecia, Irlanda, Italia, España y Francia.

11 Esto es, “cuando la crisis económico-financiera internacional se [encontraba] ya en pleno apogeo”: ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M. (2013). La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98, 154. Véase los arts. 109.3 y 115 de Ley Fundamental de la

incorporaron en sus propios sistemas constitucionales el principio del equilibrio presupuestario en el mismo periodo en que el “Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria” de 2012 (el denominado “Pacto Presupuestario”) prima-ba para la adopción de reformas estructurales en la perspectiva de la contención de gastos y déficits públicos<sup>12</sup>.

También la Unión Europea había adoptado sus propias medidas para fomentar la sostenibilidad económica. Si ya el Tratado de Maastricht (1992) y el Pacto de la estabilidad y de crecimiento (1997) habían tratado limitar deudas públicas excesivas, el Tratado de Lisboa (2009) introdujo el procedimiento por déficit excesivo (art. 126 TFUE): las finanzas estatales deben evitar deudas públicas o déficits presupuestarios insostenibles; al no cumplir con esa previsión, el Estado miembro infractor puede ser sancionado. Para fomentar la limitación del gasto y conseguir la reducción de la deuda pública de los Estados miembros cuya moneda, la Unión Europea aprobó otra reforma constitucional al modificar el apartado 3 del artículo 136 TFUE en medio de la crisis (2011). Se ofreció de tal manera cobertura a un mecanismo de estabilidad para la salvaguardia de la estabilidad de la

---

República Federal de Alemania, modificado en 2009. KÖLLING, M. (2012). Los Límites de la deuda pública según la reforma de la Ley Fundamental Alemana de 2009. *Revista d'Estudis autonòmics i Federals*, 16, 74–106; EMDID IRUJO, A. 2012, *La constitucionalización de la crisis económica*. Madrid: Iustel. En cuanto a Austria véase el art. 51 de la Ley constitucional federal, modificado en 2008. D'ORLANDO, E. (2012). I rapporti finanziari tra i livelli di governo e le antinomie del modello federale austriaco. En: PALERMO, F. y NICOLINI, M. (2012). *Federalismo fiscale in Europa. Esperienze straniere e spunti per il caso italiano*. Nápoles: Esi, 59; GUELLA, F. (2013). Modelli di federalismo fiscale a confronto: Italia e Austria. EN. PALERMO, F. *et al.* (coords). *Federalismo fiscale e autonomie territoriali. Lo stato dell'arte nell'Euregio Tirolo-Alto Adige/Südtirol-Trentino*. Padua: Cedam, 83.

- 12 Véase GROPPI, T. (2012). The Impact of the Financial Crisis on the Italian Written Constitution. *Italian Journal of Public Law*, 4, 1-14; DELGADO RAMOS, D. (2012). La reciente constitucionalización de la estabilidad presupuestaria ¿Una reforma necesaria? *Revista de Derecho Político*, 87, 317-352; ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M. (2013). La incorporación constitucional, 149-188; CANTORE, C. M. y MARTINICO, G. (2013) Asymmetry or Dis-integration? A Few Considerations on the New “Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union. *European Journal of Law Reform*, 19, 2013, 463 y sigs.

zona del euro; y, en el mismo tiempo, se supeditaba la “concesión de toda ayuda financiera necesaria ... a condiciones [muy] estrictas”<sup>13</sup>.

A nadie se le oculta que el Derecho constitucional, en contacto con el “hecho” económico, no puede ser reducido a un listado, aunque jurídicamente vinculante, de medidas aprobadas para evitar la propagación de la crisis. Acudiendo a una valoración puramente formal de los mecanismos constitucionales –nacionales y europeo– para contrarrestar la crisis, el Derecho acaricia la vana ilusión de dominar la economía mediante la enunciación de los principios de contención del gasto público, sostenibilidad del Estado prestacional y limitación de su deuda.

Por un lado, la ilusión de dominar un fenómeno complejo cuyo alcance es global ha determinado una mutación formal del orden constitucional; por otro lado, la modificación constitucional ha afectado también el léxico y el contenido de la propia constitución, así como los criterios para gobernar los factores económicos. En un mundo globalizado a nivel económico, parece que los contextos constitucionales se limiten a registrar pasivamente cambios institucionales promovidos por actores internacionales que no tienen legitimación democrática ni popular. Presionados por los modelos económicos neoliberales y la *convergence of law*<sup>14</sup>, el jurista sustituye el lenguaje jurídico constitucional con una nueva lingüística jurídica, la cual refleja la *global financial dominance*.

---

13 Véase la Decisión n. 2011/199/UE del Consejo Europeo de 25 de marzo de 2011 que modifica el art. 136 del TFUE en relación con un mecanismo de estabilidad para los Estados miembros cuya moneda es el euro. Para una reseña de las medidas europeas véase MICCÙ, R. (2019). Le trasformazioni della Costituzione economica europea. *Federalismi.it*, 5, 25–42, 33 y sigs. VALDESALICI, A. (2019). L’impatto della governance economica europea sull’autonomia finanziaria. En: OBWEXER, W., HAPPACHER, E. y ZWILLING, C. (Hrsg). *EU-Mitgliedschaft und Südtirols Autonomie II*. Viena: Verlag Österreich: 563 y sigs.

14 SIEMS, M. (2018). *Comparative Law*. 2ª edición. Cambridge: CUP, 262.

### III. MODELOS ECONÓMICOS NEOLIBERALES Y DEMOCRACIA NOMINAL

La transformación del léxico constitucional expresa un cambio que concierne también el “contenido” de las constituciones. Democracia y Estado de Derecho son ahora una *performance measure*, una mensuración de eficiencia de sistemas constitucionales que deben atraer a los inversores internacionales: si el sistema es cuantitativamente democrático, la inversión y su rentabilidad serán más predecibles<sup>15</sup>. En efecto, la sostenibilidad financiera es un “*contenido rigurosamente inédito en una tradición constitucional decantada hacia la resuelta protección de los individuos ... frente al poder omnímodo del Estado*”<sup>16</sup>. Muy probablemente, la alteración en el lenguaje y contenido de la Constitución se fundamenta en criterios de sostenibilidad que las mismas Constituciones encomiendan a parámetros exteriores. Así, por ejemplo, el art. 135 de la Constitución Española remite los criterios de estimación en materia de endeudamiento a “*márgenes establecidos ... por la Unión Europea*”<sup>17</sup> o, en su caso, a valoraciones del riesgo de crédito elaboradas por las agencias de *rating* o de calificación.

Y no cabe, para salvar este escollo, afirmar que el Derecho constitucional haya ya entregado su propia sostenibilidad financiera a modelos matemáticos. Como evidenciado en la doctrina sociológica, en 2007 –es decir, pocos meses antes de la crisis económica– los indicadores nos mostraban que el sistema financiero era seguro. La crisis se

---

15 En contra la “dictadura de los números” véanse SOMMA, A. (2018). *Sovranismi*, 75; OTO-PERALÍA, D. y ROMERO-ÁVILA, D. (2017). *Legal Traditions, Legal Reforms and Economic Performance. Theory and Evidence*, Viena: Springer, 85–119 y 121–135; NICOLINI, M. (2019). Praising the World “by Geometrical Terms”: Legal Metrics, Science and Indicators in Swift’s Voyage to *Laputa*. *Pólemos*, 13, 327–348.

16 ESTEVE PARDO, J. (2013). *La nueva relación*, 138.

17 Art. 135 de la Constitución Española, en la redacción de 2011. Según DELLE-DONNE, G. (2014). A Legalization of Financial Constitutions in the EU? Reflections on the German, Spanish, Italian and French Experiences. En: ADAM, N. *et al.* (eds). *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*. Oxford and Portland, OR: Hart Publishing, 188, dicho artículo contiene “dynamic clauses”, puesto que se refieren “to deficit and debt limits defined at the EU level”.

amparó así bajo una excesiva seguridad jurídico-financiera que había sido grabada en el sistema por parte de los “*financial market indicators*”<sup>18</sup>.

Lo que se quiere decir es que la ilusión de dominar la economía financiera global mediante el Derecho constitucional se convirtió en su contrario, esto es, en una mutación constitucional limitativa de la carga “redentora” del constitucionalismo liberal. Se ha logrado entregar a los actores financieros la posibilidad de aprovechar de la crisis para afinar “*sus mecanismos de autorregulación dotándolos de una indudable efectividad*”<sup>19</sup>.

Las mutaciones de las constituciones procuraron asegurar a los inversores internacionales una posición de dominación sobre el mismo Derecho constitucional. Por lo tanto, se ha asegurado “protección constitucional” al capitalismo global neoliberal<sup>20</sup>.

La tendencia es difusa en la Unión Europea: los Tratados dejan a los Estados miembros un cierto grado de autonomía en política económica, en el marco, sin embargo, de una “coordinación más estrecha” y de “una convergencia sostenida de los resultados económicos”, según rezan los artículos 2.3 120 y 121.3 TFUE. El art. 3.2 del Pacto presupuestario impone también a los Estado adoptar «disposiciones que tengan fuerza vinculante y sean de carácter permanente, preferentemente constitucional, o cuyo respeto y cumplimiento estén de otro modo plenamente garantizados a lo largo de los procedimientos presupuestarios». Las medidas adoptadas han sido de naturaleza constitucional, con la notable excepción de Francia: mediante aprobación del la Ley Orgánica 692/2001, de 1 de agosto, sobre legislación financiera, el Pacto Presupuestario fue incorporado en el ordenamiento francés. Como destaca la doctrina, se quiso poner de manifiesto –pero a nivel infra-constitucional– una vinculación al Pacto que ya se reca-

---

18 FARLOW, A. (2015). Financial Indicators and the Global Financial Crash. En: ROTTENBURG, R. *et al.* (Eds). *The World of Indicators. The Making of Governmental Knowledge through Quantification*. Cambridge: Cambridge University Press, 221–222.

19 ESTEVE PARDO, J. (2013). *La nueva relación*, 142.

20 NICOL, D. (2010). *The Constitutional Protection of Capitalism*. Londres: Bloomsbury.



bada implícitamente del artículo 55 de la Constitución francesa y de los Tratados europeos<sup>21</sup>.

También en América Latina numerosas constituciones incorporan la ortodoxia neoliberal: protección de los inversores extranjeros, determinación constitucional de un techo de gasto público inmodificable por los poderes constituidos, austeridad en la concreción de las políticas sociales y monetarias<sup>22</sup>.

En ambos continentes, pues, la democracia constitucional se aleja del modelo del Estado prestacional y del de “desarrollo sostenible... basado en un crecimiento económico equilibrado ... en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social” que está solemnemente enunciado en el art. 3 TUE<sup>23</sup>.

Si nos centramos en Derecho constitucional estatal y europeo, el impacto de la economía neoliberal sobre la mutación constitucional formal determina cambios implícitos en el funcionamiento de los institutos clásicos de democracia representativa. El art. 121.4 del TFUE establece que, al comprobarse “que la política económica de un Estado miembro contradice las orientaciones generales ... o puede poner en peligro el correcto funcionamiento de la unión económica y monetaria”, la Comisión “podrá dirigir las recomendaciones necesarias al Estado miembro” proponiendo las medidas que se reputen necesarias. Estamos frente a una limitación patente de la discrecionalidad gozada

- 
- 21 ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M. (2013). La incorporación constitucional, 176.
  - 22 V. BRUFF, I. (2013). The Rise of Authoritarian Neoliberalism. *Rethinking Marxism. A Journal of Economics, Culture & Society*, 26, 113–129. Sobre la persistencia de los modelos neoliberales en Latino-América véase SOMMA, A. (2018). Il diritto latinoamericano tra svolta a sinistra e persistenza dei modelli neoliberali. *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 20, 57 y ss. Sobre la constitucionalización del neoliberalismo en Latino-América véase ALVIAR GARCÍA, H. (2019). Neoliberalism as a form of authoritarian constitutionalism. En: ALVIAR GARCÍA, H. y FRANKENBERG, G. (eds.). *Authoritarian Constitutionalism. Comparative Analysis and Critique*. Cheltenham-Northampton (MS): Edward Elgar, 37 y ss.
  - 23 BORGER, V. (2013). How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area. *European Constitutional Law Review*, 9, 7-36.

tradicionalmente por los órganos político-constitucionales en la elaboración de sus propias políticas económicas y fiscales<sup>24</sup>.

Se halla aquí una contradicción entre Derecho constitucional y economía. Por un lado, no puede negarse que el sistema económico global se fundamenta sobre los principios económicos, jurídicos y políticos del Estado liberal<sup>25</sup>. Por otro lado, eso conlleva la inversión entre democracia constitucional y democracia económica neoliberal. En consecuencia, se ha logrado compatibilizar los modelos económicos estatales con las exigencias liberales de la financia global. Como ha sido rotundamente puesto en relieve, las mutaciones constitucionales de este tipo miran a “*la reintroducción de los modelos liberales, desenganchados de la soberanía nacional y dictados a nivel europeo o mundial, incluso de parte de autoridades que tienen una débil legitimidad democrática*”<sup>26</sup>. El resultado del proceso de cambio, pues, ha convertido el modelo de Estado liberal en “*the only viable societal model left, for only they are compatible with economic success and [the] rapidly integrating information-intensive world economy*”<sup>27</sup>.

La contradicción se da al éxito del proceso de reconversión del Estado democrático de Derecho en la estructura constitucional liberal, preferida por la democracia financiera. Dicho proceso implica la reducción del ámbito de maniobra del *indirizzo politico* en materia presupuestaria, que contradice los principios y valores sobre que ha ido

- 
- 24 FRIEDEN, J.A. (1991). Invested interests: the politics of national economic policies in a world of global finance, *International Organization*, 45, 1991, 425–451. La limitación de la discrecionalidad de los decisores estatales “raises significant questions ... [as to] the extent of the discretion left to ... states to make fundamental decisions about taxation and spending”: PEERS, S. (2012). The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics? *European Constitutional Law Review*, 8, 404. Véase además MORENO GONZÁLES, G. (2019). *Estabilidad presupuestaria y constitución: fundamentos teóricos y aplicación desde la Unión Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- 25 BOHMAN, J. (2007). *Democracy across Borders. From Démos to Dêmoi*. Cambridge, MA, y Londres: The MIT Press, 28.
- 26 Véanse PEGORARO, L. y RINELLA, A. (2018). *Derecho constitucional comparado*, 2, *Sistemas constitucionales*. Volumen A. Buenos Aires: Astrea, 337.
- 27 KURKI, M. (2010). Democracy and Conceptual Contestability: Reconsidering Conceptions of Democracy in Democracy Promotion. *International Studies Review*, 12, 366.

sustentándose el constitucionalismo clásico. Entre otros, la definición de la constitución como límite al poder político y económico; y, en las formas de gobierno parlamentarias, las propias modalidades de formación de los gobiernos nacionales y la función de control-autorización en sede de redacción del presupuesto por parte de las Asambleas democráticamente elegidas, como bien demuestra el caso italiano<sup>28</sup>.

La “democracia (económica) constitucional” expresa una fórmula política en que las decisiones están tomadas, ciertamente, según lo establecido en los textos constitucionales, siempre que dichas decisiones sean “financieramente sostenibles”. Se ha propuesto de definir esta mutación en el sistema constitucional como “democracia nominal”<sup>29</sup>: la constitución – que cumple formalmente con estándares y requisitos democráticos– se hunde bajo la presión de las finanzas globales y una retórica democrática que ha sido vaciada de su axiología constitucional.

Así las cosas, la aplicación del formalismo al método jurídico tradicional no capta ni descifra cambios constitucionales que son, en primer lugar, mutaciones culturales. Los “Transnational and trans-governmental elite networks” que desenvuelven un papel ineludible en la política mundial, no se dejan encuadrar en las categorías dogmáticas del constitucionalismo liberal, pues “*they do not constitute democracy in the classic sense*”<sup>30</sup>.

---

28 Sobre la formación de gobiernos a legitimación tecnócrata en Italia en el medio de la crisis véase PATTARO, E. (2013), La prassi del governo Monti. *Percorsi costituzionali*, 419 ss.; RUGGERI, A. (2011). Art. 94 della Costituzione vivente: ‘Il Governo deve avere la fiducia dei mercati’ (nota minima a commento della nascita del Governo Monti). *Federalismi.it*, 23, 2011. El mismo autor se refiere a “restricciones formidables expresadas por los mercados” al examinar la formación, en 2018, del gobierno presidido por Giuseppe Conte: RUGGERI, A. (2018). Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione. *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018.

29 KEOHANE, R.O. (2015). Nominal democracy? Prospects for democratic global governance. *International Journal of Constitutional Law*, 13, 344.

30 KEOHANE, R.O. (2015). Nominal democracy?, 344.

#### IV. LA COMPARACIÓN COMO CAMBIO METODOLÓGICO FRENTE A LAS INSIDIAS PROCEDENTES DE MODELOS ECONÓMICOS

El cambio metodológico, pues, se entrelaza con las mutaciones semánticas y de contenido que proceden de un lenguaje jurídico global y de la regulación uniforme de las relaciones financieras en los mercados mundiales.

Parece que la globalización imponga una solución obligada: la adopción de un paradigma en que la democracia refleja de necesidad la eficiencia económica del sistema constitucional “neoliberal”<sup>31</sup>.

Sin embargo, cabe avisar de que la dirección indicada por la globalización no es única ni obligada. El estudio del Derecho positivo experimenta sendas culturales y jurídicas alternativas que se desprenden, en particular, del “*subversive potential of comparative legal thinking*”<sup>32</sup>. Dicho de otra manera, la comparación es subversiva y propone re-imaginar política y jurídicamente la relación entre economía, democracia y cambios constitucionales.

Las sendas indicadas por la comparación trazan un marco teórico alternativo. No se quiere abandonar el rigor de la ciencia jurídica tradicional, sino abrir su método (que se centra en el Derecho positivo como estructura puramente formal) y perspectiva (limitada a la relación entre crisis y mutaciones constitucionales) a valoraciones más amplias de los fenómenos –entre otros, económicos– que empujan cambios en la esfera de lo jurídico-constitucional. Lo que se quiere practicar es una metodología cuya actitud subversiva nos permita abandonar la dicotomía “jurídico–no jurídico”, para luego apreciar

---

31 Sobre el modelo neoliberal como modelo de *commodification* véanse BAILLEUX, A. y OST, F. (2016). Six hypothèses à l'épreuve du paradigme croissantiel. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 77, 27–28: “ce paradigme postule comme possible et désirable l'accroissement infini de la quantité de bien-être matériel (entendez: acquis moyennant paiement) au sein d'une société donnée. Autrement dit, ce paradigme présente comme possible et désirable l'augmentation continue de la consommation et de la production dans une société donnée, c'est-à-dire la croissance illimitée du produit intérieur brut de cette société”.

32 FLETCHER, G. P. (1998) Comparative law as a Subversive Discipline. *American Journal of Comparative Law*, 4, 684.

el hecho de que la realidad constitucional es fruto de reacciones entre variables de índole económica y procesos jurídicos que muchas veces no se puede explicar o comprender mediante una perspectiva puramente formal.

Además, la actitud subversiva de la comparación está respaldada por su vocación interdisciplinar. Al examinar el impacto de las variables no-jurídicas sobre el propio Derecho, la comparación elabora el marco metodológico más adecuado para ordenar la realidad jurídica actual, cuya complejidad no atañe a clasificaciones que parecen replicar el *frame* cartesiano con sus clasificaciones y orden racional –esto es, formal–. Debemos “*manage reality rather than to represent it*”<sup>33</sup>; y a la comprensión de la realidad constitucional el Derecho comparado ha dedicado su estatuto metodológico plural<sup>34</sup>.

Para recuperar la interacción entre modelos económicos, neoliberalismo y procesos de mutación constitucionales, el jurista debe aproximarse al trasfondo de esta compleja relación. No se trata de reseñar institutos, mutaciones y medidas adoptadas para contrarrestar la amenaza de un colapso financiero; sino de desarrollar una comprensión crítica de dichas medidas, que reflejan otro cambio radical: el que afecta la mentalidad de la categoría de los juristas.

## V. LA RAÍZ DE LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES: LA VUELTA CUANTITATIVA DEL JURISTA

Al trasfondo de la compleja relación entre economía y mutaciones constitucionales se halla un cambio en la mentalidad de los juristas. Dicho cambio nos permite apreciar por qué la evaluación las medidas adoptadas para resistir al impacto de la crisis económica se ha desarrollado mediante métodos y valoraciones formales.

En el ámbito metodológico, se ha generado una verdadera vuelta cuantitativa en el estudio del Derecho<sup>35</sup>: por medio de la *numerical*

---

33 RORTY, R. (1999). *Philosophy and Social Hope*. Londres: Penguin, XIII.

34 SOMMA, A. (2019). *Introduzione*, 36.

35 Véanse, sobre este, punto SIEMS, M. (2005). *Numerical Comparative Law*: Do

*comparative law* se mensura la eficiencia de los sistemas constitucionales, en general, y la eficacia de las políticas económicas estatales<sup>36</sup>.

Mentalidad y método econométricos favorecen el diálogo entre Derecho constitucional y contexto económico-financiero. Por un lado, el cambio de mentalidad en la comprensión y explicación del fenómeno jurídico ha afectado, como ya se ha dicho, al lenguaje del constitucionalismo. Por otro lado, un análisis econométrico nos revela como “*legal institutions have an impact on economic growth*” y permite mensurar el Derecho “*by the incentives it sets for welfare-maximizing conduct*”<sup>37</sup>.

Sin embargo, el diálogo con las ciencias económicas encubre numerosas insidias metodológicas, puesto que la mensuración cuantitativa está muchas veces utilizada para valorar cualitativamente la calidad de los sistemas jurídicos. Los actores financieros sugieren a los Estados reformas y cambios constitucionales para ser más atractivos hacia los inversores extranjeros. La mensuración cualitativa del Derecho, pues, genera *rankings* análogos a los elaborados para las agencias de valoración del riesgo: se trata de una política del Derecho, practicada por la ortodoxia neoliberal para penetrar las infraestructuras jurídicas nacionales y luego mutarla para facilitar la maximización del rendimiento económico en favor de los inversores. Estamos frente a *decisiones políticas* que afectan y condicionan la política económica estatal.

---

We Need Statistical Evidence in Law in Order to Reduce Complexity? *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 13, 521-540; SIEMS, M. (2018) *Comparative Law*, 180-180; PARISI, F. Y LUPPI, B. (2012) Quantitative methods in comparative law. En: MONATERI, P.G. (ed.). *Methods in Comparative Law*, Cheltenham-Northampton (MA), Elgar, 306-316; AJANI, G. (2018). Ruling by indicators: How the use of vague notions and quantitative indicators facilitates legal change. *The Cardozo Electronic Bulletin*, 23, 1-24.

36 Sobre la mensuración de la eficiencia jurídica véase PITRUZZELLA, G. (2019). Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica? *Quaderni costituzionali*, 607.

37 MICHAELS, R. (2009). Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, *Doing Business Reports*, and the Silence of Traditional Comparative Law. *The American Journal of Comparative Law*, 57, 768. Sobre la ilusión de “juridificar” el crecimiento económico véase DELLEDONNE, G. (2018). La croissance économique dans l'ordre juridique : retour sur un débat des trente glorieuses. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 81, 341.

Así las cosas, se comprende tanto la vuelta cuantitativa en la ciencia jurídica como el triunfo del método formal de valoración del fenómeno jurídico. A nadie se le escapa que la *política neoliberal* y el formalismo jurídico se fundamentan en una concepción científica del Derecho –donde “científico” se refiere a las ciencias duras–. Razonar de “infraestructuras” jurídicas exportables y trasplantables en otros sistemas respalda la idea de la neutralidad del Derecho frente a los contextos en que dichas infraestructuras serán aplicadas<sup>38</sup>.

La neutralidad de formas y enunciados jurídicos-constitucionales conlleva la posibilidad de que factores extrajurídicos (en lo que nos concierne, económicos) contribuyen a rellenar de sentido los mismos enunciados. En pragmática –ámbito de la lingüística que se centra en el contexto, esto es, en el “conjunto de suposiciones que permite la comprensión de un enunciado”– el proceso de definición del significado genera *implicaturas inferenciales*. El hablante (los actores de la financia mundial) emiten estímulos ostensivos (su propia política) en un contexto (la vuelta cuantitativa) para llegar a un cierto sentido: un significado normativo coherente con (y funcional a) los objetivos de los inversores internacionales<sup>39</sup>.

Se puede hablar de una verdadera vuelta econométrica, por ejemplo, en relación con el concepto de *rule of law*, que en los procesos de globalización se ha convertido en un vector que facilita la mutación constitucional, fomenta la *good governance* e incrementa la eficiencia de los sistemas nacionales. No nos extraña el hecho de que la *rule of law* fue adoptada, en la República Popular China, como *guiding principle* por el XV Congreso del Partido Comunista en 1997<sup>40</sup>.

---

38 BUSSANI, M. (2010). *Il diritto dell'Occidente. Geopolitica delle regole globali*. Turín: Einaudi, 52. Sobre la neutralidad del Derecho v. GREENAWALT, K. (1992). *Law and Objectivity*, Oxford y Nueva York, OUP, 1992; SMITH, T. (2011). Neutrality Isn't Neutral: On the Value-Neutrality of the Rule of Law. *Washington University Jurisprudence Review*, 4, 51; KRAMER, M. H. (2009). *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge: CUP, 101–186.

39 PORTOLÉS, J. (2007). *Pragmática para hispanistas*. Madrid: Síntesis, 99 y 87. Sobre la aplicación de la pragmática al lenguaje jurídico véase NICOLINI, M. (2017). From Hard-Copy to Digital Law via “Illustrated Courtrooms”: Visualising the History of Legal English. *Pólemos*, 11, 209–245.

40 NAM CHO, V. Y. (2014). “Governing the Country According To the Law”:

Lo que sí parece extraño es que el concepto de *rule of law* —expresión clave del constitucionalismo clásico que indica el límite jurídico del poder— se ha convertido en un poderoso instrumento que fomenta, en ámbito global, el crecimiento económico. La mutación —de significado y de función— de la *rule of law* se radica el Nuevo Orden Mundial surgido después del final de la Guerra Fría (1991) y facilitado por el neoliberalismo, la *New Institutional Economics*, las políticas del Banco Mundial y la creación de la Organización Mundial del Comercio<sup>41</sup>. No parece casual, por lo tanto, que la aldea global fue construida, también en términos jurídicos, “*from the economic ground up*”<sup>42</sup> con el aporte de la mentalidad científica del jurista, que encomienda el desarrollo social y económico a la mensuración cuantitativa.

## VI. LOS SÍNTOMAS DEL CAMBIO DE MENTALIDAD: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO

La relación entre mentalidad económica y mensuración cuantitativa del Derecho se expresa máxime a través del proceso de constitucionalización de la “regla de oro” del pensamiento económico liberal (y neoliberal): el principio del equilibrio presupuestario<sup>43</sup>.

La relevancia de su constitucionalización se explica fácilmente aplicando el potencial subversivo de la comparación: por un lado, éste facilita el desvelamiento de las ideologías que subyacen a la mensuración cuantitativa; por otro, nos indica las modalidades por las que los actores de la financia global concretan su propia agenda política

---

China’s Rule of Law Policy as Political Reform. *Journal of International and Area Studies*, 21, 21–36; HUSA, J. (2018). *Advanced Introduction to Law and Globalization*. Cheltenham y Northampton: Edward Elgar, 55; KRONCKE, J. (2012). Law and Development as Anti-Comparative Law. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 45, 527.

41 KREVER, T. (2011). The Legal Turn in Late Development Theory: The Rule of Law and the World Bank’s Development Model. *Harvard International Law Journal*, 52, 287–319.

42 ROSOW, S. J. (2000). Globalisation as Democratic Theory. *Millennium*, 29, 29.

43 Véase BOUVIER, M. (2011). La règle d’or: Un concept à construire. *Revue Française de Finances Publiques*, 113, V-XII.



procurando –o, mejor dicho, imponiendo– cambios relevantes en la esfera del Derecho constitucional<sup>44</sup>.

En primer lugar, y como ya destacamos, la transformación del léxico constitucional conlleva un cambio en la “substancia” de las constituciones nacionales: la incorporación de la regla de oro derriba el contenido tradicionalmente encomendado a los textos constituciones<sup>45</sup>.

En segundo lugar, al cambio de léxico y contenido se suma una alteración en la propia textura de la constitución. En efecto, constitucionalizar el equilibrio presupuestario significa convertir la regla de oro de principio económico liberal a criterio econométrico de la actividad del poder público. La mutación que deriva es verdaderamente contundente: el Derecho se apropia del léxico económico y lo expresa mediante signos, modelos y fracciones matemáticas; porcentajes y fórmulas económicas, que nunca habían sido parte del patrimonio axiológico del constitucionalismo, saturan el tejido constitucional.

En cuarto lugar, la matemática del Derecho ha generado el Derecho de la matemática financiera –y esto explica el triunfo del método formal en la valoración del fenómeno jurídico. Ya el Pacto Presupuestario aborda en términos matemáticos del Estado prestacional: la regla de oro se entenderá respetada si “el saldo estructural anual de las Administraciones Públicas alcanza el objetivo nacional específico a medio plazo, definido en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento revisado, con un límite inferior de déficit estructural del 0,5 por 100 del producto interior bruto a precios de mercado” (artículo 3.1.b) del Pacto)<sup>46</sup>.

Al igual que los Tratados Europeos –que ya experimentaron la vuelta econométrica al constitucionalizar los criterios de convergen-

---

44 Así PEGORARO, L. (2013). *Constituciones (y reformas constitucionales) “impuestas” o “condicionadas” (para una re-clasificación interdisciplinaria de la categoría)*, in ESCUREDO RODRÍGUEZ, R. Y CANO BUESO, J. (eds). *Crisis económica y modelo social: la sostenibilidad del Estado de bienestar (Actas del Congreso, Aguadulce, Almería, 2, 3 y 4 de Julio de 2012)*, Almería: Un. de Almería, 75 y sigs.

45 Véase supra párrafo 2.

46 ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M. (2013). La incorporación constitucional, 152.

cia en Maastricht en 1992–, dicho giro matemático se encuentra también en las constituciones estatales. La ley de reforma constitucional 1 de 2012, por ejemplo, supuso incorporar en la Constitución Italiana “el equilibrio entre ingresos y gastos en su balance”, así como conceptos como “fases favorables y desfavorables del ciclo económico”, el “efectos” de eso” (artículo 81.1 y 81.2), mientras que los criterios contables de la ley de Presupuestos y “los criterios dirigidos a garantizar ... la sostenibilidad de la deuda del conjunto de las administraciones públicas” están encomendadas a una ley constitucional –que aún no ha sido adoptada– y al artículo 5 de la misma La ley de reforma constitucional 1 de 2012.

También en España, el artículo 135, modificado en 2011, impone una “estabilidad presupuestaria”, a que se suman criterios para limitar el déficit estructural y la emisión de deuda pública. El léxico constitucional es ahora un préstamo de la ciencia económica: la Constitución Española, por ejemplo, hace ahora referencia a “déficit estructural”, “producto interior bruto” refrendando de tal manera expresiones que ya se encuentran en el Pacto Presupuestario: “saldo estructural anual de las administraciones públicas” y “objetivo nacional específico a medio plazo, al “límite inferior de déficit estructural del 0,5 % del producto interior bruto a precios de mercado” (artículo 3.1.b). La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera –que concreta dichos principios– también fija “la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural” (artículo 135.5 de la Constitución)<sup>47</sup>.

También la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania requiere que “los presupuestos de la Federación y de los *Länder* deben ser equilibrados, en principio, sin ingresos provenientes de créditos” (artículo 109.3). El requisito se cumple, según el artículo 115.2, de forma matemática: “si los ingresos provenientes de créditos no superan 0,35 por ciento en proporción al producto interior bruto”: se

---

47 ÁLVAREZ CONDE, E. y SOUTO GALVÁN, C. (2012). *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Madrid, IDP-URJC; BRANCASI, A. (2012). L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione, *Quaderni costituzionali*, 108–110. MEDINA GUERRERO, M. (2012). *La reforma del artículo 135 CE. Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 131–164.

trata del “freno al endeudamiento”, como lo define la doctrina alemana<sup>48</sup>. Solo Francia evitó, entre los Estados europeos, codificar el Derecho de la matemática financiera en su Constitución: la reforma de 2008 hizo referencia al “objetivo de equilibrio de las cuentas de las Administraciones Públicas” (artículo 34); la parte matemática de la reforma se encuentra en la Ley Orgánica de 17 de diciembre de 2012 sobre hacienda pública y en la Ley de 22 de octubre de 2012, que autorizó la ratificación del Pacto Presupuestario<sup>49</sup>.

## VII. EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO Y MUTACIONES EN EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL: DERECHOS, FUENTES, DESCENTRALIZACIÓN

La vuelta econométrica que se desprende de las reformas presupuestarias de las constituciones va al meollo de los principios rectores del constitucionalismo liberal procurando su transformación.

En efecto, la constitucionalización de la regla de oro no está concebida en clave de protección de los derechos y libertades de los ciudadanos mediante una atenta limitación de poder político-económico. Todo lo contrario: frente a la amenaza de un colapso financiero, se trata de levantar un poderoso escudo. A nadie se le oculta que, al contener y reducir el alcance del Estado prestacional, el escudo opera también en clave restrictiva y limitativa de los mismos derechos<sup>50</sup>.

---

48 DELLEDONNE, G. (2014), A Legalization, 187: “These provisions, also known as the ‘debt brake’ (*Schuldenbremse*), apply both to the Federation and the Länder”. Véase además WOELK, J. (2012). I rapporti finanziari tra i livelli di governo nell’ordinamento tedesco. En PALERMO, F. y NICOLINI, M. (coords). *Federalismo fiscale in Europa*, 36–39; CORDERO GONZÁLEZ, E. M. (2012). La reforma de la Constitución financiera alemana. En particular, el nuevo límite al endeudamiento de la Federación y los *Länder*. *Teoría y Realidad Constitucional*, 29, 289–324; GRÖPL, C. (2018). Le “frein à l’endettement” en tant que partie de la Constitution économique de l’État fédéral, des États fédérés et des collectivités locales en Allemagne. *Politeia*, 34.

49 ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M. (2013). La incorporación constitucional, 179.

50 De escudo razona también ESTEVE PARDO, *La nueva relación*, 146 y sigs, según el cual, sin embargo, dicho escudo aún operaría en la vertiente “liberal”, esto es, en clave protectora –y no limitativa– de los derechos. Análoga interpretación

En cuanto principio rector para la gestión de la hacienda pública, por lo tanto, el equilibrio presupuestario impone una correspondencia entre ingresos y gastos que condiciona el goce de los derechos en épocas que los ingleses definen “*good economic times*”<sup>51</sup>. En otros términos, la regla de oro permite el funcionamiento del Estado prestacional (1) en presencia de un ciclo económico favorable (los ingresos sobrepasan/corresponden a los gastos y la prestación es sostenible); (2) en ausencia de ciclos expansivos, sólo si los Estados procuraron acumular en fases económicas favorables los “*rainy-day funds that can cover what would otherwise be fiscal deficits in bad economic times*”<sup>52</sup>. En Suiza, en efecto, el principio presupuestario, que se refiere a todos los niveles de gobierno (art. 126 de la Constitución de la Confederación), está complementado por las constituciones cantonales: Soleura, Appenzell Rodas Exteriores, Grisones y San Galo prescriben a los ejecutivos subestatales acumular ahorros para equalizar fluctuaciones a lo largo del ciclo económico y, por ende, acumular reservas “*in good times and to eliminate structural deficits*”<sup>53</sup>.

La necesidad de procurar ajustes al presupuesto estatal produce otro cambio substancial. La constitucionalización del principio presupuestario, en efecto, completa el proyecto empujado por Paul Laband, que, ya en el siglo XIX, había procurado fortalecer el gobierno y limitar el control parlamentario y judicial sobre la ley de presupuestos. Laband consiguió limitar el control cualificando los presupuestos como leyes meramente formales, privándolas de tal manera de su contenido normativo<sup>54</sup>. Las reformas presupuestarias actuales afinan el

---

se encuentra en CASTELLÀ ANDREU. Transformaciones, 30–31.

- 51 ZORNOZA Pérez, J. (2001). Hacienda pública, gasto público y derechos económicos y sociales. *Revista Derecho del Estado*, 10, 25–40.
- 52 TUSHNET, M. (2009). *The Constitution of the United States of America: A Contextual Analysis*, Oxford and Portland, OR: Hart Publishing, 161.
- 53 KIRCHGÄSSNER, G. (2007). Swiss Confederation. En: SHAH, A. y KINCAID, J. *The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives*. Londres y Montreal: McGill-Queen's University Press, 328.
- 54 Véase LABAND, P. (1871). *Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes*. Berlin: Guttentag 1871. Como destaca rotundamente DELLEDONNE, G. (2014), A Legalization of Financial Constitutions, 184, di-

proceso de fortalecimiento del ejecutivo frente a Parlamento y poder judicial confiriendo a la ley de presupuesto contenido normativo y capacidad innovadora del ordenamiento jurídico.

El cambio fue “silencioso” pero tajante. En primer lugar, se abandonó expresamente la idea de ley meramente formal que se encontraba, por ejemplo, en la versión originaria del artículo 81.3 de la Constitución Italiana (“Mediante la Ley de aprobación de presupuestos no podrán aprobarse nuevos tributos ni gastos”). Como se ha puesto en relieve rotundamente, “después de décadas de debates y discusiones doctrinales y jurisprudenciales, se aprovecha silenciosamente la reforma de la Constitución para atribuir a la ley de presupuestos una naturaleza jurídica material”, permitiéndose al gobierno “incluir disposiciones innovadoras de la legislación vigente”. Y el artículo 15 de la Ley italiana 243/2012, de 24 de enero, reconoce expresamente dicha actitud innovadora a la ley de presupuestos<sup>55</sup>.

En segundo lugar, la *Corte costituzionale* no puede invalidar la ley de presupuestos si su invalidación perjudica el Pacto Presupuestario y expone a Italia al procedimiento por déficit excesivo establecido por la Unión Europea. Cabe recordar, a este respecto, que a la nueva ley de presupuestos le atribuyó también naturaleza material para asegurar eficaz y rápidamente el cumplimiento de las obligaciones procedentes de la integración europea en ámbito económico. Por un lado, los límites a las políticas presupuestarias se enmarcan perfectamente en un proceso de federalización de la política económica, respecto a la cual los Estados miembros están perdiendo su *Kompetenz-Kompetenz* constitucional. Por otro lado, de dicho proceso de federalización se desprende un efecto de desplazamiento de la normativa nacional, que respalda la primacía del Derecho Europeo sobre el sistema financiero nacional.

En tercer lugar, la constitucionalización del principio presupuestario tiene “efectos de reorganización” del conjunto de los poderes

---

cha cualificación “left its mark: it is still the case in Germany that public budgets may be reviewed only to a limited extent by the Bundesverfassungsgericht”.

55 ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M. (2013). La incorporación constitucional, 169.

públicos<sup>56</sup>. En Italia, España y Alemania las disposiciones prohíben a todas administraciones públicas y a todos los niveles de gobierno el cumplimiento del equilibrio presupuestario<sup>57</sup>. A nadie se le escapa que, al entrelazarse con las competencias de los entes territoriales, el equilibrio afecta el proceso de descentralización del Estado. No se trata tanto de una de las consecuencias de las crisis, la cual ha ciertamente importado el sistema de las autonomías; sino también de otro resultado de la dominación financiera global y de la limitación del *indirizzo politico* en favor de la economía<sup>58</sup>. Sostenibilidad y rentabilidad de la deuda pública dependen del conjunto de los estados financieros consolidados, mediante los que el Estado, como sociedad tenedora, presenta a los actores globales todas sus actividades a garantía de su “distressed sovereign debt”, para que éste pueda ser vendido “on private equity markets”, en que su posición contractual está sujeta a “*to the harsh economics of private law*”<sup>59</sup>.

Esto ha determinado una verdadera y propia “modificación informal” del orden constitucional de las autonomías, en general, y de la administración local, en particular, que abrió una fase de abandono del ambicioso proyecto de realizar una efectiva “República de las autonomías”<sup>60</sup> diseñada por la Constitución en favor de una noción de autonomía territorial local que “gusta... *solo* (si) sabe ser *eficiente*”<sup>61</sup>.

---

56 ESPOSITO, M. (2019). Considerazione sugli effetti (ri)organizzativi della l. cost. n. 1/2012. *Osservatorio costituzionale*, 5, 77–92

57 Artículos 109.3 y 115 de la Ley fundamental alemana; art. 135.6 de la Constitución Española; Artículos 97.1 y 119.1 de la Constitución italiana. Véase DELLE DONNE, G. (2018) La Constitution budgétaire, composante de la Constitution économique dans la longue transition de l'État régional italien, *Politeia*, 34.

58 JURION, R. (2018). La Constitution économique des collectivités territoriales. *Politeia*, 34.

59 MUIR WATT, H. (2012). 2012. Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide. En: MONATERI, P. G. (ed). *Methods of Comparative Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 286.

60 Refiriéndonos al título del volumen de GROPPI, T. Y OLIVETTI, M. (coords.). (2002). *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Turín, Giappichelli.

61 Así, CORTESE, F. (2015). L'autonomia regionale nel cantiere delle riforme costituzionali. En: PALERMO, F. Y PAROLARI, S. (coord.), *Riforma costituzionale e Regioni. Riflessioni a prima lettura sul nuovo Titolo V della Costituzione*. Bolza-

En efecto, el principio presupuestario parece haber acogido un “significado de la autonomía territorial ... totalmente cambiado– de *valor presupuesto a instrumento flexible*”<sup>62</sup> de la *governance* pública, que presiona por un modelo de “subordinación” del gobierno local al Estado central. En una óptica hacendística, de *public administration*, “un Estado unitario no puede [definir la autonomía local] como siempre y en cualquier caso instrumentalmente también a los intereses del marco nacional en el que se inscribe y a los objetivos que en aquella sede vengan de tanto en tanto prefijados”<sup>63</sup>.

Podríamos –quizá– también hablar de un modelo de *administración local para la (gestión de la) crisis*: la *performance* solicitada a la administración local eficiente cambia, en definitiva, la poda del principio de preferencia constitucional por la autonomía que deriva de la Constitución<sup>64</sup>.

También en Italia, como en el resto de Europa, nos encontramos por tanto frente a una realidad en la que las autonomías locales se sobreponen a un incisivo proceso de revisión y reestructuración que ya se alarga desde algunas décadas: un proceso, aun así, de nada más que de actuación-integración “incremental” de la disposición constitucional, pero de una incesante búsqueda de un modelo que mejore las capacidades y eficacia de la administración. De aquí el carácter continuo de las reformas de reajuste de los sistemas de gobierno territorial, recurriendo a medidas presupuestarias que ambicionan una general optimización del ejercicio de las tareas confiadas a los entes subestatales<sup>65</sup>.

La economía, pues, incide pesadamente sobre la *governance* territorial –que debe ser eficiente y sustentar una dimensión territorial óptima– y sobre el núcleo de la autonomía, desdibujando la dimen-

---

no, Eurac, 32.

62 CORTESE, F. (2015). L'autonomia regionale, 34.

63 CORTESE, F. (2015). L'autonomia regionale, 33.

64 PEDRAZZA GORLERO, M. y NICOLINI, M. (2018). Le fonti del diritto. En: ONIDA, V. y PEDRAZZA GORLERO, M. (coords). *Compendio di diritto costituzionale*. Milán: Giuffrè, 73.

65 CERNIGLIA, F., VANDELLI, L. (2015). Introduzione. En: BASSANINI, F., Cerniglia, F. et al. (coords.). *Territori e autonomie. Un'analisi economico-giuridica*. Bolonia: il Mulino, 17, 22.

sión de garantía, sino que permanece frustrada la finalidad misma de la intervención legislativa en la corrección económico-financiera en materia territorial. Se anula así la dimensión del autogobierno, sea la proyección de los gobiernos “de proximidad” al ciudadano que sean eficientes, sea la posibilidad de limitar, encauzándolas, las consecuencias de la vuelta econométrica del jurista.

### VIII. CONSTITUCIÓN ECONOMÉTRICA Y ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS

Finalmente, la constitucionalización del equilibrio presupuestario ha impactado sobre la articulación territorial del poder público, modificando los principios sobre que se rige la financiación de las competencias atribuida por la Constitución a los niveles subestatales de gobierno.

Desde el punto de vista econométrico, las Constituciones de la mayoría de los Estados políticamente compuestos ya imponían a las autonomías financiar el desarrollo y ejecución de sus competencias mediante ingresos propios, recargos sobre impuestos estatales, otras participaciones en los ingresos del Estado, transferencias equalizadas y operaciones de crédito. De tal manera, se había establecido una *correspondencia* entre unas variedades de ingresos de diferente procedencia, los gastos y las funciones; así las cosas, se garantizaba a los entes subestatales autonomía política y *separación* frente a interferencias del gobierno estatal<sup>66</sup>.

Los principios de correspondencia y separación –que ya habían experimentado mutaciones relevantes en su funcionamiento durante el fortalecimiento del Estado prestacional en Italia, Alemania y España<sup>67</sup>– han sufrido un cambio en su propio significado y función. El

---

66 Sobre este punto véase NICOLINI, M. (2018). The Principles of Separation and Correspondence, the Comparative Method, and the Problem of Semantic Change. En: PALERMO, F. y, VALDESALICI, A. (eds.). *Comparing Fiscal Federalism*, Leiden y Boston: Brill-Nijhoff, 2018, 100.

67 La alteración en su significado ha sido calificada como “social federalism.” “The national government had to ensure minimum standards of income, health, education and welfare to all citizens, and the possibility of enjoying comparable services must not be submitted to excessively different tax rates”: NICOLINI,



cambio semántico procede de la influencia y de las ciencias económica y de la presión de una financia global que propone homologar la dislocación del poder; en efecto, existe “at the least a global legal language” que se fundamenta “*on economic models*”<sup>68</sup>. En virtud de la búsqueda de “*allocative efficiency*”<sup>69</sup>, se ha experimentado una progresiva sustitución de términos jurídicos con otros de naturaleza económica: el principio jurídico-constitucional de correspondencia se ha visto desplazado por el principio “económico” de equivalencia fiscal<sup>70</sup>.

No parece extraño, pues, que se ha producido otro cambio, aún más contundente: expresiones como “federalismo fiscal”, “relaciones financieras”, “distribución de finanzas”, “constitución fiscal/financiera”– que proceden de estudios de hacienda pública– se están utilizando mucho más que su equivalente jurídico –esto es, “relaciones intergubernamentales financieras”<sup>71</sup>. No se trata de examinar la distribución de competencias normativas en ámbito presupuestario, fiscal y financiero. Como el federalismo fiscal es una partición interna a la hacienda pública, la concepción económica del federalismo ahora se centra en detectar “*which functions and instruments are best centralized and which are best placed in the sphere of decentralized le-*

---

M. (2018). The Principles of Separation and Correspondence, 89. Véanse además NICOLINI, M. (2011). Principio di connessione e metodo comparato. En: PALERMO, F. *et al* (eds.), *Federalismo fiscale: una sfida comparata*. Padua: CEDAM, 97–120; AJA, E. (2014). *Estado Autonomico y reforma federal*. Madrid: Alianza Editorial, 2014, 235 y ss.

68 MUIR WATT, H. (2012). *Further Terrains*, 272.

69 OLSON JR, M. (1969). The Principle of ‘Fiscal Equivalence’: The Division of Responsibilities among Different Levels of Government. *Papers and Proceedings of the Eighty-first Annual Meeting of the American Economic Association*, 59, 482.

70 Sobre este principio véase VALDESALICI, A. (2018). *Federalismo fiscale e responsabilizzazione político-finanziaria. Comparazione giuridica ed esercizi di misurazione del diritto*. Nápoles: Esi, 15–20.

71 Sobre la concepción económica del federalismo fiscal véase OATES, W.E. (1999). An Essay on Fiscal Federalism, *Journal of Economic Literature*, 37, 1120–1121. Las primeras utilizaciones del término se encuentran en MUSGRAVE, R.A. (1959). *The Theory of Public Finance*. Nueva York: McGraw-Hill, 1959. Véanse además ID. (1971). Economics of Fiscal Federalism. *Nebraska Journal of Economics and Business*, 10, 3–13; OATES, W.E. (1972). *Fiscal Federalism*. Nueva York: Harcourt Brace Jovanovich.

*vels of governments*”<sup>72</sup>. Dicho de otra manera, el federalismo fiscal en sentido económico procura buscar equilibrio para “*every collective good with a unique boundary, so that there can be a match between those who receive the benefits of a collective good and those who pay for it*”<sup>73</sup>. Se trata, por lo tanto, de una conversión de las herramientas jurídicas en instrumentos capaces de asegurar equivalencia y sostenibilidad fiscal entre niveles de gobierno, corroborando la idea de que las relaciones intergubernamentales financieras deben necesariamente fundamentarse en las políticas presupuestarias y en la vuelta econométrica del Derecho.

Las mutaciones en el funcionamiento de las relaciones financieras –derivadas por *economic-oriented representations of law*– concretan un cambio radical en el lenguaje jurídico– lo que conlleva las siguientes consecuencias. Por un lado, la mutación semántica corrobora la idea de que las disposiciones constitucionales en materia de equilibrio presupuestario procuran reorganizar enteramente la forma de Estado social, prestacional y descentralizada: la *performance measure* fortalece el Estado nacional y su papel de empresa tenedora; determina un efecto centralizador, en que el mismo Estado media entre pluralismo territorial y tendencias supranacionales hacia la homologación de la regulación financiera de los mercados global. Por otro lado, la optimización en la gestión de los recursos financieros favorece su recolección a nivel nacional, puesto que dicho nivel es financieramente responsable frente a mercados e inversores internacionales.

## IX. TRIUNFO DE LA ECONOMÍA, AUTISMO DEL JURISTA Y AUDACIA DE LA COMPARACIÓN

A lo largo de estas páginas hemos utilizado continuamente expresiones de índole iusprivatista y hacendística: “*distressed sovereign debt*”, “*private equity markets*”, eficiencia y equivalencia fiscal expresan otra mutación en el funcionamiento de los principios constitucionales, en general, y del Estado políticamente compuesto, en particular. El principio de correspondencia entre ingresos, competencias y gas-

72 MUSGRAVE, R.A. (1971). *Economics of Fiscal Federalism*, 3.

73 OLSON JR, M. (1969). *The Principle of ‘Fiscal Equivalence’*, 485.

tos, por ejemplo, parece cruzar la división tradicional entre Derecho público y Derecho privado. En efecto, la vuelta econométrica en la mentalidad del jurista, junto a la idea de la eficiencia jurídica para contener los déficits y mantener la confianza de los mercados internacionales facilita una “privatización” del Derecho constitucional: al igual que las empresas privadas, se requieren políticas presupuestarias en superávit o en equilibrio no como garantía de los derechos, sino de la sostenibilidad financiera del sistema constitucional en su conjunto.

No me parece tan extraño si, aunque advirtamos “al fondo ... un movimiento de tipo tectónico, una profunda recomposición de las relaciones entre Estado y sociedad que [convulsiona] el vasto panorama” sobre el que se han descargado las mutaciones económicas, institucionales y sociales que afectan nuestras constituciones, a nosotros juristas nos cuesta percibir dichos cambios<sup>74</sup>. Preferimos mucho más, en efecto, cultivar el triunfo de un método cuantitativo en el estudio del Derecho que aproximarnos al trasfondo de las relaciones entre economía y Derecho constitucional.

El método jurídico formal nos apacigua: quedamos “aquejados ... de un autismo que nos recluye en el complejo sistema normativo e institucional” dejando “*los cambios ... fuera, en la sociedad*»<sup>75</sup>.

Frente al triunfo de la economía y al autismo del jurista, nos queda sólo la audacia de la comparación. Se trata de un tema que ya hemos considerado a la hora de examinar el papel del legislador en la valoración de la calidad democrática de una democracia no nominal, sino promotora de un cambio radical en la relación entre estado y sociedad, entre representación y participación, entre participación y organización administrativa en nuestra época de incertidumbres en las relaciones económicas<sup>76</sup>. La sociedad pide cambios radicales, que ya se encuentran escritos en nuestros textos constitucionales. Me refiero a la necesidad de impulsar, según reza la Constitución italiana, «justas

---

74 ESTEVE PARDO, J. (2013). La nueva relación, 18.

75 ESTEVE PARDO, J. (2013). La nueva relación, 20.

76 NICOLINI, M. (2018). Importar la calidad democrática: entre recomendaciones al legislador y método de la comparación. En: CASTELLÀ ANDREU, J.M. *et al.* (coords). *Libro blanco sobre la calidad democrática*. Buenos Aires, Madrid, Barcelona, São Paulo: Marcial Pons, 52–54.

relaciones sociales» (art. 44 Cost.) articuladas en torno a principios constitucionales que requieren de cumplir con «los deberes inderogables de solidaridad política, económica y sociales» (art. 2 Cost.), la «efectiva participación de todos los trabajadores a la organización política, económica y social del país» (art. 3 Cost.), los «fines» y «funciones» sociales de las actividades económicas y de la propiedad (arts. 41, c. 3, e 42, c. 2, Cost.), a la cual debe atribuirse «preminente interés general» (art. 43 Cost.). En términos jurídicos, se debería ir más allá del tradicional modelo económico para abarcar formas novedosas –y econométricamente no mensurables– de interacción entre sociedad y poderes públicos, según modelos sostenibles de co-gestión y co-producción participada.

Cierto, a nadie se le escapan las dificultades que surgen a la hora de recurrir a sendas y experiencias económicas y jurídicas alternativas. Parece que la comparación –la cual ya se sustenta en una actitud subversiva que nos ha permitido desvelar, a lo largo de estas páginas, ideologías e influencias de modelos económicos sobre mutaciones constitucionales– demostrará su audacia si solo se admite que existen, además de los promovidos por la globalización, otros paradigmas sociales, jurídicos y económicos, que impulsen cambios, a veces extremadamente tajantes, en el modo de entender la constitución, la democracia, la sociedad; esto es, la tectónica, y nunca totalmente recompuesta, relación entre representación y participación.

# Constitucionalismo económico mexicano. Observaciones a su paradigma

RAMIRO CONTRERAS ACEVEDO<sup>1</sup>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. OBJETIVO; III. PROBLEMA Y PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN; IV. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA; V. SOPORTE TEÓRICO; VI. CONCLUSIONES

## I. INTRODUCCIÓN

En la revisión bibliográfica sobre constitucionalismo económico en el contexto latinoamericano hay, al menos tres detalles que aparecen claros: prácticamente no hay estudios epistemológicos sobre este objeto de estudio, no hay estudios con marco teórico diferente al positivismo jurídico y no hay estudios que partan de una visión del punto de vista del decolonialismo. Esto es importante porque los problemas que tipifican las preocupaciones del siglo XXI, en México y en América Latina, tienen que ver con estas ideas.

## II. OBJETIVO

Dado que “*El Derecho económico, conceptualmente, es una rama instrumental del Derecho social, que regula la actividad económica de un país*”<sup>2</sup>, el objetivo de estas reflexiones es visibilizar la fundamentación del constitucionalismo económico mexicano en la época actual y proponer nuevos enfoques para ello. Se trata, por un lado, de “*armonizar la siempre inestable relación entre el Estado y el mercado*”<sup>3</sup>,

---

1 Profesor investigador de la Universidad de Guadalajara. ramirocontreras2000@yahoo.com.mx

2 Witker, Jorge, *Introducción al Derecho Económico*, 11a. ed., México, Publilex, 2015, pp. 91-93.

3 Witker, Jorge. *Cien años de derecho Económico en México*. Recuperado de:

pero por otro, la prioridad será siempre tutelar los derechos, última razón de ser de las constituciones. Las dificultades del análisis de este objeto de estudio están en que, si bien, en la Constitución mexicana de 1917, los campesinos y obreros fueron los dos postes que delinearón el sello de este constituyente, hoy la situación de los derechos sociales y de los derechos humanos dejan impreciso el quehacer del Estado. La innovación de la Constitución del 17 se manifestó con la justicia social, mediante los artículos 27 y 123, pero prácticamente todos los gobiernos en turno, sobre todo desde Lázaro Cárdenas hasta el de Peña Nieto, han seguido una ideología neoliberal, que se ha reflejado en las políticas públicas y sociales mexicanas. Y esta no es ni la ideología del constituyente del 17 ni el espíritu de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 16, origen del diseño del Estado Moderno, lo que se ha perseguido. Lo que en estos dos últimos constituyentes se buscaba fue garantizar los derechos, no tanto regular la actividad económica, si bien sin ella el desarrollo social no se hubiese podido alcanzar.

En la Constitución de 1917, lo que pudiese llamarse “constitucionalismo económico” se podría identificar en los siguientes artículos: en el 25, que se señala la rectoría del Estado:

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

El Art. 26, dicta la planeación democrática; el 27 la propiedad originaria: tierras, aguas y recursos naturales. El 28, regula las funciones estratégicas de la energía y del Banco Nacional: El Estado tendrá un

---

<http://archivos.diputados.gob.mx/Transparencia/articulo70/XLI/cefp/CEFP-CEFP-70-41-C-EstudioC17n0616-160428.pdf> Consultado el 22 de mayo del 2019. Pág. 9.

banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado.

El profesor Witker resume así la parte de las garantías sociales:

los artículos 123, relativo al trabajo; el mismo 127, referente al sector campesino; el 3°, respecto a la educación gratuita y laica, y en cuanto a la salud pública y programas de vivienda; y, el 5°, referido a la libertad de trabajo.

La normativa constitucional económica se complementa con los instrumentos financieros del estado, que derivan de los artículos 31 (relativos a los ingresos del Estado), 73 (que faculta al Congreso en materia económica), 74 (que entrega a los Diputados, la tarea de ser encargados de la cuenta), 79 (en lo tocante a la fiscalización del gasto público) y 134 (que establece el uso eficaz y honesto del presupuesto por parte de los responsables de ejecutar el gasto o egreso anual autorizado)<sup>4</sup>.

La visión panorámica que este autor ofrece es:

En esta evolución, conviene señalar la distinción entre dos modelos económicos que, bajo los principios de la Carta Magna, se desarrollaron con efectos y resultados contradictorios: a) el modelo o diseño de la Revolución Mexicana, de 1917 a 1980, y b) el modelo neoliberal o de liberalismo social vigente.<sup>5</sup>

Esta visión neoliberal fue la ideología del “constitucionalismo económico” mexicano por más de 50 años.

### III. PROBLEMA Y PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

Si el planteamiento del problema se hiciera sobre la naturaleza del constitucionalismo económico actual, es decir, después del 2011, dada la modificación al Art. 1 de la Constitución Mexicana, habría que decir que de lo que se trata prioritariamente es de proteger los derechos humanos. Esto es importante porque el constitucionalismo

---

4 *Ídem.* Pág. 4

5 *Ibidem.* Pág. 12

económico mexicano (en adelante CEM) hoy no puede ser concebido únicamente desde las reglas del mercado. Por ello las aplicaciones del CEM serán determinadas, por un lado, por la instrumentación de mecanismos para proteger derechos y, por otro lado, por los criterios de asignación de los presupuestos que son, finalmente, lo que permitirá la realización, sobre todo, de los derechos sociales.

En la revisión bibliográfica para la construcción del estado del arte se encontró una obra de Enrique Cárdenas. Se trata de un libro de historia de la economía mexicana,<sup>6</sup> diseñado para realizar “cursos sobre la economía mexicana”,<sup>7</sup> que, con una finalidad académica, de cada período histórico se señala una bibliografía *ad hoc*. Ahí se encuentra que, en el período 1963-1981, el período de la “gran expansión económica del siglo XX”, “*La economía mexicana estaba en pleno “desarrollo estabilizador”, que se caracterizó por baja inflación y alto crecimiento per cápita del PIB, urbanización y crecimiento de la clase media.*”<sup>8</sup>

Pero lo que no se señala, e igual sucede con otros muchos autores, son los “paradigmas” con lo que estos desarrollos se perseguían y se lograban. Un ejemplo se puede ver en la creación de Pemex y la entonces así llamada Compañía de Luz y Fuerza. El discurso que pronuncia el entonces Presidente de la república, Adolfo López Mateos lo deja entrever:

*La experiencia demuestra que las inversiones extranjeras en la producción de energía eléctrica han constituido un monopolio de ese servicio público —el fundamental para la vida de cualquier país— y no han contribuido a nuestro desarrollo económico, ni a la satisfacción de las necesidades crecientes de alumbrado y fuerza motriz de nuestras poblaciones, ni al abaratamiento del precio del servicio; como la estadística internacional lo prueba en el caso de toda clase de monopolios, sólo han perseguido las*

---

6 Cárdenas Sánchez, Enrique. *El largo curso de la economía mexicana. De 1780 a nuestros días*, 2015, México, Fondo de Cultura Económica, El Colegio de México, Fideicomiso Historia de las Américas, 909 pp. ISBN: 978-607-16-2812 (FCE) y ISBN: 607-462-783 (COLMEX).

7 Se puede encontrar en: [www.ellargocursodelaeconomiamexicana.mx](http://www.ellargocursodelaeconomiamexicana.mx)

8 *Ibíd.* Puede localizarse en: <http://www.historiaeconomicademexico.mx/capitulo-10-1963-1981>



*mayores ganancias y retrasar la construcción de las industrias fundamentales...*<sup>9</sup>

Y al presentar ante el Senado la iniciativa de nacionalización de la industria eléctrica escribe:

“Corresponde exclusivamente a la Nación generar, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines”<sup>10</sup>

---

9 Amezcu Dromundo, Cuauhtémoc. *La nacionalización de la industria eléctrica*. Fue publicada íntegramente en los diarios *Excelsior*, *El Universal* y *Novedades*, del 30 de septiembre de 1957. Recuperado de: <https://www.centrolombardo.edu.mx/la-nacionalizacion-de-la-industria-electrica/>

10 *Diario de los Debates del Senado de la República*, 25 de octubre de 1960. Texto citado por Amezcu Dromundo, arriba ya citado.

En la “Carta de Adolfo López Mateos a la Patria” se lee:

Pueblo de México:

Les devuelvo la energía eléctrica, que es de la exclusiva propiedad de la Nación, pero no se confíen porque en años futuros algunos malos mexicanos identificados con las peores causas del país, intentarán por medios sutiles entregar de nuevo el petróleo y nuestros recursos a los inversionistas extranjeros.

Ni un paso atrás, fue la consigna de Don Lázaro Cárdenas del Río, al nacionalizar nuestro petróleo.

Hoy le tocó por fortuna a la energía eléctrica.

Pueblo de México, los dispengo de toda obediencia a sus futuros gobernantes que pretendan entregar nuestros recursos energéticos a intereses ajenos a la Nación que conformamos.

Una cosa obvia es que México requiere de varios años de evolución tecnológica y una eficiencia administrativa para lograr nuestra independencia energética; sería necio afirmar que México no requiere de la capacitación tecnológica en materia eléctrica y petrolera.

Pero para ello ningún extranjero necesita convertirse en accionista de las empresas públicas para apoyarnos.

“Solo un traidor entrega su país a los extranjeros; los mexicanos podemos hacer todo mejor que cualquier otro país”.

Cuando un gobernante extranjero me pregunta si hay posibilidad de entrar al negocio de los energéticos o a la electricidad, le respondo que apenas estamos independizándonos de las invasiones extrajeras que nos vaciaron el país.

Pero que en tanto los mexicanos sí queremos invertir en el petróleo americano o en su producción de energía eléctrica, por si quieren un socio extranjero.

En México la Constitución es muy clara:

Un paradigma diferente aparecerá desde el gobierno del presidente Ernesto Zedillo y sobre todo en el gobierno del presidente Enrique Peña, en 2013, cuando se presentan las llamadas “reformas estructurales”, apoyadas en el “Pacto por México”.

Desde el nacimiento de la constitución de 1917 hasta 2013, el eje de las actividades de este CEM fueron las políticas públicas asistencialistas y de protección social para los sectores vulnerables y débiles. Sus características, según Carpizo, fueron: *“crecer a una tasa media de 6.1% anual, acumulación de capital invertido en la producción, incremento de la productividad laboral y aumentar el poder adquisitivo de los salarios mínimos, que se incrementó en un 96.9% y, también, el financiamiento al desarrollo”*.<sup>11</sup> Pero, a decir verdad, la protección de los derechos ni se vió como prioritario, ni se consideró como la primera obligación del Estado.

El período llamado “cambio estructural, crisis y rescate”, que va de 1989 al 1995 y que sucede en el gobierno de Salinas refleja un cambio, por la situación nacional, que se aleja de la preocupación del constituyente de 1917: Finalmente logró la renegociación de la deuda e inició una serie de reformas estructurales: la negociación del tratado de libre comercio con los Estados Unidos y Canadá, la privatización de la mayor parte de las empresas públicas y de la banca comercial, la apertura a la inversión extranjera, la modificación del sistema de propiedad ejidal y la autonomía del Banco de México. Estas y otras medidas contribuyeron a crear un ambiente de oportunidades para la inversión nacional y extranjera en el país. El PIB retomó una tasa positiva de crecimiento, pero no alcanzó los niveles previos a 1982... Poco después, el asesinato del candidato priista a la presidencia desató la fuga de capitales y la sustitución de certificados de Tesorería

---

Los recursos energéticos y los yacimientos petroleros son a perpetuidad propiedad única y exclusiva del pueblo mexicano. El resto de las especulaciones al respecto son traición a la patria. “Industrializar el país no implica una subasta pública de nuestros recursos naturales, ni la entrega indiscriminada del patrimonio de la patria”. Recuperado de: <https://nacionunida.com/2018/03/03/adolfo-lopez-mateos-escribio-una-carta-alguien-se-le-ocurria-vender-la-nacion/>

11 Carpizo, Jorge, “Algunas notas sobre el sistema presidencial en México”, en Carpizo, Jorge (coord.), *Las Experiencias del Proceso Político-Constitucional en México y España*, México, UNAM, 1979, pp. 287 y ss.

(en pesos) a valores denominados en dólares, buena parte de ellos en manos de inversionistas extranjeros. Algunas instituciones bancarias fueron intervenidas por fraude, lo que apenas mostraba la debilidad del sistema bancario recientemente reprivatizado. Ante la decisión de mantener el tipo de cambio la balanza de pagos continuó su deterioro hasta el final del sexenio salinista... La respuesta única posible era la contracción del gasto público, la elevación de las tasas de interés y dejar flotar el tipo de cambio. Se requerían además fondos adicionales para cubrir la deuda externa de corto plazo. El Fondo Monetario y el gobierno de los Estados Unidos apoyaron a México para que no se declarara en moratoria, y evitar una crisis mayor. No obstante, el aumento drástico de las tasas de interés y la débil situación de varios bancos puso al sistema bancario al borde de la quiebra. El gobierno intervino y realizó, durante varios años, un proceso de rescate que culminó años más tarde en la extranjerización bancaria.<sup>12</sup>

Probablemente las crisis económicas, la confusión de encuadres epistemológicos de los dirigentes políticos, los intereses de los partidos políticos o las ganancias de los particulares o, todo junto, son los elementos que han producido dependencia económica actual, el preocupante endeudamiento, etc.

### *El concepto de CEM*

Las Constituciones liberales del siglo XIX no contienen referencias explícitas sobre una constitución económica, pues, como señala Bassols, éstas se encuentran implícitas en el texto. Así, al ser éste un tema que pertenece a la esfera de la sociedad, no se considera necesaria la constitucionalización expresa del sistema económico, aunque sí establecer algunos derechos y libertades —especialmente, derecho de propiedad y libertad de comercio—, que cumplen la función de crear las condiciones jurídicas ambientales para el desarrollo del capitalismo. Por ello, bien dice García-Pelayo que *“el orden estatal y el orden económico eran considerados como dos sistemas de funcionamiento sustancialmente independientes, cada uno orientado por sus propios*

---

12 Cárdenas Sánchez, Enrique. Véase <http://www.historiaeconomicademexico.mx/capitulo-12-1989-1995>

*fines y realizándose por la operación de leyes de distinta naturaleza (jurídicas en un caso, económicas en otro)”*.<sup>13</sup>

Es importante señalar que desde la revolución de 1917 la actuación del Estado se mueve con una visión liberal, keynesiana, y posteriormente, a propósito del boom petrolero y el desarrollo de la empresa petrolera nacional, Pemex es llamado “propiedad originaria de la nación”.

El proyecto del Primer Jefe era, en efecto, profundamente liberal y por tanto escrupulosamente respetuoso de los derechos fundamentales tradicionales con base en el de propiedad, de la economía de mercado y de la libre concurrencia al mismo, así como de la no intervención del Estado en la economía, sino en lo estrictamente necesario para que se cumplieran sus leyes “naturales”, entendidas como inexorables desde Quesnay, Smith y Ricardo<sup>14</sup>.

Este paradigma liberal cambia y, desde principios del 2000, con el vaivén de gobiernos, del PRI al PAN y después nuevamente al PRI, se inician cambios constitucionales importantes. Con las llamadas “reformas estructurales”, se aprecian resultados de un claro paradigma neoliberal: la iniciativa privada puede “participar” de los bienes de la nación. Poco a poco se cambia de paradigma: de uno liberal, a otro neoliberal.

Como puede observarse del esquemático desarrollo de la historia de la economía mexicana, arriba presentado, se puede concluir que las modificaciones constitucionales y las respectivas leyes secundarias, promulgadas en los diferentes gobiernos en turno, permite aclarar el significado del concepto del CEM. La razón de lo anterior es que, sobre todo desde 1982 hasta la fecha, cada gobierno ha modificado la Constitución y promulgado leyes secundarias respectivas para

---

13 Viera Álvarez, Christian, Bassa Mercado, Jaime y Ferrada Bórquez Juan Carlos. *Una aproximación a la idea de “constitución económica” y sus alcances en la constitución chilena*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Núm. 145, enero-abril, 2016, Pág. 325 y ss. Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/5000/12469> Consultado el 23 de junio del 2019.

14 Gamas Torruco, José. *El capítulo económico de la Constitución el Estado y la economía mixta*. Recuperado de: [http://cicm.org.mx/wp-content/files\\_mf/conferenciaingenieros.pdf](http://cicm.org.mx/wp-content/files_mf/conferenciaingenieros.pdf) Pág. 1

resolver los problemas causados por las múltiples circunstancias nacionales e internacionales, pero, al fin de cuentas, dichas reformas no resuelven los problemas que dan razón de ser al Estado.

De ahí que la pregunta de investigación en este trabajo es ¿las múltiples reformas constitucionales, reflejadas en el CEM, de diferente manera en cada época, han alcanzado los objetivos establecidos por el diseño de Estado que está en los textos constitucionales no solo de México, sino en general, en las constituciones de América Latina? Y la pregunta específica es si lo que hoy se ha dado por llamar CEM, tiene coherencia con el diseño de Estado constitucional democrático de Derecho y con los derechos humanos, no tanto en cuanto derechos fundamentales abstractos, sino en cuanto a su validez jurídica en la aplicación concreta en un sistema jurídico dado.<sup>15</sup> O, si se quiere, también se puede preguntar si el CEM permitirá una variación en el constitucionalismo económico establecido hasta ahora.

#### IV. JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA

Para desarrollar el objeto de estudio que nos ocupa, se usará una metodología analítica sobre 3 conceptos: el constitucionalismo económico, las políticas sociales mexicanas de las llamadas reformas estructurales y las “novedades” plasmadas en las nuevas constituciones que, según se ve, sobre todo en la última, la de la Ciudad de México, han abierto nuevos significados al concepto de constitucionalismo y, con ello, “correcciones” al CEM. Todo ello tendrá como propuesta ver el objeto de estudio desde un nuevo marco teórico: la teoría crítica latinoamericana y el concepto de decolonización.

---

15 Bernal Pulido, Carlos. Derechos fundamentales. En: Enciclopedia de filosofía y teoría del Derecho, Vol. II, Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3796/24.pdf>

## 1. *El constitucionalismo económico*

Suárez presenta este panorama:

Manuel García Pelayo define la Constitución Económica, como “las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden y el proceso económico”. Sánchez González y Goig Martínez expresan: “La Constitución Económica no impone un sistema económico determinado; es decir, no establece modelo económico alguno”. Mi tesis es la contraria, particularmente en el caso de México la Constitución define el proyecto nacional en el tiempo, el espacio y en la historia; ha variado para adecuarse a diversos modelos económicos o cambiarlos, aunque preserva ciertos elementos de continuidad, y a veces ha tenido la flexibilidad para acompañar variantes.

La Constitución española de 1978 contiene explícitamente un capítulo económico. Tiene gran preeminencia. Es el capítulo tercero, después del segundo de derechos y libertades. Se denomina “De los principios rectores de la política social y económica”

En nuestra Constitución no existe formalmente un “capítulo económico”. Sin embargo, gracias a las reformas ordenadoras de Miguel de la Madrid, en la práctica estamos cerca de tenerlo. Su núcleo son los artículos sucesivos: 25, 26, 27 y 28, sobre rectoría del Estado, sistema de planificación, propiedad social, economía mixta y monopolios. Lo malo es que está ubicado, como absurdo, al final del Capítulo de Garantías Individuales. ¿Qué tiene que ver una cosa con otra?, y para algunos liberales es contradictorio.<sup>16</sup> Y el esquema general del CEM es el siguiente:

---

16 Suárez Dávila, Francisco. *La evolución del proyecto económico de la constitución de 1917 y los cambios en el modelo de desarrollo del país: ¿congruencia, vigencia o utopía?*. En: Esquivel Gerrdo, Ibarra Palafox, Francisco y Salazar Ugarte, Pedro. *Cien ensayos para el centenario*. Tomo 3. México. UNAM. 2017. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4320/1.pdf> Pág. 377 y s. Consultado el 4 de abril del 2019.

## 1. La base del “Capítulo Económico

### A. La Rectoría del Estado (artículo 25)

- a) El sector público tendrá a su cargo de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se definen, manteniendo el Estado la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado, pero se reformó con la Reforma Energética
- b) En el sector social: se establecerán los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social, de los ejidos, organismos de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan, mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores
- c) Con el sector privado: La Ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares promoviendo la competitividad.

### B. La economía mixta

### C. El Sistema Nacional de Planeación Democrático

### D. Sistema de Propiedad, sujeta a Función Social

El artículo 27 es probablemente el artículo central del proyecto económico: la función social de la propiedad se define por distintos elementos:

- a) Propiedad originaria de la nación
- b) La propiedad como función social
- c) Dominio directo de la nación sobre el subsuelo
- d) Cambios fundamentales vinculados con la reforma energética
- e) Pero se establecen las excepciones a esta reforma energética.
- f) La Reforma Agraria
- g) Las regulaciones de la propiedad por extranjeros

### E. Normas sobre monopolios, incluyendo los del Estado y la Promoción de la Competencia Económica (artículo 28)

## 2. Las finanzas públicas en el Proyecto Económico de la Constitución

- A. La facultad tributaria
- B. El principio de responsabilidad hacendaria
- C. Aprobación de la Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos como facultades de la Cámara de Diputados.
- D. Mecanismos de control del gasto y la fiscalización ejercida por la Auditoría Superior de la Federación
- E. Reglas para el manejo de la deuda pública
- F. Federalismo fiscal
- G. Principio general de uso de recursos públicos
- H. Comercio exterior

## 3. Consolidación del constitucionalismo social o Estado social de derecho

- A. La seguridad social. La protección social de los derechos de los trabajadores. Se divide en dos partes:
  - 1) la protección de los trabajadores a través principalmente de la seguridad social, y
  - 2) garantías o derechos sociales exigibles.
    - a) La seguridad social. La protección social de los derechos de los trabajadores apartado A del Art. 123. De igual manera, en el apartado B, para los trabajadores al servicio del Estado, en la fracción XII, se dan las bases para organizar su seguridad social, orientando la creación del ISSSTE.
    - b) Se define en la fracción VI un régimen de salarios mínimos
    - c) una participación en las utilidades de las empresas
    - d) Financiamiento de la vivienda.
    - f) Sistema Nacional de Pensiones.
- B. Derechos sociales exigibles
  - El artículo 3o. consagra el derecho a la educación
  - b) En el artículo 4o., derechos a la salud:



- c) Derecho a la vivienda.
- d) Toda persona tiene derecho “a un ambiente sano para su desarrollo y bienestar”
- e) Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento del agua
- f) Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva suficiente y de calidad (artículo 4o.)<sup>17</sup>

El CEM se encuentra, entonces, en los artículos 25, 26, 27 y 28, junto con otros principios contenidos en los artículos 3, 5, 31, 73, 74, 89, 115, 117, 118, 123 y 131.

Los intentos de consolidar el “constitucionalismo económico” se encuentran en las reformas de De La Madrid, Salinas de Gortari y Peña Nieto. Los resultados son: un estancamiento económico con una constante y creciente desigualdad y pobreza. El desarrollo rural no avanza. Persiste el rezago en el desarrollo tecnológico. La educación continúa con deficiencias y, en general, los derechos sociales siguen siendo enunciados aspiracionales no exigibles, más que derechos humanos.

## 2. *Políticas sociales de las reformas estructurales*

En general, hablar de políticas sociales es tratar un asunto complejo. La desigualdad social es, de entrada, un tema de exclusión. Se trata de un tema con muchos años de evolución. Dado que la pobreza ha sido el principal problema desde la década 1980-90, el combate a este fenómeno se ha impuesto como prioridad de las políticas sociales. Entre Pronasol en 1988, Progresá en 1996 y Oportunidades en 2000, salta a la vista la necesidad de releer tanto el fenómeno de la pobreza, como las políticas sociales para resolverlo.<sup>18</sup>

---

17 *Ibidem*. Págs. 379-389

Otras opiniones pueden verse en: Hernández Guízar, María del Carmen. Reflexiones sobre el Capítulo Económico de la Constitución. Recuperado de: [http://www.unla.mx/iusunla32/opinion/REFLEXIONES%20SOBRE%20EL%20CAPITULO%20ECONOMICO%20DE%20LA%20CONSTITUCION.htm#\\_ftn1](http://www.unla.mx/iusunla32/opinion/REFLEXIONES%20SOBRE%20EL%20CAPITULO%20ECONOMICO%20DE%20LA%20CONSTITUCION.htm#_ftn1) Consultado el 4 de junio del 2019

18 Cordera, Rolando. Más allá de la focalización. Política social y desarrollo en México. Revista NUEVA SOCIEDAD No 215, mayo-junio de 2008, ISSN:

México fue laboratorio de reformas neoliberales, tanto en el ámbito económico como en el social. Los resultados han sido desastrosos. Aparece como no creíble que actualmente México tiene niveles de pobreza y desigualdad mayores que en 1977 y han sido precisamente las decisiones sobre las “estrategias” económicas las que han condicionado los resultados de las políticas sociales. En un estudio reciente, Damian sostiene que: Con base en una reflexión sobre el concepto de ciudadanía social desarrollado por T. H. Marshall, se propone que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) están asociados con necesidades cuya satisfacción depende de recursos económicos y, por lo tanto, involucran la pobreza. Se plantea que el derecho a no ser pobre quedaría en un nivel muy abstracto si no se especifica lo que se requiere para no serlo.<sup>19</sup>

Y Ordoñez sostiene que: *tras un siglo de desarrollo del Estado social mexicano, la sociedad está dividida por la desigualdad económica y la política social favorece sólo a los individuos con mejor ubicación en la estructura económica, con ingresos más altos y con capacidad de organización e influencia en las decisiones gubernamentales*<sup>20</sup>

Por tanto las causas de este gran fracaso de las políticas sociales son la subordinación de la política social a la política económica.

El “Resumen ejecutivo” de los Estudios Económicos de la OCDE, manifiesta, en un renglón, la situación de México: *“El crecimiento es fuerte, pero las desigualdades persisten en todo México”*<sup>21</sup>

No es necesario abundar más en el evidente fracaso de las políticas sociales, pero sí es importante mostrar que el Estado mexicano, con la decisión de seguir el paradigma neoliberal en su CEM, se convierte

0251-3552, Recuperado de: <https://nuso.org/articulo/politica-social-y-desarrollo-en-mexico/> Consultado el 3 de abril del 2019. Pág. 96.

- 19 Damian, Araceli. *Pobreza y desigualdad en México. La construcción ideológica y fáctica de ciudadanía diversa y desiguales*. El trimestre económico, vol. LXXXVI (3), núm. 343, julio-septiembre de 2019, pp. 623-666.
- 20 Ordoñez Barba, Gerardo. *Estado Social en México. Un siglo de reformas hacia un sistema de bienestar excluyente*, 2017, México, El Colegio de la Frontera Norte y Siglo veintiuno editores. Pág. 67-79
- 21 OCDE. *Estudios económicos de la OCDE. México*. Recuperado de: <https://www.oecd.org/eco/surveys/mexico-2017-OECD-Estudios-economicos-de-la-ocde-vision-general.pdf>

en violador de los derechos sociales<sup>22</sup> y no solo eso sino que podemos concluir que el modelo económico y social aplicado durante casi 40 años —desde 1983— debe ser replanteado. En materia social, porque los programas predominantes, incluyendo los puestos en marcha por el gobierno que tomó posesión el 1º de diciembre de 2018, sólo ofrecen acceso parcial a los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>23</sup>

Torres y Rojas concluyen su estudio con esta opinión:

*La influencia de los lineamientos de la actual Política Económica de orden global, no sólo ha mostrado su incapacidad para crear condiciones de bienestar, sino además, ha neutralizado los efectos de la Política Social, la cual hoy en día se limita a tratar de contener el descontento social de la población marginada del país, aunque la violencia social se incrementó a niveles sin precedentes y tiene sus orígenes en la implementación de un modelo económico concentrador. Prueba de ello es que si bien han aumentado los recursos para el combate a la pobreza y desigualdad social, paradójicamente, su nivel y magnitud también se ha incrementado.<sup>24</sup>*

### 3. Los logros de las nuevas constituciones latinoamericanas

Obviamente el constitucionalismo ha sido visto con diferentes paradigmas, el liberal, el social, unitario y plurinacional, pero visto de manera general, las nuevas tendencias del constitucionalismo resaltan la necesidad de poner a discusión conceptos básicos del constitucionalismo del siglo XVIII y XIX, como la propiedad y, también en general, remover las dificultades para la realización de los derechos sociales. Precisamente esta función social es la que debe sugerirle, aun al mercado, un replanteamiento de sus clásicos significados<sup>25</sup>

---

22 Damian, *Op.Cit.* pág. 639

23 *Ibidem.* Pag. 647.

24 Torres, Felipe y Rojas Agustín. *Política económica y política social en México: desequilibrio y saldos*. Revista Problemas del Desarrollo, 182 (46), julio-septiembre 2015. Recuperado de: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S030170361500022X?token=294EFAA0EED0C67D12BBC-8FF9E3338EE99765C6136C49296A01A703D63C6B0DD2B69CC9E09D-375436632740FEB82BF66> Consultado el 25 de septiembre del 2019. Pág. 63.

25 Guerrero Galván, Luis Rene. *Temas y tendencias del constitucionalismo contemporáneo*. 2016. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. Pág 101 y s.

Para el constitucionalismo, en general se plantea: ¿es mejor reconocer pocos derechos efectivamente garantizables, o es deseable contar con un catálogo muy amplio de derechos, aunque muchos de ellos queden como promesas incumplidas? En esa línea de ideas se recordó que en Latinoamérica suele entenderse a la Constitución como un ideal normativo de las demandas de la población, por lo cual no resulta extraño incluir cuestiones que podrían ser difíciles de realizar. Como ejemplo emblemático se mencionó a la Constitución de Ecuador, que reconoce la ciudadanía universal.<sup>26</sup>

Hoy los nuevos temas del constitucionalismo se centran en que reconoce un protagonismo especial a los derechos humanos y al costo de los derechos, es decir, si aumenta la cantidad de derechos reconocidos, su eficacia disminuye. Igualmente, la toma de conciencia de la distinción entre la dimensión jurídica y la dimensión política de los derechos y, sobre toda necesidad de superar la idea de ciudadanía como atributo para otorgar derechos, punto central de las migraciones.

Pero en lo referente a las constituciones latinoamericanas, Dalmau pregunta a 3 constituciones latinoamericanas:

1. ¿Las Constituciones han servido para mejorar las condiciones de bienestar de los ciudadanos?; 2. ¿Se ha podido limitar el poder de los órganos constituidos?; 3. ¿Ha disminuido la desigualdad y la pobreza?; 4. ¿Ha mejorado la situación de los derechos civiles?<sup>27</sup>

La problemática del constitucionalismo en general también se refleja en el constitucionalismo latinoamericano. La respuesta, en general, es que sí ha habido mejora en el bienestar, pero es igualmente cierto que persisten las desigualdades, la pobreza y la muy escasa justicia de los derechos sociales.

---

26 *Ibidem*.

27 Martínez Dalmau, R. (2018). ¿Han funcionado las constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?, *Cultura Latinoamericana* 28 (2), pp. 138-164. DOI: <http://dx.doi.org/10.14718/CulturaLatinoam.2018.28.2.7>

## V. SOPORTE TEÓRICO

Antes de delinear el marco teórico desde donde se desea una propuesta para tratar este objeto de estudio que nos ocupa, se harán tres consideraciones porque se parte del supuesto de que las teorías jurídicas son subproductos de teorías filosóficas y aunque hay una gran cantidad de estas últimas, son tres las que más han incidido en aquellas, considerándose cada una como la verdadera. La primera consideración es

- a) la construcción de los razonamientos con los que construimos nuestros enunciados y nuestros razonamientos los realizamos conforme los paradigmas epistemológicos que tenemos (individuales y sociales) y con estos mismos construimos las normas de actuar (individuales y sociales). Es decir, el sistema jurídico mexicano fue concebido con una mezcla de paradigmas ius-naturalistas y positivistas, pero desde junio del 2011 ese paradigma ha cambiado, aunque los tres paradigmas jurídicos anteriores hoy perviven en el sistema jurídico mexicano. De ahí que cuando se desea entender el razonamiento justificatorio de un actuar determinado, seguramente se conformará de razonamientos conformados por los paradigmas culturales que tenemos, es decir, los tres arriba señalados. Nuestros razonamientos jurídicos hoy son positivistas, es decir, buscamos la ley, pero son interpretados no solo con este paradigma jurídico.
- b) Lo anterior nos obliga a precisar, o no confundir, cuatro conceptos:
  - a) Paradigma: (Modelo o marco teórico explicativo deducido de teorías, creencias, valores y leyes y desde ahí se interpreta o se construye la explicación de la realidad. Es un esquema de interpretaciones básico que adopta una comunidad concreta de científicos. Pero si bien es cierto lo anterior, hay que tener en cuenta lo que refería Kuhn, al estar platicando con Margarita Masterman. Decía: “*un paradigma es lo que se usa cuando no hay teoría*”<sup>28</sup>.

---

28 Connant, James y Haugeland, John. *El camino desde la estructura*. Paidós. Barcelona, Buenos Aires, México. 2001. Pág. 348

- b) El vocablo enfoque, en cambio, se refiere a una orientación y es usado, sobre todo, en el área de pedagogía. Se usa para dirigir la atención o el interés en x problema, desde unos supuestos previos, para tratar de resolver el objeto que se estudia, desde ese enfoque.
- c) La expresión “modelo”. Tiene una connotación de esquema o patrón, en cuanto representación ideal, para explicar teóricamente su hacer y es visto como didáctico, cognitivo, científicista, etc.
- d) El concepto “corriente” quiere señalar, sobre todo, las líneas innovadoras que resaltan las modificaciones en determinados objetos de estudio que se abordan.

Relacionando estos puntos con lo anterior resulta importante, además, considerar el papel que las creencias juegan en los paradigmas jurídicos y, sobre todo, políticos: las concepciones políticas se han alimentado de muchas creencias. Una creencia es una verdad, por muchas razones, no verificada.

La justificación epistémica es resultado de procesos confiables para la determinación de la verdad (en el caso de la ciencia esos procesos corresponden al método científico). Ahora bien, el proceso de determinación de la verdad es la “normatividad epistémica” que señala los procesos cognitivos que deben ser seguidos en el proceso de investigación como una condición ineludible para la determinación de verdades justificadas<sup>29</sup> asunto que, si se sigue una normatividad epistémica, se podrán distinguir las “explicaciones” pseudocientíficas o ideológicas, de las científicas. Desgraciadamente muchos de los paradigmas usados en el abordaje de temas sociales y jurídicos, ha seguido paradigmas especulativos, carentes de condiciones de verdad en sus enunciados y han considerado como innecesaria la verificación empírica.

El punto central es la gran cantidad de estudios jurídicos que se escriben sin que los autores identifiquen el encuadre epistemológico

---

29 Cáceres, Enrique. Epistemología jurídica aplicada. En: Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel. Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Vol. Tres. Pág. 2198). Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3876/16.pdf> Consultado el 24 de febrero de 2019. Pág 2259 y ss.

que utilizan y, más grave aún, que ni conocen los elementos que lo componen y, por tanto, las implicaciones que tiene.

La consecuencia de lo anterior es que no solo vivimos en y de creencias, sino que somos los primeros en sostener las creencias que existen sobre x rubro, en lugar de trabajar para justificar que lo que afirmamos es conocimiento.

Por esta misma razón es importante que si no se sabe el modelo mental del que se está partiendo o que se está usando al escribir sobre x tema, probablemente se esté usando una metodología que no es adecuada a dicho encuadre.

Con lo arriba dicho se quiere subrayar que gran parte del contenido del “constitucionalismo económico” hoy aparecen como creencias no justificadas y la razón es porque quienes escriben sobre estos temas no manifiestan el encuadre epistemológico desde donde trabajan temas, por ejemplo, sobre el constitucionalismo o utilizan otro paradigma para abordar este tipo de objetos de estudio.

### 1. *La teoría crítica y la teoría crítica latinoamericana*

Para entender cómo es que, a pesar de los resultados contradictorios, sobre todo en el campo de los derechos sociales, se sigue defendiendo el CEM como hasta ahora se ha concebido, es necesario verlo desde otro punto de vista.

No se expondrá todo el paradigma de la teoría crítica. Muy sucintamente se señala que surge de un grupo de trabajo conocido como los “frankfurtianos”. Los miembros de Escuela de Frankfurt “*no elaboraron teoría alguna sobre el papel del derecho en la modernidad. Su crítica infravaloraba las tradiciones del Estado democrático de derecho.*”<sup>30</sup>

Pero desde sus inicios, la teoría crítica quiso ocuparse de fenómenos que pueden ser comprendidos solamente en el marco de la vida social del hombre: el Estado, el derecho, la economía, la religión;

---

30 Velasco, Juan Carlos. Acerca del «giro jurídico» de la teoría crítica. En *Isagoría*. Núm 10. 1994. Recuperado de: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/280/281>. Pág. 179.

dicho brevemente, de la totalidad de la cultura material y espiritual de la humanidad en general'.<sup>31</sup>

Por ello la teoría crítica sostiene que “los derechos fundamentales no pueden definirse en abstracto, sólo se pueden hallar en constituciones históricas y en sistemas políticos, porque un paradigma jurídico explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales.”<sup>32</sup>

De este marco teórico se siguen conclusiones para el uso de metodologías correspondientes:

- a) Problematizar la realidad presente. Sólo se puede problematizar cuando se puede pensar de manera diferente, cuando se ha generado una cultura diferente a la actual.
- b) Criticar los paradigmas jurídicos occidentales. No se ha sabido (podido) vivir de manera diferente: el derecho se obedece. No hay más que homogeneidad. No es posible la pluriculturalidad en el ámbito constitucional actual.
- c) Develar y visibilizar serán, quizás, los métodos para esta nueva generación de ciencia jurídica: la formación metodológica del político y del abogado ha sido la de describir, no la de develar lo que hay atrás del fenómeno social, como tampoco formar un abogado que sea capaz de hacer visible “lo que está detrás” del fenómeno social.

Es especialmente difícil para el político, para el abogado y para una institución privada, “hacer visibles” las causas de por qué a un fenómeno dado, continúan siéndole ineficaces las diferentes modificaciones normativas.

---

31 Horkheimer, 1988: 20 Citado por Leyva, Gustavo. Max Horkheimer y los orígenes de la teoría crítica. En: Sociológica, vol. 14, núm. 40, mayo-agosto, 1999, pp. 65-87 [www.redalyc.org/html/3050/305026649011/](http://www.redalyc.org/html/3050/305026649011/)

32 Jürgen HABERMAS. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt am Main. Suhrkamp. 1997. P. 238. Habermas cita, en el texto, a Wieacker que dice: “un modelo social del derecho” representa algo así como la teoría implícita que de la sociedad tiene el sistema jurídico, es decir, la imagen que éste se hace de su entorno social”.



De manera igualmente breve se señala que a la teoría crítica se le ha “tropicalizado” y hoy está configurada como una teoría crítica latinoamericana.

## 2. *La teoría crítica latinoamericana*

Se parte de una crítica al principio de Estatalidad (es decir, de aquella afirmación que sostiene que no existe normatividad fuera del Estado); al principio de unicidad (es decir, que toda sociedad tiene un único sistema de normas); al principio de positividad, (que afirma que todo derecho está expresado en un sistema formalizado, escrito, sistematizado, es decir, identificar al derecho con los mecanismos legalizados, con la ley escrita); y al principio de racionalidad que afirma que el sistema jurídico es fruto de una lógica procedimental propia, fundada en la presunción de universalidad y neutralidad<sup>33</sup>.

La teoría crítica latinoamericana se concibe como un paradigma que busca encontrar la pluralidad de conocimientos y su armonización, creando una complejidad de conocimientos, dilucidando una nueva concepción del mundo objetiva, pura y sana de todo normativismo, que sea factor de dominación, generando un posmoderno criterio de verdad y certeza.

Se afirma que los modelos teológicos, metafísicos y científicos, que han sustentado a lo largo de los siglos las formas dominantes del saber, de organización social y de racionalidad, no consiguen responder totalmente a las inquietudes y necesidades de la realidad latinoamericana. Son verdades hegemónicas que se vuelven insatisfactorias y limitadas. No ofrecen directrices ni normas seguras.

El gran problema para los pueblos de la periferia es que se trata de un proyecto cerrado y eurocéntrico, que no reconoce la alteridad, que no reconoce al otro, al pobre, al oprimido y que es excluido. Se trata de visibilizar la disfuncionalidad de un sistema y la desarticulación de un elemento que abarca una organización dada.

---

33 Antonio Carlos WOLKMER, *Pluralismo Jurídico*, 2006, Sevilla, Editorial Mad.

A diferencia de la teoría crítica, la teoría crítica latinoamericana no abandona el proyecto de la Modernidad, sino busca re-construir y realizar sus ideales (o promesas no cumplidas), limitando su lógica de mercado y su racionalidad instrumental.

Si las raíces de la teoría crítica frankfurtiana eran la creación de un instrumental metodológico que permitiera la toma de conciencia histórica, sobre todo de los sectores alienados, para la formación de agentes sociales poseedores de una concepción del mundo desmitificadora, antidogmática, cuestionadora, participativa y libertadora, la teoría crítica latinoamericana busca el instrumental teórico metodológico para un proceso social adecuado y la emancipación de los excluidos, por una nueva manera de concebir el derecho.

La función de la teoría crítica latinoamericana es abrir alternativas de acción y márgenes de posibilidades que se proyecten sobre las continuidades históricas; definir un proyecto que posibilite el cambio de la sociedad en función de un nuevo tipo de “sujeto histórico”.

Sus supuestos articulan, dialécticamente, la “teoría” con la “praxis”; el pensamiento crítico con la acción estratégica y en un horizonte a partir de latinoamérica; y cuyas construcciones de legitimidad vienen del poder comunitario y de los nuevos actores de intereses colectivos; y tiene sus fundamentos en la historicidad de una “praxis” concreta, teniendo en cuenta estructuras socioeconómicas de espacios locales y nacionales explotados, dependientes, marginados y colonizados y en categorías teóricas y procesos de conocimiento que emergen de las culturas no centrales, no eurocéntricas, sino periféricas.

Y en cuanto al ámbito jurídico, “la teoría crítica latinoamericana” centra las discusiones en redefinir el proceso de constitución de una legalidad que es dominante, injusta y opresora.

Repensar, cuestionar y romper con la dogmática lógico formal imperante en una época o en un determinado momento de la cultura jurídica de un país, propiciando las condiciones para el largo proceso pedagógico de “esclarecimiento”, “autoconciencia” y “emancipación”. La propuesta de buscar otro marco teórico para la construcción del conocimiento constitucional no es una sinrazón. El constitucionalismo nace de una universalidad abstracta que produjo promesas emancipatorias, pero que sólo trajo colonialismo. Esta propuesta tiene el realismo de que el constitucionalismo ha de ser un co-

nocimiento geopolíticamente situado<sup>34</sup> y ha de superar la larga herida colonial que ha dejado en Latinoamérica.

## VI. CONCLUSIONES

- 1.-Lo que se ha llamado constitucionalismo económico es más bien el conjunto de disposiciones normativas para justificar intereses políticos, más que asuntos jurídicos.
- 2.-Es ciertamente conveniente un texto constitucional reordenado y como un capítulo económico en la Constitución que estructure todos los temas que actualmente carecen de expresión institucional.<sup>35</sup>
- 3.- Como se adujo al citar el trabajo de Demian, el Estado Mexicano está creando ciudadanías diferenciadas, no solo reforzando —más que reduciendo— la desigualdad social.<sup>36</sup> Y esto, en lugar de ser un Estado de derecho, es un estado violador de derechos.

---

34 Medici, Alejandro. *El constitucionalismo transformador sudamericano como contexto de fundamentación de la teoría constitucional*. Ponencia. versión ampliada del presentado en las XXVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social: Multiculturalismo, Interculturalidad y Derecho, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD) en octubre de 2013.

35 Suárez Dávila, Francisco. *Op.Cit.* pág. 400

36 Damian. *Op. Cit.* Pág. 662



# La transformación de los derechos en el orden italiano entre cuestiones sociales y modelos regulatorios<sup>1,2</sup>

ELEONORA CECCHERINI<sup>3</sup>

**SUMARIO:** I. TÉCNICAS DE MANTENIMIENTO CONSTITUCIONAL. 1.1 La vis expansiva de la dignidad. II. LA ELASTICIDAD CONSTITUCIONAL Y LA INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL. III. LIBERTAD Y SEGURIDAD; IV. SEGURIDAD, DERECHOS, MIGRACIÓN; V. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA A TRAVÉS DE LA RED: AMPLIACIÓN DE LOS ESPACIOS DE TOMA DE DECISIONES O DEBILITAMIENTO DE LA DEMOCRACIA. VI. DERECHOS, DERECHO Y ECONOMÍA. VII. CONCLUSIONES

## I. TÉCNICAS DE MANTENIMIENTO CONSTITUCIONAL

La Constitución italiana aprobada en 1947 presenta muchos puntos para la reflexión a los ojos del constitucional. En sus líneas fundamentales, no se aparta de los otros textos constitucionales contemporáneos y presenta en la sección de derechos un catálogo donde se incluyen los derechos civiles, políticos, sociales y económicos.

---

1 Agradezco a los estudiantes del curso de doctorado en derecho de la Universidad de Genoa por su ayuda y sugerencias: Diego Baldoni, Omar Caramaschi, Federica Danini, Nicolò Fuccaro, Simone Frega, Alessia Tranfo.

2 Agradezco también a Carlos Eulalio Zamora Valadez, investigador de la Academia Interamericana de los derechos humanos, Saltillo, Coahuila, México por su traducción.

3 Doctora en Derecho Público Comparado por la Universidad de Siena; es profesora asociada de Derecho Constitucional en la Universidad de Génova donde enseña también Derecho Público Comparado. Ha participado en seminarios e impartido conferencias en México, Canadá, Argentina, Colombia, España, Reino Unido, China. Es autora y editora de diferentes publicaciones en materia de derechos y libertades con perspectiva comparada.

El perfil que mayormente se separa y que puede ser considerado calificado y constituido de importancia reservada a la persona. El principio personalista, de hecho, sanciona la primacía del individuo sea como singular sea en las formaciones sociales y esto constituye el epicentro del cual se inspiran los derechos subjetivos indicados en la carta fundamental. La referencia es al art. 2 del texto<sup>4</sup> que además de reafirmar la centralidad de la persona, indica cómo los derechos inviolables son reconocidos por la república, asumiendo una anterioridad de estos derechos con respecto al sistema legal. Este concepto ubica a la persona en la cima del sistema de valores y a esto la corte constitucional le ha dado un amplio crédito, afirmando que el principio personalista “*coloca como fin último de la organización social el desarrollo de cada persona humana*”<sup>5</sup>.

Dando por sentado la primacía de la persona, debe tenerse en cuenta que la formulación del art. 2 de la Constitución, junto con la presencia de normas con un contenido jurídico indeterminado, ha permitido que el texto constitucional se adapte a la evolución social, cultural, histórica y tecnológica que ha afectado los sistemas modernos, dando cobertura constitucional a nuevas situaciones legales subjetivas. La elasticidad intrínseca del texto, por lo tanto, ha conferido un carácter dinámico al catálogo de derechos, lo que permite adaptar las disposiciones a la conciencia de la comunidad de asociados.

Con esta reconstrucción no se quiere afirmar que la introducción de nuevos derechos se deba a un proceso de deconstitucionalización favorecido por la mera observación de la mutabilidad de las condiciones sociales, sino al hecho de que la Constitución es la expresión de un sistema de valores, cuya afirmación legitima interpretaciones evolutivas de las disposiciones mismas. Mediante el uso de la cláusula

---

4 Art. 2 Const.: La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo, como en el seno de las formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social. Las referencias bibliográficas sobre este punto son muchas, por ejemplo: E. Rossi, *Art. 2*, en R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (comp.), *La Costituzione italiana*, Turín, Utet, 2007, 38 ss.; A. Barbera, *Art. 2*, en G. Branca (comp.), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bolonia, Zanichelli, 1975, 50 ss.

5 Sent. T. const. n. 167 de 1999.

abierta del art. 2, se han rastreado los derechos inviolables: uniones homosexuales<sup>6</sup>; los derechos del niño<sup>7</sup>; el derecho al nombre<sup>8</sup>; derecho a la privacidad<sup>9</sup>; derecho a la vivienda<sup>10</sup>; el derecho a la libertad sexual<sup>11</sup>.

No ha faltado la crítica a esta orientación jurisprudencial, que parece ofrecer bases débiles para los derechos no enumerados y que supondría el Tribunal del activismo judicial. De hecho, la introducción de un nuevo derecho inviolable determina la imposición de una obligación correspondiente sobre otro sujeto que tiene un derecho expresamente garantizado a nivel constitucional. De esta forma, los jueces constitucionales se convertirían no solo en formadores de un catálogo renovado de derechos, sino también en árbitros del equilibrio<sup>12</sup>.

### 1. *La vis expansiva de la dignidad*

La cuestión aquí reproducida plantea un problema con respecto a la adaptación de la lista de derechos a las condiciones sociales cambiantes del país y, seguramente, el uso de la referencia a los derechos inviolables ha ayudado a este proceso. Sin embargo, en las últimas décadas, el principio más utilizado para justificar el fundamento constitucional de los nuevos derechos es la protección de la dignidad.

Este principio no era ajeno a los constituyentes que, de hecho, previeron su introducción en tres disposiciones<sup>13</sup>, pero que asumieron

---

6 Sent. T. const. n. 138 de 2010.

7 Sent. T. const. n. 31 de 2012 y n. 7 de 2013.

8 Sent. T. const. n. 13 de 1994, n. 297 de 1996, n. 286 de 2016.

9 Sent. T. const. n. 463 de 1994.

10 Sent. T. const. n. 217 y 404 de 1988.

11 Sent. T. const. n. 561 de 1987.

12 Respecto al escepticismo sobre el uso del art. 2 de la Constitución como una cláusula abierta: A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padua, Cedam, 2003, 27; M. Olivetti, *Diritti fondamentali*, Turín, Giappichelli, 2018, 152.

13 Art. 3, párrafo 1 constitucional: Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la Ley, sin distinción por razones de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.; art. 36, párrafo 1: El trabajador tiene derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, en cualquier caso, para asegurar a su fami-

un significado axiológico lejos de lo que nuestros autores de la Constitución imaginaban. El principio tiene sus raíces en las tradiciones católica y socialdemócrata y es parte del tema de la inviolabilidad de los derechos de la persona, ya que constituye el sustrato para la afirmación de la unicidad del individuo, de la identidad personal y de la autodeterminación. En esta perspectiva, el tema de la dignidad se ha convertido en la piedra angular de un proceso que ha colocado el tema de la persona en su dimensión subjetiva en el centro de la reflexión legal.

Una de las áreas privilegiadas en las que el tema de la dignidad ha desencadenado su efecto propulsor ha sido el de la bioética, un área que por razones cronológicas y tecnológicas era desconocida para los constituyentes.

El progreso científico e incluso la evolución de las costumbres han contribuido a colocar a la persona humana en el centro del debate con sus posibles desarrollos derivados de la ingeniería genética, la inseminación artificial, la biotecnología, sin mencionar las orientaciones culturales y de conciencia inherentes al tema de la libertad de tratamiento sanitario, de la ensañamiento terapéutico y de la eutanasia.

Por lo tanto, la dignidad se convierte en una garantía de autonomía que actúa como un arquitrabe para el sector de la bioética donde se contraponen, por un lado, el derecho a la autodeterminación personal y, por otro lado, el poder público como depositario de un patrimonio de valores compartido por la mayoría, que debe estar protegido<sup>14</sup>. Por lo tanto, en el campo de la *bioethics*, la dignidad ha resultado al mismo tiempo un principio apto a poner limitaciones y un instrumento de promoción de derechos no codificados expresamente; existe el hecho de que la dignidad ya no es solo el fundamento para incrementar los nuevos derechos, sino que constituye el límite para la acción de los poderes públicos<sup>15</sup>.

---

lia y a sí mismo una existencia libre y digna; art. 41, párrafo 2: (La iniciativa económica privada) No puede llevarse a cabo en oposición al interés social o de tal modo que inflija un daño a la seguridad, a la libertad y a la dignidad humana.

14 G. Ferrara, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, en *Studi in onore di G. Chiarelli*, II, Milán, Giuffrè, 1974, 1087.

15 Sobre el tema: G. Resta, *La dignità*, en S. Rodotà, P. Zatti (comp.), *Trattato di*



Con respecto al primer perfil, es suficiente recordar el art. 2 sobre la Declaración de la UNESCO sobre el Genoma Humano que indica cómo la dignidad impide la reducción de los individuos a sus características genéticas e impone respeto por su singularidad. Además, no puede olvidarse la indicación con la que se abre al art. 1 la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que identifica la dignidad humana como inviolable, que constituye el amparo bajo el cual todos los demás derechos se indican a continuación, entre los cuales los del art. 3, que establece que “1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley, la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas, la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro, la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”.

Es evidente que en esta situación la dignidad constituye un límite para la autonomía privada e impone a las autoridades la obligación de salvaguardar la esencia humana.

En cambio, a la otra perspectiva semántica que proyecta la dignidad como un demiurgo para la introducción de situaciones jurídicas subjetivas no identificadas previamente, la referencia obligatoria es a los temas del fin de la vida. La cuestión – como se sabe – es muy resbaladizo – y no solo en el sistema legal italiano – sino en general en todos los sistemas modernos, donde el avance de la investigación médica ciertamente ha permitido el mantenimiento de personas que en el pasado habrían muerto pero que aún no puede garantizar *standard* de vida adecuados. Por lo tanto, la atención médica a menudo garantiza una vida, pero no en condiciones satisfactorias, que a veces van de la mano con un sufrimiento físico y mental particularmente intenso.

Son estos últimos casos los que han colocado el tema del derecho a vivir con dignidad en el centro del debate. En el caso de la imposibilidad de poder aprovechar esta condición, tanto el circuito médico como el jurídico han dado lugar a una reflexión que llevó a cuestionar

si no era posible reconocer el derecho a terminar la propia existencia si las condiciones generales de salud estuvieran tan deterioradas e imposibilitadas de volver a la *condicio ante*.

Como se sabe, estos son temas divisivos y, sobre todo, no aparecieron en el horizonte ideológico de los constituyentes italianos. Sin embargo, en las últimas décadas, la cuestión de la legitimidad de cada uno para decidir cómo poner fin a su existencia se ha revelado en todo su drama y ha puesto a jueces y legisladores frente a este dilema. La pregunta, sin embargo, asume nuevos perfiles de interés, ya que no se limita a la dimensión de derecho positivo de cualquier matriz que sea, sino que deja en claro que estas cuestiones ponen en tensión el principio de separación de poderes y, sobre todo, socavan el delicado equilibrio entre jueces y legisladores.

Para trazar un itinerario marcado por la cronología de la cuestión, teniendo en cuenta también los dos perfiles que acabamos de indicar, es necesario comenzar desde el caso Englaro. El caso se refería a una joven en estado vegetativo debido por causa de un accidente automovilístico, cuyo padre, como tutor, había solicitado la interrupción del tratamiento de hidratación y alimentación forzada. Esta orientación se basó en las declaraciones hechas en la vida por la hija que se expresó por no mantener la vida si las condiciones físicas y neurológicas se veían irremediablemente comprometidas. Para que se respetara la voluntad de la chica, el éxito se produjo luego de una larga querrelle judicial y política. La primera concluyó con una sentencia de la Corte de Casación del 17 de octubre de 2007 n. 21748 y luego con el decreto de la Corte de Apelaciones de Milán de 9 de julio de 2008, n. 88 que han establecido que la voluntad de una persona adulta de no continuar el tratamiento médico puede determinarse mediante la reconstrucción de testigos, cuando al momento no es capaz de comprender y desear. El circuito político, por otro lado, se opuso por todos los medios, de modo que el decreto judicial, que había autorizado la suspensión de los tratamientos, no se convirtiese en ejecutivo. El Gobierno ha presentado un decreto ley destinado a evitar la aplicación judicial, pero que no fue emitido por el Presidente de la República, ya que tiende a subvertir el principio de separación de poderes, mientras que la cámara y el Senado propusieron un conflicto de atribución frente a la sentencia de la Corte de Casación y del decreto de la Corte

de Apelación considerado inadmisibles por la Corte constitucional con el auto n. 334 de 2008<sup>16</sup>.

Las reacciones desgarradas del poder político dan testimonio de toda la delicadeza del tema y representan todas las inquietudes que suscitan la incómoda confrontación entre el juez y el legislador. Casi diez años después, las Cámaras intervinieron con la ley n. 219 de 2017, que regula las llamadas directivas de tratamiento anticipado (DAT) y motiva la intervención en una perspectiva de mejora intensa de la perspectiva de protección de la dignidad. La legislación, que entró en vigor el 1 de enero de 2018, confiere el pleno derecho al individuo a “*conocer sus propias condiciones de salud y a ser informado de manera completa, actualizada y comprensible sobre el diagnóstico, el pronóstico, los beneficios y los riesgos de las evaluaciones de diagnóstico y los tratamientos médicos indicados, así como con respecto a las posibles alternativas y las consecuencias del posible rechazo del tratamiento médico y de la evaluación de diagnóstico o de la renuncia al mismo*”<sup>17</sup>.

Por lo tanto, la ley le permite suspender los tratamientos que salvan vidas con la supervisión del médico, quien también tiene la obligación en este caso de continuar con todas las terapias que pueden aliviar el dolor, incluso si el paciente ha decidido suspender el tratamiento.

Pero estamos lejos de una legitimación del *right to die* y un pleno reconocimiento de la dignidad al morir y, sobre todo, permanecía en las sombras el derecho a procurarse la muerte. Y una vez más, la pregunta encuentra un punto de inflexión luego de una rigidez entre el tribunal constitucional y el legislador.

Vale la pena señalar el auto n. 207 de 2018, con el cual el juez de la ley se somete a verificar la legitimidad constitucional del art. 580 del código penal, que incrimina la ayuda y la instigación al suicidio<sup>18</sup>.

---

16 Sobre el punto cfr. T. Groppi, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello stato di diritto e ritorno*, - E. Ceccherini, T. Groppi (comp.), *Bioetica*, Nápoles, Editoriale scientifica, 2010, 23 y ss.

17 T. Pasquino, *Sul contenuto delle DAT tra autodeterminazione del paziente e decisioni di altri: profili civilistici*, en *Biolaw Journal*, 1, 2019.

18 La orden ha sido objeto de muchos comentarios en Italia, *ex multis*, C. Tripodina, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità*

El caso en cuestión se refería a la ayuda que el Sr. Cappato le había dado a Fabiano Antoniani para poner fin a su vida - irremediablemente comprometidas por un terrible accidente - acompañándolo a una clínica en Suiza, donde con la ayuda de los médicos, el Sr. Antoniani había terminado su vida auto administrándose una droga letal. Al regreso de la Confederación Suiza, el Sr. Cappato se auto denuncia para provocar un debate sobre el fin de la vida en Italia. Por lo tanto, el juicio penal se abrió, pero el juez lo suspendió para remitir los procedimientos a la Consulta.

Esta última, con una herramienta procesal completamente nueva en la historia de Italia, decide con una ordenanza de posponer la audiencia pública, dejando al legislador un año para intervenir en el tema. Es la primera vez que el órgano de justicia constitucional utiliza el instrumento del auto para reservarse de decidir, cuando el legislador en el período indicado no debía activarse<sup>19</sup> y esta opción de modular los efectos de sus decisiones a lo largo del tiempo pone de manifiesto la sensibilidad del órgano jurisdiccional con respecto a las asambleas electivas, considerado el más apropiado para proporcionar respuestas a estas delicadas preguntas.

El auto confirma la importancia estratégica del principio de dignidad, que asume una centralidad plena en la decisión. De hecho, leemos

---

*costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri", en Biolaw Journal, 3, 2018; M. Picchi, "Leale e dialettica collaborazione" fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale, en Osservatorio sulle fonti, 3 2018; U. Adamo, La Corte è "attendista" ... «facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale» (ord. n. 207/2018), en Forum di Quaderni Costituzionali, 23 noviembre 2018; E. Falletti, Suicidio assistito e principio di separazione dei poteri dello Stato. Alcune riflessioni a margine dell'ordinanza 207/2018 sul "caso Cappato", in europeanrights.eu, 1 enero 2019.*

- 19 Se enfatiza que la técnica constituye una novedad en el sistema legal italiano mientras que constituye un instrumento consolidado en otros sistemas. Precisamente sobre el tema del fin de la vida cfr. el juicio Carter v. Canadá (2015 SCC 5), que también fue citado por el Tribunal Constitucional italiano (quizás introduciendo un recurso al derecho comparado) como se cita el fallo del Tribunal Supremo del Reino Unido (sentencia de 25 de junio de 2014, Nicklinson y otros, [2014] UKSC 38); K. Millaire, *Le concept d'autonomie dans l'arrêt Carter v. Canada: Au-delà du libre choix*, en McGill L. J., 63, 2, 2017, 283 y ss.

que “la asistencia de terceros para poner fin a su vida puede presentarse ante los enfermos como la única forma de escapar, con respecto a su propio concepto de dignidad humana, a un mantenimiento artificial de la vida que no se quiere más y que tiene derecho a rechazar según el art. 32, párrafo 2, constitucional” (§ 8). De hecho, el carácter absoluto del derecho penal ha llevado a la Consulta a especificar que “la única forma de despedirse de la vida, sin que tal limitación pueda considerarse preordenada a la protección de otros intereses constitucionalmente apreciables” puede conducir a una violación del principio de dignidad humana, así como los principios de razonabilidad e igualdad en relación con las diferentes condiciones subjetivas” (§ 9).

Sin embargo, fue precisamente el legislador, a quien la corte había dejado la primacía, a dejar caer en el vacío la ocasión, no habiendo en el lapso permitido, ni siquiera emprendido un debate sobre el tema de la eutanasia y, por lo tanto, obligó a la Corte a intervenir con una sentencia con la cual se declara la no aplicabilidad de las normas del código penal sobre instigación y ayuda al suicidio a aquellos que facilitan la ejecución de la intención suicida, de forma autónoma y libre, de un paciente mantenido vivo mediante tratamientos de soporte vital y sufre de una patología irreversible, fuente de sufrimiento físico o psicológico que él considera intolerable pero totalmente capaz de tomar decisiones libres y conscientes<sup>20</sup>.

La Corte explica que la ayuda y la instigación al suicidio permanecen prohibidas al fin de proteger las personas vulnerables sin embargo excluye el carácter absoluto de la norma. Es importante destacar que el juez constitucional al fin de no ser acusado de activismo judicial justifica su intervención porque el legislador ya había legitimado el tema de la suspensión de tratamientos salvavidas como aquellos de hidratación y alimentación artificial con la ley n. 219 del 2017. Por lo tanto la penalización de conductas de auxilio al suicidio a personas que conscientemente quieren poner fin a sus condiciones de enfermedad parece a la Corte una incoherencia del ordenamiento penal.

---

20 Sentencia T. const. n. 242 de 2019. Veanse en sentido critico, A. Ruggeri, *Rimoso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di corte costituzionale n. 242/2019)*, en *Giustizia insieme*, 24 noviembre 2019.

Además la sentencia *de qua* vuelve a utilizar el principio de dignidad de las personas al otorgarles el pleno derecho de poner fin a sus vidas de manera digna al enfatizar la perspectiva de la libertad personal.

El caso aquí mencionado sistemáticamente no solo da testimonio de la dificultad de las autoridades públicas para tratar un tema como el del final de la vida, sino que también indica hasta qué punto las relaciones entre jueces y legisladores tienden a ser altamente conflictivas. Ante la inercia del legislador, la función suplementaria de los jueces no siempre es bien apreciada, pero sobre todo ellos mismos tienden a evitar el activismo que inevitablemente los expondría a críticas, si no a ataques. De hecho, la falta de legitimidad popular del aparato de juzgar parece percibirse más como una expresión de fuerza que como la articulación de un sistema de garantías.

Los acontecimientos presentados aquí manifiestan una vez más del hecho de que el universo de derechos se ve impulsado por el pluralismo social que deben enfrentar las Constituciones modernas. La homogeneidad de clase expresada en los textos constitucionales del Estado liberal se ha roto y dispersado, de modo que ya no hay una confrontación opositora entre libertad y autoridad, sino que se nutre del mismo *humus* valorial, se benefician jerarquías de valores distintos. Nadie se declara opuesto al derecho a la vida, pero cuestiona si es necesario dejar a la autodeterminación la opción de poner fin a la propia existencia porque ya no se considera que corresponde a criterios de dignidad que se consideran consustanciales con el principio personalista. En esta perspectiva, por lo tanto, la dignidad ha sido el catalizador de las transformaciones constitucionales y ha permitido el proceso de adaptar el texto constitucional a los nuevos valores expresados por el grupo social de referencia.

Por lo tanto, la dignidad constituye una especie de motor inmóvil que devuelve una serie de derechos al canal constitucional que no había sido positivizado en el texto pero que las nuevas visiones del mundo proponen con todo su drama. Solo el filtro constitucional con su claro propósito integrador puede conducir efectivamente a la unidad de los valores que de otro modo serían desgarrados por el cambio de las orientaciones inconstantes y rapsódicas de la sociedad.

## II. LA ELASTICIDAD CONSTITUCIONAL Y LA INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL

El surgimiento del principio de dignidad ciertamente ha ayudado a adaptar el catálogo de derechos a la evolución de las sociedades, pero otro proceso ha coadyuvado firmemente la expansión de la protección de los derechos de una manera inesperada en comparación con lo previsto por los constituyentes. De hecho, aunque la apertura al orden internacional ha sido un rasgo característico del debate<sup>21</sup>, el proceso de ósmosis entre el orden interno y el internacional ha asumido dimensiones significativas, dando lugar a un sistema integrado de protección de derechos.

En la perspectiva de identificar cuáles pueden haber sido los momentos de articulación en el proceso de transformación de los derechos, la referencia obligatoria es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa y ejecutado en Italia con la ley n. 848 de 1955, que presenta al menos dos peculiaridades importantes: la existencia de un órgano jurisdiccional *ad hoc* (Tribunal de Estrasburgo) y la apelación individual. Estas dimensiones han creado un sistema de protección de derechos que complementa el establecido por el catálogo constitucional<sup>22</sup>.

Aunque la ejecución del convenio se remonta a lo largo del tiempo, la verdadera clave para su incorporación a la ley se debe a la reforma del art. 117, párrafo 1, implementado con la ley constitucional n. 3 de 2001, que obliga al legislador nacional y regional al respeto de las obligaciones eurocomunitarias e internacionales<sup>23</sup>.

---

21 Art. 10 constitucional: El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas. La Ley regula la situación jurídica de los extranjeros de conformidad con las normas y los tratados internacionales. Art. 11 (Italia) accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones, y promueve y apoya a las organizaciones internacionales encaminadas a este fin.

22 G. Martinico, *Corti costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale"*, in *www.penalecontemporaneo*, 2, 2015 pero ver también G. Martinico, *Retos de las cortes nacionales y supranacionales*, en esta obra.

23 El poder legislativo es ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos de la Constitución, así como de las obligaciones que deriven del orde-

Fue el cambio del paradigma constitucional lo que colocó a la Convención en una posición superior del sistema fuente, un lugar que, hasta ese momento, de hecho se le había impedido. De hecho, a la fuente internacional se le atribuyó la misma fuerza que la ley de cumplimiento interno y, por lo tanto, la de una ley ordinaria, que no excluía que las fuentes posteriores con el tiempo pudieran abrogar o derogar la norma interna de ejecución. A pesar de las hipótesis de valorización de la Convención avanzada en doctrina, la Corte Constitucional había negado el papel supremo de la Convención y sus protocolos con respecto a la legislación ordinaria, excluyendo que esas normas pudieran actuar como un parámetro, limitando en cambio a los jueces a una referencia de la Convención en relación con el art. 2 constitucional<sup>24</sup>.

La aprobación del art. 117, párrafo 1 induce una visión diferente de la *vexata quaestio*, que pronto proviene especialmente del trabajo de los jueces comunes y de la Corte de Casación. Cabe recordar que en 2004, la Corte Suprema<sup>25</sup>, con respecto a la ley Pinto, afirmó la existencia de un vínculo de jurisdicción civil a las pautas interpretativas del Tribunal de Estrasburgo y en 2006, la primera sección penal, en el caso Dorigo, reconoció la posibilidad de esterilizar la efectividad ejecutiva de las sentencias condenatorias con la consiguiente liberación de los condenados en vía definitiva, si una sentencia de Estrasburgo hubiera establecido la violación de las normas de la convención<sup>26</sup>.

El activismo de los jueces de mérito, pero sobre todo de legitimidad, ha abierto una brecha significativa y ha empujado a la Corte Constitucional a tomar una posición al respecto. El punto de inflexión ocurrió en 2007 con las sentencias 348 y 349 (las llamadas “geme-

---

namiento comunitario y de los acuerdos internacionales.

- 24 Sobre este punto F. Cocozza, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo*, Turín, Giappichelli, 1994; E. Lamarque, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Istruzioni per l'uso*, en S. Sonelli (comp.), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, Turín, Giappichelli, 2015, 183 y ss.
- 25 Cass. Civ. sez. un., 26 enero de 2004 nn. 1338, 1339, 1340, 1341.
- 26 F. Viganò, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche. Corte costituzionale italiana e corte europea tra “guerra” e “dialogo”*, en S. Sonelli (comp.), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 217 y ss.



las”) con las que la Consulta traza las coordenadas de la aplicación del CEDH en el sistema interno.

En primer lugar, especifica que las normas internas consideradas perjudiciales para la Convención no pueden estar sujetas a la desaplicación de los jueces comunes; la convención es una fuente internacional que no puede aspirar a una aplicación directa. Este instituto está reservado solo a las normas en contraste con las fuentes derivadas de la Unión Europea y la Corte ha especificado que los dos sistemas no son análogos<sup>27</sup>.

Tras hacer esta distinción, la Corte ha especificado que, si la antinomia no se vuelve a ensamblar con una operación hermenéutica (ver *infra*, interpretación conforme), los jueces están obligados a suspender el juicio y proponer un fallo incidental a la propia Corte. Este último operará recordando la CEDH, como una regla interpuesta y, por lo tanto, su infracción indirectamente produciría un *vulnus* al art. 117, párrafo 1.

La Corte mantiene y consolida su monopolio en el juicio de constitucionalidad de las leyes, pero al mismo tiempo consolida una orientación con la que obliga a los jueces comunes a interpretar la legislación interna de manera coherente con la jurisprudencia de Estrasburgo. De esta manera, al excluir a los jueces de incumplir las reglas inconvenientes, sin embargo, están obligados a llevar a cabo una operación lógica que los lleve a encontrar un significado compatible con la jurisprudencia de Estrasburgo. Mediante esta técnica interpretativa, la influencia de la Convención fue extensa y generalizada. La valorización de la interpretación conforme ha abierto una puerta importante para la transmisión de los derechos de la convención y, de hecho, ha hecho que la jurisprudencia de Estrasburgo asuma un valor constitucional. Por lo consiguiente, el poder judicial no solo estaría obligado a la interpretación conforme a la Constitución sino también a la orientación convencional, que de alguna manera equipara las dos fuentes.

---

27 El objetivo de la contribución no es investigar las transformaciones que tuvieron lugar en nuestro sistema legal después de la adhesión a la Unión Europea. A pesar de ser un perfil que merece la máxima atención, se considera ante todo que es un área suficientemente conocida y, en segundo lugar, que ha tenido menos influencia sobre el tema de la garantía de derechos.

La obligación preliminar de optar por una interpretación conforme requiere que el juez cambie su propia perspectiva: desde una visión exclusivamente interna, pasa a una superposición de dos dimensiones, una nacional y otra supranacional. Por lo tanto, existe el requisito de moverse dentro de un laberinto en el que, entre los múltiples caminos interpretativos que se proponen, sería el único viable que armonice las dos dimensiones, aceptando la *decisum* del Tribunal de Estrasburgo.

A nivel general, también se podría pensar que el principio de *stare decisis* se ha establecido en nuestro sistema legal. De hecho, cuando un juez se esfuerza por encontrar una solución a una disputa, debe aplicar la jurisprudencia EDU. Esto termina delineando un sistema en el cual la interpretación conforme es tributaria del juicio supranacional, haciendo que este último asuma un sistema similar a los del *common law* con la restricción del precedente<sup>28</sup>.

A esta arriesgada reconstrucción ha obstaculizado el Tribunal Constitucional, que en algunos casos reiteró la supremacía axiológica de la Constitución con respecto a las fuentes internacionales, de hecho, reconduciendo la protección de derechos, consagrados en la jurisprudencia de Estrasburgo, al dictado constitucional. De esta forma, implementó una especie de “nacionalización” de derechos, relegando a las motivaciones el impacto del catálogo internacional<sup>29</sup>.

Además, para reducir el peso del precedente presentado por las sentencias del Tribunal EDH, intervino una jurisprudencia, donde el juez está llamado a obedecer *in primis* la carta constitucional, si no hay direcciones convergentes reconocibles entre la fuente interna y la supranacional<sup>30</sup>. En línea con lo afirmado y que es el surgimiento de una actitud prudencial a favor de los principios derivados directamente de la Constitución en lugar de los derivados del art. 117, párra-

---

28 En este sentido: L. Garlicki, *Judgments of the European Court of Human Rights (their structure, impact and authority)*, en J. García Roca, E. Carmona Cuenca (comp.), *¿Hacia una globalización de los derechos?*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, 59 y ss.

29 Sent. T. const. n. 278 de 2013.

30 Sent. T. const. n. 49 de 2015. V. Zagrebelsky, *Corte costituzionale n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, en *Osservatorio AIC*, 2, 2015.

fo 1, el Tribunal Constitucional ha ideado una especie de prueba con la que se quiere recordar las coordenadas que deben cumplir los jueces comunes al aplicar la sentencia de Estrasburgo. En primer lugar, se especificó que solo las sentencias de condena contra Italia pueden obligar efectivamente a los jueces, reduciendo así el alcance general del precedente atribuible de manera abstracta al sistema judicial de la Convención. Esta afirmación lleva a la conclusión de que no es posible atribuir al Tribunal de Estrasburgo un valor general, sino que solo se limita al caso concreto. La adhesión a los principios de una cosa juzgada en la que el estado de pertenencia no es parte expande el concepto de margen de apreciación nacional con el cual se ofrece una adhesión a medida a los ordenamientos estatales a los preceptos convencionales. Además, el Tribunal ha hablado expresamente de una restricción a la jurisdicción del Consejo de Europa solo en presencia de una jurisprudencia consolidada sobre este punto. Así mismo, este perfil no es inmune a las críticas en cuanto se mueve al juez interno, ya que le traslada la carga de probar la estratificación jurisprudencial sobre un tema. Finalmente, el cumplimiento se debe a sentencias “piloto”<sup>31</sup>.

### III. LIBERTAD Y SEGURIDAD

El tema de la relación entre libertad y seguridad siempre ha jugado un papel importante en el debate constitucional. En la actualidad, este *topos* ha terminado asumiendo dimensiones extremadamente significativas tanto a nivel constitucional como político.

El temor a la consolidación del terrorismo global, originado por la destrucción de las Torres Gemelas en 2001 y los crecientes flujos de inmigración que han invadido los continentes, han infundido en las comunidades temores y sentimientos de peligro perenne e incertidumbre.

---

31 Estas son sentencias en las que el Tribunal EDH –investido de una pluralidad de recursos relacionados con la misma situación jurídica interna– identifica el problema estructural destacado por las apelaciones y puede describir las medidas apropiadas para resolverlo.

Este desconcierto psicológico al menos se ha fortalecido en Europa con el (re) nacimiento de populismos, lo que ha amplificado estos temores, produciendo en los individuos una demanda continua y creciente de seguridad, cuya satisfacción puede llegar tan lejos como la demanda de una contracción de los propios derechos de libertad.

Desde un punto de vista constitucional, la percepción de inseguridad ha favorecido lógicamente la adopción de regulaciones de seguridad que han llevado a la doctrina a preguntarse si el resultado de la aplicación podría ser consistente con ordenamientos libres y democráticos.

De hecho, las reflexiones de Hobbes parecen resurgir de las brumas del pasado, enmarcando al estado como una herramienta necesaria para proteger la seguridad interna y externa de sus ciudadanos. La solicitud de paz se formaliza en un contrato social en el que los individuos están disponibles –para abandonar el estado de naturaleza en el que cada uno puede ser potencialmente perjudicial para los demás– para confiar plenos poderes de compulsión al poder soberano, para que estos salvaguarden la vida y los bienes de los asociados.

La condición de hoy parece estar mirando peligrosamente a la teoría política del filósofo británico, ocultando o más bien poniendo en segundo plano las reflexiones –siempre de tipo contractual– por ejemplo de Locke, que también presta atención al tema de la limitación del poder, o de Rousseau, en el que la acción del poder soberano estaba en cualquier caso condicionada por la salvaguarda de la libertad, la igualdad y el bienestar.

Por lo tanto, en el horizonte hay reflexiones doctrinales que asocian a la seguridad un valor súper primario, como “una presuposición ontológica de otros derechos” y, por lo tanto, deben excluirse de cualquier equilibrio<sup>32</sup> o lectura que acredite la hipótesis de la existencia de un derecho individual a la seguridad<sup>33</sup>.

---

32 G. Cerrina Feroni, G. Morbidelli, *La sicurezza un valore superprimario*, en *Percorsi costituzionali*, 1, 2008, 37.

33 G. De Vergottini, *Il bilanciamento tra sicurezza e libertà civili nella stagione del terrorismo*, en *Sicurezza: le nuove frontiere*, Milán, Franco Angeli, 2005, 110. Ver también, T. E. Frosini, *Il diritto costituzionale alla sicurezza*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006.

Esta orientación ha llevado al legislador a intervenir en una lógica de protección de los asociados que, sin embargo, a veces parece estar en conflicto con la inviolabilidad de los derechos consagrados en la Constitución.

Este proceso de transformación también es sorprendente por otro hecho: en el texto constitucional italiano las referencias a la seguridad son limitadas. El recuerdo expreso se produce en el art. 16 párrafo 1, donde la libertad de movimiento puede limitarse por razones de seguridad y en el art. 17 párrafo 2 sobre la posible prohibición de reuniones por razones similares y, finalmente, el art. 41 párrafo 2 que subordina la libertad de la empresa al respeto de la seguridad. También hay expresiones que pueden producir un eco con respecto a nuestro campo, como, por ejemplo, la seguridad pública en relación con la inviolabilidad del domicilio (ex art. 14, párrafo 2) y las reuniones que deben ser pacíficas y sin armas. (art. 17, párrafo 1), pero en esencia el tema de la seguridad no surge para causar una justificación general idónea para afectar una pluralidad de situaciones jurídicas subjetivas.

Como se puede ver, la seguridad, aunque no es totalmente ajena al léxico constitucional, es más como un accesorio que uno fundamental con respecto a los principios que caracterizan a la república. Ciertamente se supone, como casi esencial para la existencia de una comunidad política, que ha confiado a la estructura pública el monopolio de la fuerza, pero es evidente que no puede llegar al dintel del sistema.

Sin embargo, el cambio en el contexto social e internacional parece cuestionar esta suposición, contribuyendo a circunscribir las áreas de libertad expresamente codificadas en nombre de la protección de la seguridad nacional e individual.

Además, esa atención renovada a las soluciones en las que el poder público puede actuar de manera restrictiva para las libertades fundamentales surge con diferentes líneas del pasado. De hecho, la activación de medidas represivas estaba reservada para un momento en que las situaciones tomaban manifestaciones subversivas del estado constituido; la proclamación de los estados de excepción tuvo lugar cuando las condiciones relacionadas con el orden público estaban comprometidas o estaban por estarlo. Era una relación de “acción-reacción”: la adopción de una medida extrema que se oponía a una operación para desestabilizar el sistema liberal-democrático. Actualmente, sin

embargo, la evolución tecnológica y científica lleva a imaginar políticas preventivas represivas, es decir, para que la intervención del poder público se considere realmente efectiva, debe ser explícita antes de que se manifieste el peligro, es decir, debe intervenir antes de su realización concreta para evitar su materialización. Sin embargo, pasar de la dimensión del peligro en el lugar a aquél en potencia aumenta las eventualidades de compresión de las esferas de la libertad<sup>34</sup>. Además, la legitimidad para actuar de manera preventiva termina inevitablemente expandiendo los poderes represivos más allá de la medida, pero sobre todo los proyecta en un área donde es más difícil imponer límites, ya que la acción se basa solo en la determinación de un riesgo y no en un evento concreto. En segundo lugar, la amenaza potencial lleva a acreditar la hipótesis de que la predicción de medidas de libertades en nombre de la seguridad ya no son configurables como transitorias sino tendencialmente permanentes<sup>35</sup>, alterando aún más el delicado equilibrio entre libertad y seguridad<sup>36</sup>.

Una de las áreas en las que la colisión entre la protección de los derechos y las demandas de seguridad es más palpable es la relacionada con la privacidad, un dominio que ha sido severamente probado gracias a la evolución de la tecnología. El enorme desarrollo de este último ha planteado, de hecho, algunas trampas al derecho a la privacidad, que es objeto de daños considerables, sobre todo gracias a las herramientas tecnológicas en posesión de sujetos públicos y privados. La referencia obligatoria es, por ejemplo, el *big data*<sup>37</sup>, para lo

---

34 Se permite una referencia cinematográfica como la de *Minority Report* de Steven Spielberg donde los asesinatos habían desaparecido, encarcelando a los futuros culpables antes de que cometieran el acto criminal.

35 Sobre estos temas ver las lúcidas reflexiones de P. Ridola, *Il principio di libertà nello stato costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2018, 161.

36 L. Buscema, *The State of Emergency and the (Inalienable) Firmness of the Values of Freedom of a Democratic Order: The Italian Approach*, in *Rivista AIC*, 2, 2019; G. De Minico, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, en *federalismi.it*, 10, 2015; P. Costanzo, *L'impatto della tecnologia sui diritti fondamentali*, en O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (comp.), *Diritti di libertà e di Internet*, Milan, Giuffrè, 2017, 3.

37 Según la resolución del Parlamento Europeo del 14 de marzo de 2017 sobre las implicaciones de los grandes datos para los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley

cual es necesario remitirse también a la directiva (UE) 2016/680 del parlamento europeo y del consejo del 27 de abril de 2016 sobre la protección de las personas físicas con respecto al procesamiento de datos personales de las autoridades competentes.

El riesgo obvio es que la gran cantidad de datos que ahora pueden ser asumidos por las autoridades públicas de forma autónoma o gracias a las empresas privadas terminan procediendo con una especie de identificación y elaboración de perfiles masivos, que luego lleva a las autoridades investigadoras a identificar sujetos, que solo sobre la base de algoritmos se vuelven sospechosos o acusados de actividades criminales o terroristas; sin mencionar el riesgo de causar tratamientos discriminatorios o discriminación indirecta contra grupos de personas<sup>38</sup>. Los sofisticados programas de vigilancia masiva, cuyos resultados pueden almacenarse digitalmente durante una gran cantidad de años y transferirse fácilmente, ponen en peligro la *privacy* de las personas<sup>39</sup>. En este contexto, vale la pena recordar la advertencia del Tribunal de Justicia de que los programas de vigilancia masiva, también por razones de prevención del terrorismo y el crimen organizado, no deben violar los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos y, por lo tanto, las restricciones a la confidencialidad. deben ser estrictamente proporcionales a los objetivos establecidos<sup>40</sup>.

Con respecto a las estrategias de investigación predictiva, incluso Italia no era inmune a esta contaminación entre seguridad y libertad

---

(2016/2225 (INI)), la expresión *big data* “se refiere a recopilación, análisis y acumulación recurrente de grandes cantidades de datos, datos personales, una variedad de fuentes, procesamiento de algoritmos informáticos y técnicas avanzadas de procesamiento de datos que utilizan datos almacenados y transmitidos para generar ciertas correlaciones, tendencias y patrones” (análisis de *big data*). G. Della Morte, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Nápoles, Editoriale scientifica, 2018; F. Pizzetti (ed.), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Turín, Giappichelli, 2018.

38 Para un enfoque ético del tema de *big data*, cfr. F. Faini, *Big data, algoritmi e diritto*, en *Dpce on line*, 3, 2019, 1869 y ss.

39 A. Vidaschi, *I programmi di sorveglianza di massa nello stato di diritto. La data retention al test di legittimità*, en *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3, 2014, 1224.

40 L. P. Vanoni, *L'applicazione del Bill of Rights europeo tra bilanciamento asimmetrico e paradosso federale: il caso della privacy digitale*, en *Dpce on line*, 2, 2019, 1209 y ss.

y, por ejemplo, se introdujeron técnicas de investigación predictiva: a partir de 2014, con la ayuda de un software Key-Crime, se cruzaron por la policía estatal todos los datos de los interrogadores, imágenes de sistemas de circuito cerrado<sup>41</sup>.

#### IV. SEGURIDAD, DERECHOS, MIGRACIÓN

Otro escenario de transformación de los derechos, parcialmente conectado con las reflexiones anteriores, se refiere al tema de la inmigración.

El estándar de referencia sobre la condición jurídica del extranjero es el art. 10, párrafo 2 de la Constitución, que subordina la regulación del estatuto de extranjero a la ley, que debe cumplir con las disposiciones de los tratados internacionales. El tercer párrafo establece el derecho de asilo en las condiciones establecidas por la ley para todos aquellos que no disfrutaban del ejercicio efectivo de las libertades democráticas consagradas en el texto constitucional.

La discusión en la Asamblea Constituyente con respecto al artículo en cuestión fue breve y en general no reiteró la dureza y los contrastes que caracterizaron una gran parte del debate con respecto a una gran cantidad de artículos. Hubo un fuerte deseo de romper con el orden fascista que se caracterizaba por una marcada coartación de derechos y, por lo tanto, la esperanza compartida era garantizar a todos la máxima cobertura de garantía.

Es cierto que algunas fórmulas lingüísticas en la Constitución parecían reservar los derechos solamente a los ciudadanos, pero la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sancionó el valor *erga omnes*, extendiendo también a los extranjeros el alcance del principio de igualdad del art. 3 de la Constitución. La existente pero referente sentencia n. 120 de 1967 ha expresado claramente que a pesar de que el texto constitucional indica que solo los ciudadanos son reconocidos con igual dignidad social e igualdad ante la ley, la referencia al art. 2 sobre el respeto de los derechos inviolables del hombre y el art. 10 de la Constitución, que evoca el respeto de los tratados internacionales

---

41 A. Bonfanti, *Big data e polizia predittiva*, in *Media & Laws*, 5, 2019, 208.



sobre la condición jurídica de los extranjeros, lleva a extender el disfrute de los derechos fundamentales a los extranjeros en condiciones de plena igualdad. Y este parece haber sido la estrella polar que ha guiado la jurisprudencia hasta nuestros días, enfatizando que los beneficios sociales se extendieron a los extranjeros independientemente de la regularidad de su entrada y permanencia en el territorio.

Sin embargo, en este momento histórico, la percepción de inseguridad que sacude la península aumenta la sensación de alienación de la población, que ahora tiende a superponerse entre la seguridad y la inmigración<sup>42</sup>. De esta deriva, son creadores (o al menos cómplices) las instituciones que fortalecen los contornos de esta ambigüedad, alimentando políticas represivas en lugar de solidarias con el objetivo de limitar el fenómeno migratorio considerado, quizás más que peligroso, insostenible.

La tensión entre seguridad y derechos ha invertido con mayor fuerza precisamente el tema de la inmigración, ahora considerado incontrolado y, por lo tanto, inmanejable incluso ante las precarias condiciones económicas en las que se encuentra Italia.

Algunos decretos-leyes -que luego se convirtieron en leyes -ofrecen un ejemplo brillante de la congruencia entre las dos dimensiones, calificándose: decretos de seguridad y que contienen ciertas reglas sobre inmigración, idealmente creando un vínculo causal entre la inmigración y el deterioro de las condiciones del orden público del país. La referencia es obligatoria con respecto a una temporada de actos normativos que, calificando como paquetes de seguridad, han tenido el objetivo de limitar las políticas de migración al costo, sin embargo, de sacrificar las libertades individuales.

---

42 Véase, por ejemplo, el Informe de investigación producido por DISPO / LAPS de la Universidad de Siena y el IAI, *Gli italiani e la politica estera*, octubre de 2017 [www.iai.it](http://www.iai.it). A la pregunta: ¿Existe un vínculo claro entre los inmigrantes irregulares llegando a Europa y la propagación del terrorismo? El 25.7% de los encuestados se expresó muy de acuerdo y 29.6% estuvo de acuerdo. A la pregunta: Se han propuesto varias estrategias para bloquear el flujo de inmigrantes de Libia. ¿Con cuál de los siguientes está más de acuerdo? Hasta 37,6% de las personas entrevistadas se expresaron para implementar una política de devolución decisiva, incluso si esto significa exponer a los migrantes a tratamientos inhumanos en los países de origen o tránsito.

El itinerario de la discusión en cuestión nos lleva al ejemplo de la detención administrativa justificada por la necesidad de garantizar la seguridad y el orden público en peligro por los flujos migratorios. Se trata de una institución introducida por el Decreto Legislativo. n. 286 de 1998, luego modificado, con el cual se entiende “*la permanencia forzada del extranjero en instalaciones especiales para evitar que escape de la ejecución de la orden de expulsión obligatoria en la frontera por el tiempo necesario para llevar a cabo los incumplimientos relacionados*”<sup>43</sup>.

La detención se organiza con una disposición del cuestor, que puede ser validado por el juez de paz<sup>44</sup>, (al mismo tiempo que el decreto de expulsión o devolución diferida en el que se basa la detención administrativa) se impugna contra el cual es posible apelar en casación pero sin eficacia suspensiva. Se aplica a los extranjeros en el territorio italiano en los que está pendiente una orden de deportación mediante acompañamiento a la frontera o rechazo de la entrada que no se puede implementar de inmediato. Los destinatarios de la disposición son también aquellos que tenían un permiso de residencia para protección internacional que luego fue revocado por razones de seguridad<sup>45</sup>.

La permanencia en estos centros se ha incrementado recientemente con el decreto de seguridad n. 113 de 2018 convertido con ley n. 132 de 2018 de 90 a 180 días, pero este no es el perfil más relevante, sino el hecho de que se consideró legítimo en nuestro país someter a las personas a restricciones a la libertad personal en ausencia de un delito. En alivio parcial de este oxímoron, intervino el Tribunal Constitucional que, al tiempo que salvó la legitimidad del instituto, especificó en la sentencia 105/2001 que el acompañamiento obligatorio, la expulsión y la detención administrativa son, en todos los aspectos, medidas coercitivas de la libertad personal y por lo tanto sujeto al

---

43 D. Loprieno, *Trattenere e punire*, Nápoles, Editoriale scientifica, 2018, 12.

44 La jurisdicción pasa del juez de paz al tribunal especializado de la sección de inmigración, en composición monocrática, si está pendiente una solicitud de protección internacional (Ley 46/2017).

45 Corte de Casación, sección VI, orden núm. 20662/17, publicada el 31.8.17 en relación con un extranjero de Chechenia que se retira de la protección internacional por razones de seguridad y establece detención administrativa después de múltiples decretos de expulsión nunca realizada.

art. 13 de la Constitución. Por lo que, la autoridad jurisdiccional, a los efectos de la validación, debe considerar el mérito de la orden de expulsión y detención en su sentido más completo sin limitarse a una evaluación formal de los requisitos que legitiman los dos decretos<sup>46</sup>. En la misma pronunciación, sin embargo, se evaluó la legitimidad de la institución, que se calificó como un instrumento adecuado para permitir que el estado pueda expulsar de las fronteras nacionales a un extranjero que no tenía ningún derecho a permanecer en el país. En otras palabras, para establecer una orden de expulsión, el estado permite que se limite la libertad personal ordenando a los potenciales migrantes sin un permiso de residencia en centros de los que no pueden salir, esperando la orden de expulsión definitiva.

Esta orientación se confirmó posteriormente en la sentencia n. 250/2010 sobre el delito de entrada y estancia irregular previsto en el art. 10 bis del texto único sobre inmigración, ya que el principio ha sido afirmado según el cual, en materia de inmigración, el legislador goza de una amplia discreción tanto para establecer límites al acceso de los extranjeros en el territorio del Estado como para elegir las herramientas accesorias destinadas a mantener las fronteras nacionales, como la detención administrativa, “el resultado de un equilibrio de los valores que entran en relieve: discreción cuyo ejercicio puede ser auditado por este Tribunal solo si las elecciones hechas son manifiestamente irrazonables”.

El poder coercitivo del Estado para expulsar está vinculado a su ejercicio de soberanía con el que tiene la intención de proteger las fronteras, sin embargo, no podemos evitar compartir algunos perfiles críticos con respecto al instituto *de quo* con el que claramente surge una falla entre los derechos inviolables del ex art. 2 de la Constitución y otros activos de importancia constitucional como la seguridad, la salud pública, el orden público y las restricciones internacionales<sup>47</sup>. Además, la violación del sistema de garantías de derechos tampoco

---

46 Se enuncian las sentencias precedentes T. const. n. 2 de 1956; n. 210 de 1995; n. 194 de 1996 sobre la diferencia entre las medidas coercitivas de libertad personal y las que limitan la libertad de movimiento.

47 En este punto, vea a modo de ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional n. 62 de 1994, n. 206 de 2006, 148 de 2008 y 250 de 2010.

parece conducir a resultados eficientes con respecto a la gestión de los flujos migratorios, sino a responder a los temores que se están extendiendo en la sociedad italiana, que parecería más apaciguado cuando existen sanciones significativas contra de migrantes, considerados los principales vehículos de amenazas terroristas.

Seguramente la detención administrativa es uno de los perfiles más restrictivos de los derechos de los extranjeros, sin embargo, también hay otros perfiles que parecen rastrear una suerte de especialidad de la ley de inmigración que es menos sensible al cumplimiento de las garantías de los derechos fundamentales y al dudoso cumplimiento constitucional. Un ejemplo reciente lo ofrece el art. 13 del decreto legislativo n. 113 de 2018 (decreto de seguridad) convertido en ley n. 132 de 2018, que introdujo el párrafo 1-bis al art. 4 del Decreto Legislativo 142/2015, que establece que el permiso de residencia para la solicitud de asilo “*no constituye un título para el registro civil*”<sup>48</sup>. En Italia, la residencia en un municipio constituye un derecho a adquirir una serie de derechos y servicios, como la solicitud de una tarjeta de identidad, servicios de salud social, acceso a la asignación de viviendas públicas. La intención de los órganos políticos era, por lo tanto, oponerse a la entrada en nuestro país de ciudadanos extra UE, abriéndose camino a su inserción e integración repleta de obstáculos, excluyéndolos de las redes de protección social. El *fumus* discriminatorio que rodea estas disposiciones, que introducen discriminación indirecta contra una clase de personas, identificadas por su *status* de solicitantes de protección internacional. Con la finalidad de reconstruir el hiato entre la legislación y la Constitución, intervino el poder judicial que, al leer una norma constitucionalmente orientada, consideró que la disposición *de qua* no excluía el registro de los datos personales, que aún podría solicitarse sobre la base de los requisitos de la ley general que impone la condición de extranjero que reside legalmente en nuestro país, lo que también se puede determinar mediante la prueba del inicio del procedimiento destinado a reconocer la validez de la solicitud de protección y, por lo tanto, mediante la simple recopilación de las solicitudes y/o la identificación realizada

---

48 Bajo el decreto del Presidente de la República el 30 de mayo de 1989, n. 223, y el artículo 6, párrafo 7, del decreto legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286.

por la policía en la ocasión. Uno o ambos documentos certifican la regularidad de la estadía en Italia y permiten la inscripción en la oficina de registro municipal<sup>49</sup>. Sin embargo, la delicadeza del tema y tal vez la persuasión no flagrante de las decisiones judiciales ha llevado a la Corte de Milán a promover el recurso al Tribunal Constitucional con la orden de referencia n. 145 del 1 de agosto de 2019 con el fin de verificar si la disposición en cuestión cumple con los artículos 2, 3, 10 y 117 párrafo 1 de la Constitución. Con respecto a este último parámetro, vienen avocados del Protocolo n. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 14 de la misma Convención y el art. 26 del Pacto de derechos civiles y políticos.

Finalmente, se pueden hacer algunas reflexiones sobre el tema del reconocimiento de los derechos de los extranjeros sobre la condición de reciprocidad.

Si bien algunas intervenciones en la asamblea constituyente<sup>50</sup> se han elevado para excluir que la protección de los derechos de los extranjeros esté subordinada al criterio de reciprocidad y, sobre todo, el Tribunal Constitucional ha reafirmado la misma orientación, vale la pena insistir en algunos aspectos. Una pronunciación de la Consulta, la n. 11 de 1968 parece proponer una solución en parte diferente de la afirmada hace un año sobre la extensión a los extranjeros de todos los derechos<sup>51</sup>. De hecho, la ilegitimidad constitucional de la disposición que subordina la inscripción al registro de periodistas del extranjero se declara solo bajo condiciones de reciprocidad, por lo tanto, al extranjero al que se le niegan las libertades democráticas en su propio país, no podría oponerse a una negación al progreso de la carrera como periodista, precisamente porque habría un grave deterioro de

---

49 En particular, el auto del Tribunal de Florencia n. 361/2019 y la orden del Tribunal de Bolonia n. 5022/2019. Para una discusión sobre el tema, ver D. Consoli y N. Zorzella, *L'iscrizione anagrafica e l'accesso ai servizi territoriali dei richiedenti asilo ai tempi del salvinismo*, en *Questione giustizia*, 8 de enero de 2019.

50 Para todo es suficiente mencionar la intervención del Onorevole Della Seta (Partido republicano) que invoca el abandono de la reciprocidad en la protección de los derechos, evocando la prevalencia de un criterio ético (reunión del 29/03/1947, sesión de la Asamblea Constituyente LXXX tarde del 29/03/1947 p. 2620 s.).

51 T. const. n. 120 de 1967, *v. supra*.

la libertad de aquellos sujetos a quienes el art. 10 párrafo 3 reconoce el asilo político. Sin embargo, el juez constitucional considera que la condición de reciprocidad para acceder a la profesión periodística no está establecida de manera ilegítima para los extranjeros que provienen de aquellos países donde no existen violaciones de los derechos fundamentales, en base al supuesto de que existe reciprocidad entre los países<sup>52</sup>.

Luego, la condición de reciprocidad con respecto al uso de ciertos derechos a discreción del legislador permanece en segundo plano, especialmente desde el art. 16 del Código Preliminar del Código Civil no ha sido abrogado formalmente<sup>53</sup>. La aclaración ofrecida por la Corte de Casación en la sentencia n. 1493 de 2012, que subrayó que la disposición mencionada debe ser interpretada de acuerdo con el art. 2 de la Constitución parece ser en parte tranquilizador, pero no se puede silenciar que el art. 2 del Decreto Legislativo no. 286 de 1998 (el texto único sobre inmigración) hace una referencia expresa a la reciprocidad que se guarda de acuerdo con el mismo texto de la ley o las convenciones internacionales<sup>54</sup>.

---

52 Parece que aquí las preocupaciones prevaletentes del Tribunal tenían como objetivo garantizar una ocupación a nuestros emigrantes, con miras a proteger su derecho al trabajo. Cabe señalar, de hecho, que la primera intervención normativa en materia de inmigración fue la ley n. 943 de 1986, en aplicación del convenio de la OIT n. 143 de 1975 y se refería a la igualdad de trato de los trabajadores italianos y extranjeros en relación con la accesibilidad de los servicios de bienestar.

53 Se admite que el extranjero disfruta de los derechos civiles atribuidos al ciudadano a condición de reciprocidad y sujeto a las disposiciones contenidas en leyes especiales. Esta disposición también se aplica a las personas jurídicas extranjeras.

54 El extranjero que reside legalmente en el territorio del Estado disfruta de los derechos en materia civil atribuidos al ciudadano italiano, excepto que las convenciones internacionales vigentes para Italia y el presente texto consolidado establecen lo contrario. En los casos en que el presente texto consolidado o los convenios internacionales establecen la condición de reciprocidad, se determina de acuerdo con los criterios y métodos establecidos por el reglamento de aplicación. Además, está abierto a la atención médica, pero se asume en *bonam partem* (Artículo 35, párrafo 2 del Decreto Legislativo n. 286; se excluye para la provisión de becas (Artículo 39 párrafo 3).

## V. LOS DERECHOS DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA A TRAVÉS DE LA RED: AMPLIACIÓN DE LOS ESPACIOS DE TOMA DE DECISIONES O DEBILITAMIENTO DE LA DEMOCRACIA

No hay duda de que nuestros constituyentes han expresado una predilección por la democracia representativa, dejando espacios residuales a las instituciones de democracia directa. Las escasas disposiciones sobre el tema se refieren a la petición (*ex art. 50 Const.*), la propuesta de ley popular (*ex art. 71 Const.*), el referéndum abrogativo (*ex art. 75 Const.*), el referéndum sobre las fusiones/uniones de municipios (*ex art. 132 Const.*), el referéndum constitucional (*ex art. 138 Const.*), el referéndum sobre el estatuto de las regiones ordinarias (*ex art. 123 Const.*).

Sin desear detenerse en cada institución, es importante señalar que, con la única excepción del referéndum abrogativo (*ver infra*), su relevancia fue modesta. Si miramos la petición<sup>55</sup>, que ya estaba presente en el Estatuto Albertino, no subsiste una obligación de respuesta para el Parlamento, por lo tanto, incluso si solo en esta parte de la legislatura hay 344 peticiones asignadas a las Comisiones, el Parlamento ignora por completo este instrumento. Se pueden hacer consideraciones similares al observar las iniciativas de derecho popular, que sufren la misma desventaja que las peticiones: las Cámaras no están obligadas a discutir. El resultado es que desde 1979 hasta la fecha de las 260 iniciativas populares solamente tres se han convertido en leyes<sup>56</sup>, además porque se han incluido en proyectos de ley para iniciativas gubernamentales o propuestas legislativas para una iniciativa parlamentaria; mientras que el 53% de las propuestas nunca fueron discutidas en la Comisión.

---

55 Art. 50 Const.: Todos los ciudadanos pueden solicitar a las Cámaras que pidan medidas legislativas o que expresen necesidades comunes.

56 L. 184/1983 Recepción de la vida humana y protección social de la maternidad. Disciplina de adopción y custodia de menores; l. 157/1992 Protección de la vida silvestre y regulación de la caza. Reglas para la protección de la vida silvestre homeotérmica y para la caza; l. 30/2000, ley marco de reordenación de los ciclos de educación.

La excepción en este contexto es el referéndum abrogativo que presentaron los constituyentes, partiendo de las propuestas de Costantino Mortati, quien en su informe habría prefigurado un amplio recurso al instituto<sup>57</sup>, incluso si para su activación era necesario esperar la ley de implementación n. 352 de 1970. Este instrumento, de conformidad con el art. 75 puede ser promovido por 500,000 electores o 5 consejos regionales, jugó un papel importante en diferentes perfiles. En una primera fase, animado sobre todo por una fuerza política como el partido Radical, ha demostrado ser un acelerador extraordinario de la participación democrática, promoviendo un amplio debate sobre temas como el divorcio, el aborto, la explotación de la energía atómica, la responsabilidad civil de los magistrados.

Después de esta primera etapa, el referéndum se convirtió en el obstáculo a través del cual atacar el sistema partitocrático italiano, vacilando frente a las investigaciones de la magistratura que habían revelado una corrupción profunda, así como la falta de referencias ideológicas transnacionales después de la caída del muro de Berlín. Así comenzó la época de referéndum sobre leyes electorales que al principio condujo a cambios sustanciales en el sistema electoral. En esta etapa, el 9 de junio de 1991, los italianos se expresaron a favor de la derogación de múltiples preferencias, mientras que el 18 de abril de 1993 la mayoría de los electores votaron a favor de la derogación de una parte de la ley electoral, expresando así una clara apreciación por el sistema mayoritario en contraste con el sistema proporcional vigente hasta ese momento y de manera similar se expresa por la derogación de la ley sobre financiamiento público de las partes.

Sin embargo, el propósito palingenésico atribuido a los referéndums se extingue progresivamente y las rondas posteriores realizadas desde 1997 hasta 2011 no alcanzan el quórum estructural previsto para la validez de las consultas<sup>58</sup>. El 12 de junio de 2011, los italia-

---

57 Costantino Mortati, observando las experiencias constitucionales de la República de Weimar y Suiza, propuso un recurso de referéndum a solicitud del jefe de estado o del gobierno; para resolver conflictos entre poderes; por iniciativa del pueblo de suspender la entrada en vigor de una ley aprobada por el Parlamento o derogar una ley existente.

58 El artículo 75 de la Constitución indica que para la validez del referéndum es necesario que la mayoría de las personas con derecho a voto voten.



nos regresan para asistir a las urnas de referéndum y votar por la derogación de las leyes sobre la privatización del agua, el uso de la energía nuclear y el impedimento legítimo. Sin embargo, en 2016, una vez más, un referéndum sobre la extensión de las concesiones para la explotación de hidrocarburos no alcanza el quórum y reaviva el debate sobre la necesidad de reformar el instituto. En particular, en un período histórico marcado por una desafección generalizada hacia las urnas con tasas de abstención incluso en elecciones políticas muy altas, hacen que el instrumento carezca de ambiciones concretas de renovación<sup>59</sup>.

Y, sin embargo, en Italia no faltan los impulsos participativos que han contribuido a cambiar el marco político institucional, que parece revitalizarse en la búsqueda de nuevos instrumentos de participación. En particular, el Movimiento 5 Stelle, que actualmente es el primer partido en el parlamento<sup>60</sup>, ha dado prioridad a su programa para revitalizar los mecanismos de la democracia directa, proponiendo la reducción del quórum estructural para el referéndum abrogativo y, sobre todo, la introducción del referéndum proactivo que en las intenciones de los proponentes sucedería si las Cámaras no aprobaran una ley propuesta de iniciativa popular<sup>61</sup>.

La expansión de la democracia directa también constituye un elemento calificador en la actividad interna del Movimiento 5 Stelle, de hecho, los resultados de un referéndum *on line* en el que participaron

---

59 Actualmente, las propuestas de reforma van en la dirección de reducir el quórum, no en todo el electorado sino en el porcentaje de los que votaron en las elecciones a la Cámara de diputados para el referéndum (ver también la ley de reforma constitucional Renzi-Boschi no perfeccionada).

60 El 4 de marzo de 2018, el Movimiento 5 estrellas obtuvo en la Cámara y el Senado, respectivamente, 32.7% y 32.2%. Sin embargo, estas cifras no se confirman en las elecciones europeas celebradas el 26 de mayo de 2019, donde el partido alcanzó solo el 17,06%.

61 Para las críticas sobre la posible introducción de este instrumento, ver A. Morrone, *Referendum propositivo e democrazia rappresentativa: alla ricerca di una sintesi*, en *federalismi.it*, 25, 2018; I. Nicotra, *Referendum propositivo e democrazia rappresentativa: alla ricerca di una sintesi*, en *federalismi.it*, 10, 2019; G. Grasso, *La balestra di Guglielmo Tell e l'iniziativa legislativa popolare. Note minime a proposito del disegno di legge costituzionale in materia di iniziativa legislativa popolare e di referendum*, en *Osservatorio AIC*, 1-2, 2019.

los miembros del movimiento determinaron la elección de los parlamentarios con respecto a la negación de autorización para proceder contra un Ministro<sup>62</sup>. No es tanto la elección hecha por los parlamentarios como la actitud fideísta reservada por los miembros a la herramienta de consulta *on line*<sup>63</sup>.

La red plasma la línea política del partido con el diseño oculto de transferir la democracia directa al templo de la democracia representativa<sup>64</sup>. Es una especie de mito que fundó las 5 Estrellas persiguiendo la idea de suprimir el mandato libre a favor de establecer una simetría entre la voluntad de los electores y la acción de los elegidos. Por lo tanto, la red se convertiría en una especie de ágora telemática, sin embargo, los comentarios críticos que rodean la transformación de los derechos de participación política no pueden escapar. De hecho, vincular a los elegidos a meros ejecutores de las elecciones hechas con un clic también termina constituyendo un ataque contra la democracia representativa. Un objetivo, de hecho, del Movimiento 5 Estrellas es reemplazar las asambleas electivas con procesos de toma de decisiones estructurados a través de las posibilidades técnicas que permitirían a todos tomar decisiones en tiempo real. Por lo tanto, los cuerpos de la asamblea solo serían los garantes de la ejecución de las decisiones tomadas por los usuarios de la red. Pero esta democracia digital no puede ser un sustituto de la democracia representativa, sino, en el mejor de los casos, un sustituto engañoso que ignora el hecho de que las elecciones políticas son el resultado de un proceso de equilibrio de intereses alcanzado y accesible a través de un intercambio dialéctico y no limitado a la afirmación de una posición antitética con respecto al otro. La desaparición de representantes capaces de expresar su propia voluntad determinaría la eliminación de cualquier responsabilidad

---

62 El caso se refería a la solicitud de autorización para proceder contra el entonces Ministro del Interior, Matteo Salvini, quien había impedido que el barco *Diciotti* atracara en puertos italianos con 177 inmigrantes a bordo. La fiscalía investigó al Ministro por secuestro de abusos y secuestro ilegal y el Movimiento 5 Estrellas votó en contra de su política de autorización para proceder.

63 I. Rivera, *I partiti politici nell'era di internet*, en P. Ivaldi, S. Carrea (comp.), *Lo spazio cibernetico*, Génova, Genoa University Press, 2018, 21 y ss.

64 G. Sobrino, *Nuevas orientaciones en las formas de gobierno* en esta obra.

política<sup>65</sup>, ya que los electores no podrían sancionar a los tomadores de decisiones políticas, ya que cualquier diferencia entre los dos roles sería anulada<sup>66</sup>.

Además, no se puede pasar por alto que estas herramientas tecnológicas se prestan mucho más que las tradicionales para ser manipuladas y corrompidas.

## VI. DERECHO, DERECHOS Y ECONOMÍA

*Last but not least*, un motor de cambio para la protección de los derechos con respecto a la disponibilidad de recursos por parte de los Estados. En esta perspectiva, la reflexión parte de la necesidad manifestada sobre todo en las últimas décadas de mantener el equilibrio y al mismo tiempo garantizar los derechos constitucionalmente tutelados<sup>67</sup>.

Este perfil se hizo aún más dramático por la reforma constitucional de 2012 que preveía la introducción del límite del equilibrio entre ingresos y gastos y el cumplimiento de las normas europeas para la coordinación de las políticas presupuestarias<sup>68</sup>. Por lo tanto, la legitimidad del presupuesto estaría sujeta tanto al cumplimiento de las disposiciones constitucionales como al escrutinio de la comisión europea, que evalúa la solidez de las cuentas en el contexto de la planificación plurianual.

---

65 A. D'Atena, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, en *Rivista AIC*, 2, 2019.

66 G. Grasso, *Mandato imperativo e mandato di partito: il caso del Movimento 5 Stelle*, en *Osservatorio AIC*, 2, 2017.

67 Sobre la relevancia del tema, ver A. Mastromarino, *Constitutionalismo democratico: desafios y perspectivas* y también M. Nicolini, *El impacto de la economía en las mutaciones constitucionales*, ambos en esta obra.

68 En particular, ver Directiva 2011/85 / UE sobre el tema de la relación entre la soberanía estatal y la integración supranacional, S. Caldarelli, *La sovranità statale alla prova della crisi economica e finanziaria*, en *Rivista AIC*, 2, 2019, 245 y ss.; R. Dickman, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, en *federalismi.it*, 4, 2012; A. Brancasi, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 1° de enero 2012; A. Morro-ne, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, en *Rivista AIC*, 2014.

El presupuesto – siempre el acto con el que se determinan concretamente los recursos para la protección de los derechos – debe tender a un equilibrio sustancial, sin embargo, la pregunta que surge es si la protección de las cuentas públicas constituye un fin garantizado por la Constitución incluso en costo de limitar los derechos constitucionales. En otras palabras, si es posible lidiar con la crisis económica reduciendo el desempeño del estado de bienestar basado en la subsistencia de una situación de emergencia que legitimaría las medidas de austeridad<sup>69</sup>.

El esfuerzo al que fue sometido el Tribunal Constitucional fue ciertamente de gran perfil, estrecha entre su papel de garante de derechos y la necesidad de salvaguardar el equilibrio del presupuesto, cuya relajación podría haber impulsado maniobras especulativas sobre los títulos de deuda pública derivados de bajo nivel de rating<sup>70</sup> con consecuencias devastadoras para la estabilidad general del ordenamiento entero.

Parece ser capaz de afirmar que la Consulta se ha desenredado en los rápidos en los que se vio obligada a navegar, ofreciendo una forma mediana de la rígida antítesis entre derechos y recursos financieros.

En cumplimiento de la jurisprudencia anterior que se remonta a la década de 1990, mantuvo el axioma por el cual los derechos sociales son derechos condicionales, pero no extrajo de esta declaración las consecuencias extremas que habrían enmarcado al parlamento como *dominus* de la garantía de los derechos<sup>71</sup>. Por lo tanto, evitó la hipótesis de una elisión completa de las situaciones legales subjetivas proponiendo nuevamente el tema del contenido esencial<sup>72</sup>. En esencia,

---

69 Sobre el concepto de emergencia financiera, ver G. Rolla, *Profili costituzionali dell'emergenza*, en E. Ceccherini (comp.), *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Nápoles, Editoriale scientifica, 2016, 13.

70 Sobre este tema cfr. C. Pinelli, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, en *costituzionalismo.it*, 2, 2012; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla legittimazione al tempo della crisi*, Nápoles, Editoriale scientifica, 2012, 27 y ss.

71 En particular, se hace referencia a la sentencia n. 455 de 1990.

72 D. Messineo, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Turín, Giappichelli, 2012.

se reitera que la protección de los derechos sociales es una obligación que debe cumplirse y que el legislador no puede comprimir el interés subyacente al derecho más allá de un umbral que de facto lo vacía de significado<sup>73</sup>. Parecen estar desarmadas todas las posiciones que proyectarían los derechos en un área de acondicionamiento establecida por el legislador, que después de la reforma del artículo 81 de la Constitución podrían haber decidido no solo el *quomodo* sino incluso el *an* de la protección<sup>74</sup>. Permanecen, entonces los controles de razonabilidad, proporcionalidad, solidaridad y garantía de los derechos sociales<sup>75</sup> permanecen, confirmando la orientación para mantener la supremacía de la ley con respecto a la política<sup>76</sup>.

Sin embargo, con respecto al pasado, se debe tener en cuenta que en la fase reciente de la jurisprudencia constitucional, las medidas regresivas se han reservado incluso durante períodos significativos con respecto al pasado, aunque respetuosas del principio de proporcionalidad.

La contracción de recursos ha producido cambios significativos en el enfoque del *ars iudicandi* del Tribunal, de hecho, en el período de la crisis económica, ésta ha asumido un papel de guardián de la legalidad constitucional, sin embargo, adoptando sentencias que al mismo tiempo condujeron a no pocos datos constitucionales forzados.

Se puede hacer una referencia a la sentencia n. 10 de 2010 respecto a la *social card*, una tarjeta para adquirir bienes y servicios para personas en extrema necesidad. En esta decisión, el Tribunal, de hecho, ha alterado el sistema de división de competencias entre el Estado y las Regiones, subrayando la presencia de condiciones extraordinarias,

---

73 I. Ciolli, *I diritti sociali alla prova della crisi economica*, Nápoles, Jovene, 2012, 18.

74 En particular cfr. sentencia del Tribunal Constitucional n. 70 de 2015. N. Lupo, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, en [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it), 2012,

75 S. Gambino, *Diritti fondamentali, costituzionalismo e crisi economica*, en S. Gambino (comp.), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Turín, Giappichelli, 2015, 3 y ss.; P. Masala, *La tutela dei diritti sociali nelle situazioni di crisi economica: gli orientamenti della Corte costituzionale italiana*, en E. Ceccherini (comp.), *Stato di diritto*, cit., 189.

76 G. Silvestri, *Stato di diritto, tutela dei diritti sociali e crisi delle finanze pubbliche*, en E. Ceccherini (comp.), *Stato di diritto*, cit., 3.

excepcionales y urgentes dictadas por la crisis económica, que legitimarían una acción del estado en materia de competencia regional<sup>77</sup>.

Posteriormente, la limitación de los recursos significó que el Tribunal se auto atribuyó el poder de excluir los efectos retroactivos de sus propias decisiones para garantizar el equilibrio del presupuesto y respetar las limitaciones europeas. En particular, el hallazgo es atribuible a la sentencia n. 10 de 2015 con el que declaró que podía modular la efectividad temporal de su declaración de inconstitucionalidad con referencia a un impuesto especial cobrado a las compañías de petróleo y gas que habían logrado ingresos anuales superiores a 25 millones de euros. La retroactividad de la sentencia se habría considerado perjudicial para el art. 81 de la Constitución, ya que habría “causado un desequilibrio en el presupuesto estatal de una entidad, lo que implicaría la necesidad de una maniobra financiera adicional también para no incumplir los parámetros a los que Italia estaba obligada en la Unión Europea e internacionalmente”.

## VII. CONCLUSIONES

El rápido examen realizado nos lleva a algunas reflexiones conclusivas (pero no concluyentes).

En primer lugar, hemos demostrado que los nuevos derechos surgen sobre todo de la actividad de la jurisprudencia y no de la ley. Es el triunfo del caso concreto, de la apreciación del hecho en su singularidad y peculiaridad<sup>78</sup>. En esta perspectiva, el papel del legislador se ve ensombrecido, dejando la solución de los casos al aparato jurisdiccional, pero este camino no está exento de dificultades. De hecho, el poder judicial, al carecer de una legislación orientadora, ofrece soluciones rapsódicas y, a veces, conflictivas, debilitando la previsibilidad de la decisión judicial.

---

77 Sobre la singularidad de este fallo, L. Trucco, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, en *www.gruppodipisa*, 2016, 47, 49 y ss. Además, la necesidad de intervención se justifica con respeto a la dignidad de las personas que uno encuentra condiciones de extrema necesidad, cfr. Fundamento jurídico 6.3.

78 G. Flick, *I diritti fondamentali e il multilevel: delusioni e speranza*, en *Rivista Aic*, 2, 2019.

El otro perfil que ha invertido el tema de la protección de los derechos humanos es el que concierne a la internacionalización de las constituciones nacionales, al que el texto italiano no se ha escapado, tanto por el proceso de integración europea como por la adhesión de Italia a la Convención europea de derechos humanos. Por lo tanto, los documentos y los tribunales se han ampliado, dando lugar a la llamada protección multinivel. Por lo tanto, se ha desencadenado una espiral competitiva entre los distintos tribunales en la interpretación de aquellos principios que son precisamente comunes<sup>79</sup>. También en esta indicación de una contraposición latente se ofrece la teoría de los contra-límites<sup>80</sup> y el asunto Taricco, que reveló la rigidez entre un sistema de integración europea ofrecido por la Unión Europea y las normas internas<sup>81</sup>. Por lo tanto, se materializa una tensión entre el

---

79 G. Martinico, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?* en *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 3, 2018, 784 y ss.

80 Sobre el tema cfr. *ex multis* M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, en *Rivista AIC*, 2, 2016 y para un enfoque diferente, A. Ruggeri, *Una costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, en P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri (comp.), *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Turín, Giappichelli, 2008, 20.

81 Puede que no esté en la economía de este documento volver sobre el asunto de Taricco, para los lectores es suficiente recordar que, por un lado, la Corte de Justicia de la UE. había con la sentencia del 18 de septiembre de 2015 reconocido la plena efectividad del art. 325 par. 1 y 2 del TFU al imponer la no aplicación del estatuto de la prescripción, que en la ley italiana tiene una importancia penal sustancial y no procesal, evitando así la retroactividad en *malam partem*. El Tribunal Constitucional, llevado ante juicio en vía incidental, había propuesto una que con la sentencia a la Corte de Justicia de la UE, que con Sentencia del 5 de diciembre de 2017 dispuso la desaplicación salvo que la violación no implique la violación del principio de legalidad o retroactividad de una disciplina más sancionadora respecto al momento de la comisión del delito, especificando que este último perfil quedaría en la apreciación de los jueces nacionales. Sobre la abundante jurisprudencia al respecto, ver G. Flick, *I diritti fondamentali*, cit., 185 s. A. Bernardi (comp.), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Nápoles, Jovene, 2017; S. Polimeni, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: "l'evoluzione dei controlimiti attraverso il dialogo" tra le corti dopo la sentenza n. 115/2018*, en *Osservatorio costituzionale*, 2, 2018, 22 y ss. Para una discusión actualizada sobre la evolución del tema, ver V. Casamasima, *I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica). Riflessioni intorno ad alcuni recenti sviluppi in*

reclamo universal de validez de las disposiciones internacionales y la particularidad de las comunidades llamadas a implementarlas pero que expresan su *idem sentire* a través de su propia constitución.

En la era de la universalización de los derechos y en la estratificación de los instrumentos de protección, un elemento que parece contradecir es el que concierne al contraste entre ciudadanos y extranjeros con respecto al uso de los derechos. Este último, de hecho, parece estar cada vez más reservado para aquellos que pueden presumir de un *status civitatis*, excluyendo a aquellos que carecen de él, progresivamente marginados por el circuito de integración e inclusión. La imagen a la que se refiere principalmente el legislador es la del *hostis*, que por lo tanto se considera indigno de cualquier *pietas*, también porque se considera un elemento subversivo de la paz pública, por cuyo mantenimiento uno está dispuesto a sacrificar incluso una parte de sus derechos. En esta perspectiva, se revoca la jerarquía de valores constitucionales a proteger, lo que parece colocar la seguridad de sus ciudadanos en la parte superior de un sistema que coloca en segundo plano los derechos subjetivos.

Este bloqueo se ha visto poco afectado incluso por el principio de dignidad, que también ha tenido el mérito de ofrecer el sustrato constitucional a una pluralidad de nuevas situaciones legales subjetivas, colocando al ordenamiento jurídico en una mayor armonía con las sensibilidades emergentes en la sociedad.

Las sentencias en materia de bioética dan testimonio de la profunda armonía que el Tribunal Constitucional expresa hacia la sociedad, donde se ha sedimentado siempre más una orientación que contrasta lo sagrado de la vida biológica con la reivindicación del derecho a vivir dignamente, que inevitablemente también incluye un pleno derecho a la autodeterminación de cómo terminar con la propia existencia. No se trata de un reemplazo total en la conciencia social de un valor sobre el otro, sino solo de la conciencia de una falla que causa trastornos de no pocas entidades en los contextos de ordenamientos y que ya no se puede ignorar.



# Nuevos paradigmas sobre derechos y garantías: Entre la justicia angloamericana y la justicia de tradición romanista

ALFREDO ISLAS COLÍN<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. LA JUSTICIA SEGÚN ARISTÓTELES; III. LA JUSTICIA A LA EUROPEA; IV. LA JUSTICIA A LA AMERICANA; V. ENTRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD; VI.

## I. INTRODUCCIÓN

En las decisiones jurisdiccionales observamos que como un péndulo predomina en unas épocas y en unas regiones del mundo, la “justicia a la americana o angloamericana”; y en otras, la “justicia a la europea o bajo la influencia del derecho romano” o en otros términos, entre la libertad y la igualdad, y no en pocas veces, se mezclan en temas tan complejos de manera especial, en la época de grandes cambios provocados por la globalización.<sup>2</sup>

---

1 Investigador Nacional nivel III del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT). Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de París II, Sorbona. Coordinador del Posgrado Integrado de Maestría y Doctorado de Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. (PNPC-CONACYT) [www.alfredoislascolin.com](http://www.alfredoislascolin.com) <https://orcid.org/0000-0002-2841-4315>

2 Islas Colín, Alfredo. Migrantes y refugiados. Protección de derechos humanos. Porrúa, 2018, México, p. XI. Se expone lo siguiente: “...la globalización, [...] consiste en la movilización a escala mundial de capitales, tecnología y personas de manera que obtengan el mayor beneficio las empresas transnacionales, sin que los gobiernos tengan la capacidad para limitarlos. Dichos movimientos provocan: la concentración de riquezas en un número cada vez menor de la población; una competencia desmedida y salvaje; el desempleo, el desconocimiento de valores como el respeto de los derechos humanos; la destrucción del medio ambiente; el hambre; la desnutrición; la violencia generalizada; el miedo; la corrupción; y la presencia de nuevos actores políticos como la

A continuación, expondremos la justicia según Aristóteles, según la cual tiene sus raíces, los dos modelos de justicia: la justicia de influencia romanista y a la americana.

En el apartado de la “justicia de influencia romanista” se presenta con raíces aristotélicas-romanas y europeas fundadas en la dignidad de las personas, se continúa con los pensadores de las luces y se seguirá en la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), en donde se limita la libertad personal por respeto del otro, por respeto al principio de igualdad.

Después exponemos la libertad: la “justicia a la americana”, con raíces tanto Aristotélicas como angloamericano, en donde se pone al individuo y su libertad como centro de cualquier elección, mismo sobre el respeto a la misma persona humana. Esta justicia tiene su origen en la “justicia según la voluntad de las partes” de Aristóteles y continuará con la Constitución de Virginia (1776) y la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (1787), de manera que se expone la continuidad de pensadores sobre la libertad.

## II. LA JUSTICIA SEGÚN ARISTÓTELES

Aristóteles nace en 385 a. C y muere en el año 322 a. C. Se considera a Aristóteles el padre del pensamiento occidental, por lo que expondremos su pensamiento sobre la justicia. Presenta cuatro formas de justicia.<sup>3</sup>

1.1.- La justicia legal consiste en que la justicia es hacer aquello que señalan las Leyes; es lo legal.

1.2.- La segunda forma de justicia es la distributiva y la equidad. La justicia distributiva consiste, en que las riquezas, los honores y las ventajas se distribuyan de manera igual. Por lo tanto, es justo que se distribuyan los recursos comunes, proporcionalmente a la aportación de cada uno y al mérito de las personas. Establece una igualdad de relación entre cuatro términos que son dos cosas y dos personas:

---

delincuencia organizada.”

3 Islas Colín, Alfredo, *Temas de derecho electoral y político*, 2a. Edición, México: ed. Porrúa, 2004, 361 pp.

*“...Lo justo distributivo, en efecto, se refiere a las cosas comunes, y es siempre conforme a la proporción antes dicha. Si se hace la distribución de las riquezas comunes, se hará según la razón que guarden entre sí las aportaciones particulares...”<sup>4</sup>*

La justicia distributiva reivindica la equidad (forma superior de la justicia) contra la igualdad (principio de la democracia), la cual debe flexibilizar una justicia absoluta y rígida, aplicando el justo medio. La naturaleza propia de la equidad consiste en corregir la ley, en la medida que esta muestra su insuficiencia, en razón de su aspecto general:

*“...la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general.”<sup>5</sup>*

1.3.- La tercera forma es la justicia relativa a los contratos, la cual se rige por el principio del libre consentimiento, por ejemplo: contrato de compraventa, préstamo, etcétera.

*“...La otra forma desempeña una función correctiva en las transacciones o conmutaciones privadas. De esta, a su vez hay dos partes, como quiera que de las transacciones privadas unas son voluntarias y otras involuntarias. Voluntarias son, por ejemplo, la venta, la compra, el préstamo de consumo, la fianza, el comodato, el depósito, el salario. Llámese voluntarias porque el principio de semejantes relaciones es voluntario. De las involuntarias, unas son clandestinas, como el hurto, el adulterio, el envenenamiento, la alcabuería, la corrupción del esclavo, el asesinato por alevosía, el falso testimonio. Otras son violentas, como la sevicia, el secuestro, el homicidio, el robo con violencia, la mutilación, la difamación, el ultraje.”<sup>6</sup>*

1.4.- La cuarta forma de justicia es la conmutativa correctiva. Consistente en la aplicación de una sanción por acuerdo previo y mutuo de los miembros de la ciudad, por dañar a alguien. El juez se esfuerza de corregir las injusticias que descansan sobre la desigualdad, para restablecer el justo medio entre la pérdida de la víctima y el beneficio del autor del acto injusto. Por lo tanto, el juez restablece la igualdad entre las dos partes a fin de corregir la injusticia, aplicando la pena,

---

4 Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, Editorial Porrúa, México, 2016. p. 62.

5 Op. Cit., p. 71.

6 Op. Cit. p. 61

que reducirá las ventajas que obtuvo quien cometió la injusticia. En ese sentido, las penas deben ser proporcional a los errores cometidos y a la intención del daño efectuado:

*“...En consecuencia, el juez procura igualar esta desigualdad de que resulta la injusticia. Cuando uno es herido y otro hiere, o cuando uno mata y otro muere, la pasión y la acción están divididas en partes desiguales, y el juez trata entonces de igualarlas con el castigo, retirando lo que corresponda del provecho del agresor. De estos términos nos servimos de una manera general en semejantes casos, bien que en algunos no sea nombre apropiado el del provecho, aplicado al que ha herido, o el de pérdida en la víctima. Sin embargo, todas las veces que un daño pueda ser medido, a un extremo se le llama pérdida y al otro provecho. Así, siendo lo igual un medio entre lo más y lo menos, el provecho y la pérdida son respectivamente más y menos de manera contraria; más de lo bueno y menos de lo malo son provecho, y lo contrario pérdida. Y como entre ambas cosas el medio es lo igual, y es lo que llamamos justo, síguese que lo justo correcto será por tanto, el medio entre la pérdida y el provecho.”<sup>7</sup>*

En conclusión, la justicia está vinculada con: 1) la legalidad, en este caso es justo, lo que diga la Ley; 2) la equidad, en este caso es justo dar igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales, según su desigualdad, según sus honores, en proporción a su participación; 3) la voluntad; en este caso, es justo lo que decida su voluntad para contratar con otro o para hacer lo que la persona desea; y 4) la corrección, es justo según el acuerdo previo de la comunidad de sancionar al que dañe a otro.

Es necesario resaltar, el límite de la voluntad, en palabras de Aristóteles: “no dan los contratos a la ley su fuerza obligatoria, sino las leyes a los contratos que se ajustan a ellas”<sup>8</sup> (Retórica). Por lo que, la voluntad no puede estar por encima de la Ley. Asimismo, continúa el Estagirita: “nadie sufre voluntariamente una injusticia”<sup>9</sup>, la afirmación anterior, nos permite sostener que la voluntad no será libre de vicios, si con ello “acepta” la persona una injusticia, un daño ya sea material

---

7 Op. Cit. p. 62.

8 En García Máynez, Eduardo. Filosofía griega y teoría de la justicia, obras 9. Ed. Colegio Nacional. México, 2014. Pág.417, pp. 92 y sig.

9 Op. Cit. pp. 92 y 224.

o inmaterial, pues lo “*injusto peca contra la igualdad, lo injusto es lo desigual*”<sup>10</sup>

### III. LA JUSTICIA A LA EUROPEA

La justicia a la europea tiene sus raíces en la tradición griega de la “justicia distributiva y de equidad” la cual fue seguida por el sistema jurídico romano-canónico europeo y de América latina, la cual fue recepcionada y difundida por la *Biblia* con la regla de oro: “*No hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti,*”, tanto en el Antiguo como en el Nuevo Testamento hasta nuestros días; y el *Corpus Iuris Civilis* con el concepto de justicia: “*Justicia es la constante y firme voluntad que da a cada uno su derecho*” y “*Los preceptos del derecho son, vivir honestamente, no causar daño al otro, dar a cada quién lo suyo*”, que se difundió entre el Siglo V d. C. hasta el siglo XVIII; siguió con el pensamiento de la Revolución Francesa, la Escuela de Derecho Natural (de Hugo Grocio, Tomas de Aquino y Francisco Suarez), los pensadores de las luces del siglo XVIII, *Jean Jacques Rousseau, Voltaire, Montesquieu* y la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), el Código Civil de 1804 de Napoleón y el Código Civil Alemán de 1900.

2.1.- Derecho Romano. 2.2.- *Corpus iuris civilis*. Justiniano fue el emperador del imperio romano de oriente que intento reconquistar el imperio romano del occidente y es reconocido también por iniciar las compilaciones del Derecho publicando el *Corpus Iuris Civilis*, en cincuenta libros, publicado en Ginebra por Dionisio Godofredo en 1583, la recopilación de constituciones imperiales y jurisprudencia romana desde 117 a. C. hasta 565 D. C., constituye una de las obras de mayor influencia del Derecho hasta nuestra época.<sup>11</sup> Aunque desde el siglo

10 Op. Cit. pp. 94 y 208.

11 Los redactores de Justiniano fueron Téofilo y Doroteo quiénes usaron obras de Gayo, Ulpiano, Florentino, Marciano y Paulo. La obra se utilizó como libro de enseñanza del Derecho en la Universidad de Bolonia desde el siglo XI donde sus estudiantes que venían de varias partes de Europa y regresaron a sus lugares de origen donde inculcaron a su vez la enseñanza del Derecho a partir del *Corpus Iuris Civilis*. En la Universidad de la Sorbona se enseñó el Derecho durante varios siglos con las *Institutas de Gayo*.

XI se enseñó en la Universidad de Bolonia, no el derecho “barbarizado”, ni “promulgado”, ni el seguido “consuetudinariamente”, sino el “*Corpus Iuris Civilis*.”<sup>12</sup>

Inicia esta obra monumental<sup>13</sup>, con el concepto de justicia: “*Ius-titia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*”<sup>14</sup>; después expone, los preceptos del derecho: *Iuris precepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.<sup>15</sup>

Es importante destacar que el “Himalaya del Derecho”<sup>16</sup> que tanto influye en el occidente, expone en primer orden, lo que es la justicia, de: “*darle a cada quién lo que le corresponde*” y como preceptos del Derecho: “*vivir honestamente, no causar daño al otro, dar a cada quién lo suyo*”, si observamos en todos ellos tienen de común el ver al otro. A lo igual, a lo justo diría el Estagirita. No se refiere a la libertad, sino principalmente a que todos tengan lo que les corresponde, dijera Aristóteles, según sus honores y según sus aportaciones particulares. Este pensamiento que surgió en la tradición griega, dominó y expandió en la tradición jurídica romana-católica, que siguió en Europa y

---

12 Henry John Merryman y Pérez-Perdomo, Rogelio, La Tradición Jurídica Romana-Católica, Ed. FCE, 3ª. Ed, México, 2017, pp. 30 y sig.

13 Para reconocer la influencia de la obra en el mundo occidental, consultar: “*Importancia del derecho romano en la época actual*.” Islas Colín, Alfredo. *Revista Amicus Curiae*, año I, Número 4. Facultad de Derecho, UNAM. México. 2009. pp.8 y sig. Entre 529 y 565 las compilaciones de Justiniano. Justiniano reina en Oriente de 527 a 565 en donde elevó a un monumento jurídico a la gloria de la antigüedad romana, en una obra realizada en el siglo VI: se compone *Novus codex justinianus*, *Digesta*, las *Institutiones*, el *Codex justinianus repetitae praelectionis*, las *Novellae constitutiones*, las cuales en su conjunto desde el siglo XVI, se denominan *Corpus juris civilis*.

14 La traducción: “*Justicia es la constante y firme voluntad que da a cada uno su derecho*” en *Institutionum D. Iustiniani, Liber Primus*, De la Instituta del Señor Justiniano, Título I. De la Justicia y del Derecho. Párr. 6<sup>o</sup>1.

15 *Los preceptos del derecho son, vivir honestamente, no causar daño al otro, dar a cada quién lo suyo*, en *Institutionum D. Iustiniani, Liber Primus*, De la Instituta del Señor Justiniano, Título I. De la Justicia y del Derecho. Párr. 6<sup>o</sup>3

16 Expresión de Francois de Fontette, en *Les Grandes Dates du Droit*, Colección *Que sais-je?* Núm. 2890, ed. Presses Universitaire de France, 3ª. Edición. 2006.

luego llego principalmente a América, principalmente Latinoamérica.<sup>17</sup>

Después, se resalta en el *Corpus Iuris Civilis*, que son dos los aspectos de estudio del Derecho, el derecho público y el derecho privado, El derecho público es el que corresponde al Estado de la cosa romana. El derecho privado el que pertenece a la utilidad de cada cual.

Es importante resaltar desde aquí, por el contrario, que la influencia del Derecho Romano en la formación del Derecho Inglés fue escasa, la dominación romana data del año 43 al 407 (300 años). Los romanos colonizaron Inglaterra, sometieron a Gales, pero sin romanizarla.

2.3.- En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1793). La *Declaración* es una obra francesa, tienen un carácter universal. Su origen no tiene el mismo modelo ni el mismo “espíritu” que la *Constitución de Virginia de 1786*, ni la *Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1789*. La *Declaración* tiene influencia del pensamiento de la Revolución Francesa y de los pensadores de las luces del siglo XVIII, con antecedentes del pensamiento de la edad media, del siglo XVII y XVIII, la Escuela de Derecho Natural, de Hugo Grocio (1583-1645), el cual separa el derecho natural y de gentes de la teología, de la filosofía y la jurisprudencia, de *Jean Jacques Rousseau* (1712-1778) quién proclamo la soberanía nacional y reconoce que el poder tiene su origen en los derechos del individuo y la colectividad. Otra influencia en la *Declaración*, fueron los fisiócratas, que se considera una Escuela del Pensamiento económico del siglo XVIII fundada por *Francois Quesnay*, quien sostiene que no se requiere de la intervención del estado en la regulación de la economía, que se puede resumir en: *laissez faire*. También se ha sostenido los pensadores de la ilustración, que además de *Jean Jacques Rousseau*, contribuyeron al pensamiento de la Revolución francesa y la Declaración *Voltaire* (1694-1778), *Montesquieu* (1689-1755), la Escuela de Derecho natural (*Tomas de Aquino* 1224-1274, *Francisco Suarez*

---

17 Ver el desarrollo histórico: “*Importancia del derecho romano en la época actual.*” Islas Colín, Alfredo. Revista *Amicus Curiae*, año I, Núm. 4. Facultad de Derecho, UNAM. México. 2009. pp.1 y sig.; *Locuciones Latinas Jurídicas, Soberanes Fernández, J., Islas Colín, A. Leze, F., Ed. Porrúa, México 2008*; y Henry John Merryman, y Pérez-Perdomo, Rogelio, *La Tradición Jurídica Romano-Católica*, Ed. FCE, México, 2017.

1548-1617), *Hugo Grocio* (1583-1645), *Thomas Hobbes* (1598-1679), *John Locke* (1632-1704).<sup>18</sup>

En la *Declaración* se protege la libertad, en los términos siguientes:

*Artículo 6. Definición de la libertad, y límites morales: No hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a tí”*

*La libertad es el poder que tiene el hombre de hacer todo aquello que no cause perjuicio a los derechos de los demás; tiene por principio la naturaleza; por regla, la justicia; por salvaguarda, la ley; su límite moral viene dado por la máxima “no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a tí”.*

El antecedente de la regla de oro, “*No hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti,*” se encuentra en La Biblia escrita entre el año 900 a 100 a. C. en el Antiguo Testamento, “*Tobías*”, 4.15: “*No hagas a nadie lo que no quieras que te hagan*”; después se publicó en sentido positivo y se le denominó “*La regla de oro*”, en el “*Nuevo Testamento*”, en el “*Evangelio según San Mateo, 7.12*”: “*Por tanto, todo cuanto queráis que os hagan los hombres, hacédselo también vosotros a ellos. En esto consisten la Ley y los Profetas.*”<sup>19</sup>

Estamos ante la presencia de la valoración de lo humano, de la condición humana, ante el humanismo, plasmado en la *Declaración* citada, con raíces Bíblicas.

18 Marcaggi, V. *Déclaration des Droits de l’Homme de 1789*. Ed. Fontemoing et C., 10 a edición, 1912, París.

19 Biblia de Jerusalén, 2009, Bilbao, Ed. Desclée de Brouwer. También aparece en el “*Evangelio según San Lucas*” 6, 32: “*Y tratad a los hombres como queréis que ellos os traten*”; y en la “*Epístola a los Romanos*”, La caridad, resumen de la ley, 13.8-10: “*Con nadie tengáis otra deuda que la del mutuo amor: Pues el que ama al prójimo, ha cumplido la ley. En efecto, lo de ‘No adulterarás, no matarás, no robarás, no codiciarás’, y todos los demás preceptos, se resumen en esta fórmula: Amarás a tu prójimo, como a ti mismo*”.



#### IV. LA JUSTICIA A LA AMERICANA

La justicia a la americana tiene su origen en la tradición griega de justicia de los contratos, de la voluntad, la cual tiene su origen y se desarrolla en la tradición angloamericana. La influencia del derecho romano en la formación del derecho inglés fue escasa, la dominación romana data del año 43 al 407 (300 años). Son los británicos del sureste los que más se asimilaron a la cultura de Roma, pero las ciudades celtas son las que menos influencia recibieron de los romanos. Los romanos colonizaron Inglaterra, sometieron a Gales, pero sin romanizarla. Por lo que entendemos el derecho inglés como una “continuidad histórica”, una evolución ininterrumpida: del *Common Law* y de la *Equity*.<sup>20</sup> En relación con el derecho inglés, solamente queremos resaltar que una de las fuentes del derecho inglés la constituye la jurisprudencia, las decisiones emitidas por los jueces “*case law*”; las “*Stare decisis*” que consisten en la obligación de los tribunales de respetar las decisiones dictadas anteriormente por los jueces; y las colecciones de reportes judiciales como “*Year Books*” formados por manuscritos; y en 1870 los “*Law Reports*”.

Después, se consolidó la justicia a lo que hoy llamamos, la “justicia a la americana” con el pensamiento de *Thomas Paine*, la independencia de las colonias inglesas, *Immanuel Kant*, *Stuart Mill*, la *Constitución de Virginia* (1776) y la *Constitución Política de los Estados Unidos de Norte América* (1787).

Es importante resaltar, que para *Jellinek*, sostiene que tanto la *Constitución de Virginia* como la *Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica* influyeron de manera “determinante” en la Declaración francesa<sup>21</sup>. Pero para nosotros, tienen fuente de influencia distinta: tanto por los procesos históricos que tenía por una parte, la

---

20 René David y Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11a. ed., París, Dalloz, 2002, pp. 225 y ss., y Pierre Legrand, *Le droit comparé*, París, Presses Universitaires de France, 2006. Que sais-je? núm. 3478.

21 Jellinek, George, *La Déclaration des Droits l'Homme et du Citoyen. Contribution a l'Histoire du Droit Constitutionnel Moderne*, 1902, Editorial, Albert Fontemoing, Paris. Ante esta propuesta de Jellinek se opone con una visión que compartimos Emile Boutmy. “*La Déclaration des Droits l'Homme et du Citoyen et M. Jellinek*”, *Annales des sciences politiques, Revue bimestrielle, Dix-septième*, 1902. Pp. 415-443

independencia de las colonias británicas en América; como por otra parte, la Revolución francesa y la Declaración, como también por la influencia de pensadores de las luces.

3.1.- La Constitución de Virginia (1776). Para comprender lo que para los colonos americanos entendieron por libertad, es necesario exponer elementos que contribuyeron a la formación de una idea de justicia y libertad a la Americana. El folleto El sentido común<sup>22</sup> (1776) de Thomas Paine (1737-1809) le dio contenido y sustancia a la independencia de los Estados Unidos, el cual fue leído por “cientos de miles”, pues se vendió solamente en los primeros tres meses de su publicación 150 000 ejemplares, fue “leída en los cuarteles” y dirigida a los americanos. En el expone Paine el origen y objeto del gobierno, la Constitución inglesa, la monarquía hereditaria y la situación en América septentrional.<sup>23</sup> Paine critica la ilegitimidad de la monarquía hereditaria y reconoce los derechos naturales del individuo que son previos y superiores al monarca, el cual es contrario a la igualdad ante la ley y a la soberanía popular. Señala Paine que la sociedad tiene el derecho de pensar; que el gobierno no puede restringirlo; y que una isla no puede gobernar un continente. En palabras de Paine en su folleto, El sentido común, dice lo siguiente:

*La causa de América es, en gran medida, la causa de toda la humanidad. Muchas circunstancias han, y se levantará, que no son locales, sino universal, y a través del cual los principios de todos los amantes de la humanidad son afectados, y en el caso de que, sus afectos interesadas. La colocación de un país desolado a sangre y fuego, declarando la guerra contra los derechos naturales de toda la humanidad, y extirpar a los defensores del mismo de la faz de la tierra, es la preocupación de todo hombre a quien la naturaleza ha dado el poder de sentir, de los cuales clase, independientemente de censura del partido [...].”*

22 Common Sense, Paine, Thomas. Impreso por W. and T. Brandford, Philadelphia, 1791.

23 Los derechos del hombre, prólogo Altamirano Rodríguez, Bernardo, 3ª. Edición en español, 2017, FCE. México, pp. 9 y sig.

Asimismo, señala Paine en otra obra denominada, *Los derechos del hombre*, (1791-1792) lo siguiente<sup>24</sup>: que todo derecho civil surge de un derecho natural; que existe una tiranía monárquica en la persona del rey, una tiranía aristocrática en las personas de los pares y los “bienes comunes” de los cuales depende la libertad; que cada edad y cada generación tiene derecho a elegir su propio destino; que no hay peor tiranía que la de una generación que pretende gobernar más allá de la tumba; que los hombres nacen como Dios los creó, iguales y libres; y que el hombre no tiene derecho de propiedad sobre el hombre. Por lo que deben independizarse de Inglaterra, deben recobrar su libertad.

La “libertad americana” está conformada también entre otros con el pensamiento de *Immanuel Kant* (1724-1804) en su obra *¿Qué es la Ilustración?* (1784)<sup>25</sup> quien propone la vocación de pensar por sí mismo, el “uso libre de su razón” para gobernarse según sus propias luces, por lo que debe respetarse la libertad de los demás, para que el gobierno le dé un trato digno. Es necesario el uso libre de la razón, pues existen obstáculos como el gobernante quiere que sigan instrucciones las personas; el funcionario de hacienda, quiere no más razones, sino que pagues; el reverendo, no más razones, sino cree. Por lo que el uso público de la razón debe estar permitido. Kant lo expone de la siguiente manera: “*La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡Sapere aude! ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!: he aquí el lema de la ilustración.*”<sup>26</sup>

Otro pensador que contribuye a la conformación de la idea de la “libertad a la americana” es *John Stuart Mill* (1806-1873) “Sobre la libertad” (1859)<sup>27</sup>, propone la “independencia absoluta” del mismo

24 Título original *Rights of Man*, 1791-1792, 3ª. Edición en español, 2017, FCE. México.

25 En *Filosofía de la Historia*, Kant, Emmanuel, 1ª. Edición en español 1941. Ed. FCE, Madrid, 4ª. Reimpresión 1985. pp. 147.

26 Op. Cit. p. 25

27 Sobre la libertad, Ed. Tecnos, Madrid, 2008, pp. 267.

Estado, aunque a veces se invoque impropriamente la interferencia del gobierno, en temas que hasta ahora no habían sido de su incumbencia, en los términos siguientes: “*el único objeto, que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente.*”

[...]

Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa actuación o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Éstas son buenas razones para discutir con él, para convencerle, o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno, si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esta coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el perjuicio de otro. Para aquello que no le atañe más que a él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano.

[...]

“*Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y sobre su propia mente, el individuo es soberano*”

Al contrastar este pensamiento, del individuo soberano, con el de Aristóteles, “*nadie sufre voluntariamente una injusticia*”<sup>28</sup>, observamos la contradicción de pensamientos.

Ahora veremos como casos específicos la justicia angloamericana en donde predomina la libertad y la justicia de tradición romanista en donde el predomina el otro, la igualdad.

---

28 Op. Cit. pp. 92 y 224. Por lo que la voluntad no será libre de vicios, si con ello “*acepta*” la persona una injusticia, un daño ya sea material o inmaterial, pues lo “*injusto peca contra la igualdad, lo injusto es lo desigual*”

## V. ENTRE LA LIBERTAD Y LA IGUALDAD

Aquí exponemos entre la justicia angloamericana y la justicia de tradición romanista en los casos siguientes: 5.1- El cuerpo humano con “el principio de indisponibilidad del cuerpo humano”<sup>29</sup> y “el derecho a la autodeterminación de la persona humana”<sup>30</sup>; 5.2.- La disposición de la vida, con la libertad sobre su cuerpo o el derecho a la vida (aborto); 5.3.- La disposición de su cuerpo, con la libertad a fumar mariguana o el derecho a la salud pública; 5.4.- la libertad de expresión sea por una parte, con muy pocos límites con la doctrina de la “real malicia” en la justicia americana o la “información veraz” en España; sea por otra parte, la libertad de expresión con límites previsto en las leyes como en Alemania.

5.1- La justicia de tradición romanista de manera predominante propugna por “*el principio de indisponibilidad del cuerpo humano*”<sup>31</sup> y la justicia americana predomina “*el derecho a la autodeterminación de la persona humana.*”<sup>32</sup>

---

29 *Le principe d'indisponibilité du corps humain. Limite de l'usage économique du corps.* LGDJ. Marie- Xavière Catto. Paris. Paris II, 2018.

30 *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine. Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps.* Scarlett-May Ferrié. Paris I, 2018

31 *Le principe d'indisponibilité du corps humain. Limite de l'usage économique du corps.* LGDJ. Marie- Xavière Catto. Paris. Paris II, 2018.

32 *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine. Essai en faveur du renouvellement des pouvoirs de la personne sur son corps.* Scarlett-May Ferrié. Paris I, 2018

El <i>principio</i> de indisponibilidad del cuerpo humano	El <i>derecho a la autodeterminación de la persona humana</i>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Todo cuerpo vivo es una persona: todo atentado será sancionado en beneficio de la protección de las personas.</li> </ul>	<p>Quererse mutilar, escoger el instante de su muerte, prostituirse o rechazar procrear son reivindicaciones filosóficas del Renacimiento.</p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ya no es posible negociar con el cuerpo humano.</li> </ul>	<p>Desde 1960 la Corte Suprema de Kansas, EUA reconoció el derecho de las personas de tomar decisiones sobre su cuerpo en tanto que es un principio del <i>common law</i><sup>33</sup></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ya no es posible comprar seres humanos o de comprar para otro.</li> </ul>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ya no es posible violentar los cuerpos.</li> </ul>	<p>El <i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i> señala que corresponde al Estado determinar cuando las lesiones corporales infringidas el nivel de daño que la ley debe tolerar cuando la víctima de su consentimiento por una consideración de salud pública y el libre albedrío del individuo. Pues según los demandantes corresponde a la “moral privada” al comportamiento “sexual privado” no obstante que las lesiones fueron graves, no obstante los “riesgos imprevisibles”.<sup>34</sup></p>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• No es posible de utilizar el pretexto del consentimiento de un individuo para escapar de su responsabilidad</li> </ul>	<p>La libertad de escoger es “natural” ya que implica al individuo mismo por lo que implica una facultad “natural”</p>

A continuación expondremos de manera específica, la Indisponibilidad del cuerpo humano o el derecho a la autodeterminación de la persona humana, en los casos específicos del derecho a la vida, en los casos del aborto en la tradición jurídica romana canónica de Europa y angloamericana; y, del uso del cuerpo, el derecho a fumar marihuana

33 CS Kansas Natanson v. Kline , 350 P.2ad. 1093,1104 (9 de abril 1960)

34 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Askey et autres C. Royaume-Uni, 17 de febrero de 1997.

como un derecho de la libertad de las personas o como un tema de salud pública.

5.2.- La disposición de la vida, con la libertad sobre su cuerpo en la justicia angloamericana o el derecho a la vida (aborto) en la justicia de tradición romanista.

5.2.1- El aborto en la tradición jurídica de influencia romanista.

5.2.1.2. Alemania. El Tribunal Constitucional Alemán dictó la sentencia del 25 de febrero de 1975.<sup>35</sup> El caso que se comenta fue convocado por varios legisladores y gobernadores de los Länder. La sentencia declaró que es inconstitucional la ley que suprime la sanción penal por aborto durante las doce primeras semanas, por ser contraria al artículo 2, párrafo segundo, de la *Ley Fundamental* que consagra el derecho a la vida por lo que como consecuencia, anula la citada ley.

El artículo que se declara inconstitucional es el inciso a) del artículo 218 de la *Quinta Ley para la reforma del Código Penal*, bajo los siguientes argumentos:<sup>36</sup>

1. El artículo 2 de la *Carta Fundamental* alemana, protege no solamente la vida humana de los ya nacidos o de aquellos no nacidos, que sean viables, y con posibilidad de lograr la independencia respecto de la madre.
2. La *Constitución* protege a “todos” a “cada uno”, por lo que no es posible hacer *distinción* entre las diferentes etapas de *gestación* o entre la *vida prenatal* y la *posnatal*. La protección es igual en cualquiera de todas estas variantes.

---

35 Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press, 1989, pp. 347-363; Elisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*. París, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 745-757, y Francis Hamon, *Le contrôle de constitutionnalité, États-Unis*. Document d'études, núm. 1.15, Francia, 34-36.

36 Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press, 1989, pp. 347-363; Elisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*. París, Presses Universitaires de France, 2000, pp. 745-757, y Francis Hamon, *Le contrôle de constitutionnalité, États-Unis*. Document d'études, núm. 1.15, Francia, 34-36.

<p align="center"><b>Por la vida (por el respeto al otro como uno mismo: igualdad)</b> Alemania</p>	<p align="center"><b>Por la libertad</b> Austria y Estados Unidos</p>
<p>La norma protege a “todos” sin distinción de la etapa de la vida. El Estado está obligado a proteger el derecho humano a la vida que tiene como base de todos los derechos humanos el principio de dignidad.</p>	<p>“En Austria y Estados Unidos, donde los correspondientes tribunales vigilantes de la Constitución resolvieron primero, que no se podía inferir ninguna garantía para la vida en gestación y segundo que el “<i>right of privacy</i>” de la embarazada tenía de todos modos un rango preferente durante la fase inicial del embarazo’[...]”<sup>38</sup></p>
<p>La libertad de la mujer no es un derecho absoluto y menos que permita la destrucción de otro.</p>	<p>“mi vientre me pertenece”</p>
<p>“Todos tenemos derecho a la vida y ese derecho es inviolable para cualquier persona”.</p>	
<p>“La protección del neonato ya que se considera protegido con derechos desde su concepción.” “La vida que se desarrolla en el vientre materno está, como un bien jurídico autónomo, bajo la protección de la Constitución (Art. 2, párrafo 2, frase 1,3 y Art. 1, párrafo 1 de la Ley Fundamental). “La obligación del Estado de protegerla no sólo prohíbe las injerencias estatales directas sobre la vida en desarrollo, sino que también le ordena al Estado adoptar una actitud promotora y protectora de esta vida.”<sup>37</sup></p>	<p>“El embarazo pertenece a la esfera íntima de la mujer que constitucionalmente se protege. El punto radicaba en mirar al embrión solamente como parte del organismo materno que seguiría hasta la terminación del embarazo dentro de la esfera de la vida privada de una mujer en la cual el legislador no puede imponer.”</p>

37 Alemania, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, BVerfGE 39, 1 [Interrupción del embarazo I]

38 Islas Colín, Alfredo. “La ponderación entre el derecho a la vida y la libertad de la mujer,” pp. 81 y sig., en *Revista Derechos Humanos México, Revista del Centro*



<p>“La obligación del Estado de asumir la protección de la vida en desarrollo subsiste también frente a la madre.</p> <p>“Durante todo el tiempo que dura el embarazo, la protección de la vida del embrión tiene fundamentalmente preferencia frente al derecho de autodeterminación de la mujer embarazada, y no puede ser puesta en entredicho por un plazo determinado.</p> <p>“La Constitución misma ordena rechazar jurídicamente la interrupción del embarazo;...<sup>38</sup></p>	
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

5.2.1.3.- En Francia, el Consejo Constitucional resolvió que debe tomarse en consideración el *artículo 1 de la Ley* que se impugna, que dice lo siguiente<sup>40</sup>:

*“La ley asegura la primacía de la persona, prohíbe toda violación a la dignidad de la persona y garantiza el respeto del ser humano desde el comienzo de su vida”.*

Se respeta dice el Consejo Constitucional, con la Ley que se impugna, de conformidad con el artículo primero citado, a todo ser humano, desde el inicio de la vida, admitiendo excepciones, siendo esto lo que estudia el Consejo Constitucional, la constitucionalidad de las excepciones, para respetar la libertad de las personas que tienen nece-

---

Nacional de Derechos Humanos, año 4, número 11, 2009.

39 Alemania, Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, BVerfGE 39, 1 [Interrupción del embarazo I]

40 <http://www.legifrance.gouv.fr> Consulta realizada en marzo de 2008. CODE DE LA SANTE PUBLIQUE (Nouvelle partie Législative) Deuxième partie Santé de la famille, de la mère et de l'enfant. Livre II Interruption volontaire de grossesse. Titre Ier Dispositions générales. Chapitre Ier: Principe général. Article L2211-1 Comme il est dit à l'article 16 du code civil ci-après reproduit: “La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie”.

sidad de recurrir a la interrupción del embarazo, por encontrarse en una situación de angustia o motivo terapéutico. Es con esta resolución que el Consejo Constitucional, admite que la vida comienza desde la concepción, que la misma ley que se impugna respeta, pero que dicho derecho a la vida, no es absoluto, por lo que dichas excepciones son las que estudia dicho Consejo Constitucional, para permitir por la afectación a la salud que provoca a la madre o por motivo terapéutico, que justifica, la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que las declara constitucionales.

5.2.2.- En la tradición jurídica angloamericana. A continuación vamos exponer los casos del aborto en el Reino Unido y los Estados Unidos de Norte América.

5.2.2.1.- Reino Unido. La influencia del derecho romano en la formación del derecho inglés fue escasa, la dominación romana data del año 43 al 407 (300 años). Son los británicos del sureste los que más se asimilaron a la cultura de Roma, pero las ciudades celtas son las que menos influencia recibieron de los romanos. Los romanos colonizaron Inglaterra, sometieron a Gales, pero sin romanizarla. Por lo que entendemos el derecho inglés como una “continuidad histórica”, una evolución ininterrumpida: del *Common Law y de la Equity*.<sup>41</sup>

En relación con el derecho inglés, solamente queremos resaltar que una de las fuentes del derecho inglés la constituye la jurisprudencia, las decisiones emitidas por los jueces “case law”; las “Stare decisis” que consisten en la obligación de los tribunales de respetar las decisiones dictadas anteriormente por los jueces; y las colecciones de reportes judiciales como “Year Books” formados por manuscritos; y en 1870 los “Law Raports”.

El *Queen’s Bench Division at Liverpool* resolvió el asunto sobre el aborto, denominado, *Paton versus British Pregnancy Advisory Service*, relativo a que una mujer que estaba embarazada, misma que había recibido dos opiniones de médicos sobre la continuidad de su embarazo, debido a que constituía un riesgo físico o mental para la mujer embarazada. De conformidad con la *The Abortion Act of*

---

41 René David y Camille Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11a. ed., París, Dalloz, 2002, pp. 225 y ss., y Pierre Legrand, *Le droit comparé*, París, Presses Universitaires de France, 2006. Que sais-je? núm. 3478.

1967, podía en dichas circunstancias, optar por el procedimiento del aborto.

*The Abortion Act of 1967, la sección 1*, dice lo siguiente:

Una persona no será culpable de una ofensa bajo la ley relativa al aborto cuando un embarazo sea interrumpido por un practicante médico registrado, si dos practicantes médicos registrados sean de la opinión tomada de buena fe, de que la continuación del embarazo implicase un riesgo de daño a la salud física o mental de la mujer.

5.2.2.2.- Estados Unidos de Norte América. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica sobre el aborto. Al analizar el derecho norteamericano y su punto de vista respecto del aborto, debemos tomar en cuenta que este derecho se basa en los precedentes emitidos por los juzgadores, que es un derecho de los denominados judiciales, es decir, el principal creador del derecho es el juez y no el legislador, como ocurre en México, el papel del legislador en el derecho común es secundario.

Existen diversas sentencias de mucha importancia para el tema del aborto. La Corte Superior de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica dictó diversas sentencias como las siguientes: a) *Roe versus Wade*, 410 U.S. 113; 13 de diciembre; b) *Planned parenthood versus Casey*, 91-744 y 91-902, del 29 de junio de 1992; c) *Stenberg versus Carthart*, no. 99-830, del 28 junio 2000; d) *Gonzalez versus Carthart*, no. 05-380, del 18 de abril de 2007.

Nosotros solamente analizaremos la primera resolución. La sentencia del caso: *Roe versus Wade*, 410 U.S. 113; 13 de diciembre de 1973. La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica emitió la sentencia denominada *Roe and al. Versus Wade*, District of Dallas County, 1973.<sup>42</sup> El caso trata de la señora Jane Roe, soletera, residente del Estado de Tejas, estaba embarazada pero quería abortar. Pero la legislación se lo prohíbe, por lo que solicita la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1191 a 1194 y 1196 del Código Penal del Estado de Texas. La sentencia dictada dio inicio a la permisión del aborto, con base en el derecho a la intimidad (*right*

---

42 Elisabeth Zoller, *Grands arrêts de la Cour Suprême des États-Unis*, op. cit., pp. 745-757, y Francis Hamon, *Le contról de constitutionnalité, États-Unis*, op. cit., pp. 34-36.

to *privacy*)”, derecho implícito y derivado —afirmó esa Corte— en la Constitución norteamericana, del concepto de libertad personal, y de que los derechos no enumerados específicamente en la Constitución fueron conservados por el pueblo (*the people*). No obstante, el derecho de la mujer a interrumpir el embarazo no es absoluto, y debe compaginarse con el legítimo interés de protección a la potencialidad de una vida humana. En la citada resolución, la Suprema Corte norteamericana dividió el embarazo en tres periodos de tres meses cada uno. En el primero, la mujer posee la facultad para abortar libremente, después de obtener la aprobación de un médico. En el segundo periodo, los Estados están facultados para regular la materia del aborto, pero lo deben permitir si la salud de la madre corre algún peligro. En el tercero, es decir, en los últimos tres meses, los Estados deben proteger la potencial vida humana y, en consecuencia, prohibir el aborto a menos que la vida de la madre corra peligro.

5.3 Mariguana. Para efectos de una exposición ejemplificativa del derecho a la libertad de fumar mariguana o su limitación en razón del reconocimiento del otro (como es en el caso de salud pública o el respeto al principio de igualdad), presentamos el debate que por una parte siguen el modelo de la libertad de la persona, del libre desarrollo de la persona, de la llamada “justicia a la americana”, la sentencias dictadas: en Canadá, a partir de la sentencia de la Corte de Apelación de Columbia Británica; en México con el criterio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y la sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia. Por otra parte, el modelo de justicia a la europea o de influencia del derecho romano, proteger la salud, el principio de igualdad y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México; y por otra parte, del Tribunal Constitucional Federal Alemán, del voto particular en la Corte Constitucional de Colombia y Francia que sigue el modelo de justicia de tradición romanista, de la justicia por la igualdad.

Libertad de fumar marihuana	Límites a la libertad de fumar marihuana: salud, dignidad e igualdad
<p><b>Estados Unidos de Norteamérica</b><sup>43</sup></p> <p>La Ley de Uso Compasivo de California autoriza el uso limitado de marihuana con fines medicinales. Los encuestados Raich y Monson son residentes de California que usan marihuana recomendada por un médico para afecciones médicas graves<sup>44</sup>. Después de que los agentes de la Administración Federal de Control de Drogas (DEA) confiscaron y destruyeron las seis plantas de cannabis de Monson, los encuestados interpusieron esta acción para solicitar una medida</p>	<p><b>Alemania</b></p> <p>Para el comercio y el trato con drogas son válidas las restricciones [por la Ley Fundamental]. No existe un “derecho a drogarse” que pudiera escapar a estas restricciones<sup>45</sup>. Se afirma que el consumo permanente de productos de cannabis puede llevar a trastornos del comportamiento, letargia, indiferencia, sentimientos de angustia, pérdida de la realidad y depresiones<sup>46</sup>.</p> <p>...</p>

43 Corte Suprema De Los Estados Unidos. Gonzales, Abogado General, Et Al. V. Raich Et Al. Certiorari a la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, Núm. 03–1454. Discutido el 29 de noviembre de 2004 — Decidido el 6 de junio de 2005.

44 “La gente del Estado de California por la presente encuentra y declara que los propósitos de la Ley de Uso Compasivo de 1996 son los siguientes:” (A) Para garantizar que los californianos gravemente enfermos tengan derecho a obtener y usar marihuana con fines médicos cuando el uso médico se considera apropiado y ha sido recomendado por un médico que ha determinado que la salud de la persona se beneficiaría con el uso de marihuana en el tratamiento del cáncer, la anorexia, el SIDA, el dolor crónico, la espasticidad, el glaucoma, la artritis, la migraña o cualquier otro enfermedad para la cual la marihuana proporciona alivio “. (B) Asegurar que los pacientes y sus cuidadores principales que obtienen y usan marihuana con fines médicos por recomendación de un médico no están sujetos a enjuiciamiento o sanción penal. “(C) Alentar a los gobiernos federales y estatales a implementar un plan para proporcionar la distribución segura y asequible de la marihuana a todos los pacientes que la necesiten con fines médicos”. §11362.5 (b) (1) (West Supp. 2005).

45 Alemania, Sentencia Tribunal Constitucional Federal, B VerfGE 90, 145 [Cannabis]

46 Alemania, Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal, del 9 de marzo, 1994- 2BVL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2BvR 3021/92

<p>cautelar y declaratoria que prohíbe la aplicación de la Ley Federal de Sustancias Controladas (CSA)<sup>47</sup> en la medida en que les impide poseer y obtener o fabricar cannabis para su uso médico personal. Los encuestados afirman que hacer cumplir la CSA contra ellos violaría la Cláusula de Comercio y otras disposiciones constitucionales. El Tribunal de Distrito denegó la moción de los demandados para una orden judicial preliminar, pero el Noveno Circuito revirtió, encontrando que habían demostrado una gran probabilidad de éxito en el reclamo de que el CSA es un ejercicio inconstitucional de la autoridad de la Cláusula de Comercio del Congreso, tal como se aplica al intraestatal, Cultivo y posesión no comercial de cannabis para fines médicos personales según lo recomendado por el médico del paciente de conformidad con la ley vigente del estado de California. El tribunal se basó en gran medida en Estados Unidos v. López, 514 U. S. 549, y Estados Unidos v. Morrison, 529 U. S. 598, para sostener que esta clase separada de actividades puramente locales estaba fuera del alcance del poder federal.</p>	<p>La discusión de política criminal en el sentido de que el mejor modo de lograr una disminución del consumo de cannabis sea a través de los efectos preventivos que ejerce la sanción penal, o más bien, mediante la liberación de la cannabis y la escisión del mercado de las drogas que se espera con esta medida, no se ha concluido, no se dispone de conocimientos fundados científicamente que se pronuncien a favor de una u otra vía. Los acuerdos internacionales a los cuales se ha adherido la República Federal Alemana tienden cada vez más al empleo de sanciones penales en la lucha contra el consumo de drogas y el tráfico ilegal de drogas<sup>48</sup>.</p> <p>...</p> <p>Las sanciones penales contempladas en el §29, párrafo 1, frase 1 num. 1 btmG para la adquisición ilegal de productos de cannabis así como la sanción penal normada en el § 29, párrafo 1, frase 1 num. 3, para la posesión ilegal de esas drogas, tampoco violan el principio constitucional de la prohibición de exceso en la reglamentación (Übermaßverbot)<sup>49</sup></p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

47 Ley de Uso Compasivo de 1996.3 La propuesta fue diseñada para garantizar que los residentes del estado “gravemente enfermos” tengan acceso a la marihuana con fines médicos, y para alentar a los gobiernos federales y estatales a tomar medidas para garantizar la seguridad y la seguridad. Distribución asequible de la droga a pacientes necesitados.

48 Alemania, Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal, del 9 de marzo, 1994- 2BVL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2BvR 3021/92

49 Alemania, Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal, del 9 de marzo, 1994- 2BVL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2BvR 3021/92

<p>Celebrada: la autoridad de la Cláusula de Comercio del Congreso incluye el poder de prohibir el cultivo local y el uso de marihuana de conformidad con la ley de California. Páginas. 6–31.</p> <p style="text-align: center;"><b>CANADA</b><sup>50</sup></p> <p>“Todas las partes están de acuerdo en que la marihuana es una droga psicoactiva que “actúa sobre las funciones mentales”.</p> <p>[...]</p> <p>“La inclusión del cannabis en la Lista de la Ley de Control de Narcóticos viola el derecho del acusado a la libertad .... Antes de que pueda justificar la limitación de la libertad de un individuo, el estado debe confiar en una ley que no sea arbitraria. En este caso, la ley es arbitraria... [..]</p> <p>Primero, ... el uso de la marihuana ... excepto los riesgos asociados con la conducción de los vehículos y el impacto en la salud pública y los planes de atención, el uso moderado de la marihuana es inofensivo.</p> <p>[...]</p> <p>En segundo lugar, ...la elección del derecho penal para castigar conductas que causan poco daño a usuarios moderados o para supervisar grupos de riesgo para supervisar grupos de riesgo para los cuales el efecto disuasorio o correctivo</p>	<p>2. El principio de igualdad no ordena admitir o prohibir en forma igual todas las drogas, que potencialmente sean igual de dañinas. La ley sobre Estupefacientes sigue, por motivos de seguridad jurídica, el conocido principio de la lista positiva, esto es, que se tendrán como incluidas en la ley todas las materias primas y preparados contenidos en el anexo, que de conformidad con la ley sobre Estupefacientes se encuentran prohibidas. La ley sobre Estupefacientes prevé en el §1, párrafos 2 y 3 un procedimiento para complementar posteriormente la lista positiva con base en los presupuestos legales señalados, o también para incluir excepciones a la prohibición general. Esto, sin embargo, no significa que la magnitud del peligro para la salud sea el único criterio para la inclusión en la lista positiva<sup>51</sup>.</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

50 Canadá, Corte de Apelación de Columbia Británica, R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine. Referencia: 2003 CSC 74. Demanda: 28026, 28148. 2003: 6 mayo; 2003: 23 diciembre.

51 Alemania, Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional Federal, del 9 de marzo, 1994- 2BVL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2BvR 3021/92

<p>es más que dudoso, no está a la altura de los estándares de justicia de la sociedad canadiense.</p> <p>[...]</p> <p>Tercero, el daño causado por la prohibición es fundamentalmente desproporcionado con el problema que el estado busca resolver. Estos daños superan con creces los beneficios de la prohibición.</p> <p style="text-align: center;"><b>MÉXICO</b></p> <p>Derecho al libre desarrollo de la personalidad. La prohibición para el autoconsumo de marihuana contenida en la ley general de salud incide prima facie en el contenido de dicho derecho fundamental. Esta Primera Sala entiende que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad permite, prima facie, que las personas mayores de edad decidan sin interferencia alguna qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, así como llevar a cabo todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar dicha elección. De esta manera, la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución<sup>52</sup>.</p>	<p style="text-align: center;"><b>COLOMBIA</b><sup>53</sup></p> <p>Interpretar..... que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la facultad ilimitada de cada quien de hacer o no hacer lo que le plazca con su vida, aún llegando a extremos de irracionalidad, -como atentar contra su propia integridad física o mental-, constituye un funesto error; pero peor aún resulta interpretar que tal derecho puede ejercerse aun en perjuicio de los demás.</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

52 México, SCJN, 1ª. Sala, 10ª. Época. Jurisprudencia. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 63, febrero 2019, Tomo I. p. 489.

53 Voto particular de la Sentencia C-221 de 1994, de los magistrados de la Corte Constitucional de Colombia Hernández Galindo, José, Herrera Vergara, Hernando Naranjo Mesa, Vladimiro y Morón Díaz, Fabio.



COLOMBIA <sup>54</sup>	FRANCIA
<p>“El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella [la persona] es reducirla a la condición de objeto, cosificarla ...<sup>55</sup>”</p>	<p>La ley francesa distingue claramente al usuario, considerado más como un paciente que como un delincuente, que cae bajo el Código de Salud Pública, y el “vendedor” que vende drogas además de su posible consumo, que se considera traficante y cae bajo el Código Penal. La ley de prevención de la delincuencia del 5 de marzo de 2007 y su decreto de implementación 2007-1388 del 26 de septiembre de 2007</p> <p>Esta ley incluye una sección sobre drogadicción, amplía el rango de sanciones penales por uso o incitación al uso de narcóticos. Su objetivo es revitalizar la prohibición social con sanciones más creíbles y respuestas más apropiadas:</p> <p>Desarrolla mandatos terapéuticos en todas las etapas del procedimiento penal al articularlos con la creación de médicos de relevo.</p> <p>Establece un dispositivo de relevo médico destinado a servir como una interfaz entre los profesionales de la salud y la autoridad judicial y extiende el beneficio de este dispositivo a las personas que claramente abusan del alcohol.</p> <p>Agrava las penas por:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• delitos contra menores o en escuelas,</li> <li>• consumo de un depositario de orden público o agente de transporte en el desempeño de sus funciones,</li> <li>• violencia cometida bajo la influencia de narcóticos o alcohol.</li> </ul>

54 Sentencia C-221 de 1994, de la Corte Constitucional de Colombia.

55 Colombia, *Sentencia C-221 de 1994, de la Corte Constitucional de Colombia*.

	<p>También ofrece la posibilidad de que el fiscal ordene una “capacitación de sensibilización” en caso de un delito habitual. El objetivo de este curso de sensibilización sobre los peligros del uso de cannabis y otras drogas ilícitas es concienciar a la persona condenada de las consecuencias perjudiciales para la salud humana y la sociedad del uso de tales productos.</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

#### 5.4. Libertad de expresión

A continuación se presentan la justicia a la americana, con la libertad de expresión en los Estados Unidos de Norteamérica, España y Alemania. En los Estados Unidos de Norteamérica como en los casos anteriores, se presenta el ejercicio de éste derecho humano, la libertad, la libertad de expresión con un mínimo de limitaciones, ni la ley misma podría limitarla y con la doctrina de la “real malicia”; en similar sentido, con la doctrina de la “información veraz” en España; y por el contrario, bajo el modelo de justicia de tradición romanista, en Alemania, de manera expresa, la ley general, determinará las limitaciones a la libertad, a la libertad de expresión.

##### 5.4.1. Estados Unidos de Norteamérica

La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, prevé que el gobierno no puede “sancionar ninguna ley... limitando la libertad de expresión o de prensa,”<sup>56</sup> Se ha considerado que la enmienda, tenía la intención de abolir todo tipo de censura política, excepto la incitación a cometer actos ilegales.

Por lo que ningún funcionario, en el *Caso New York Times VS. Sullivan*<sup>57</sup>, puede obtener una indemnización con una resolución favorable en una demanda por difamación contra la prensa, a menos que demuestre alguna declaración sobre él, haya sido “falsa y perjudicial,” emitida con “real malicia”, que los periodistas obraron con “descuido

56 Dworkin, Ronald. El Derecho de las Libertades, Lectura moral de la Constitución Norteamericana. Editorial Palestra. 2019, Perú, Pp. 237 y siguientes.

57 376 U.S. 254 (1964)

o negligencia” al investigarlo y que se publicó la información, sabiendo que era la información era “falsa” o con “desprecio temerario”. La doctrina de la “real malicia”, a la que el juez Brennan señala en los términos siguientes:

[...] las garantías constitucionales requieren una regla federal que impida a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria relacionada a su conducta oficial al menos que se pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad[...].

La garantía constitucional: prevé una regla (1); que impida obtener una indemnización (2); al funcionario público (3); por manifestaciones inexactas y difamatorias. Salvo en los casos que dicha manifestación fuese emitida con “real malicia” (a), “conocimiento de que era falsa” la manifestación (b) o “temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad”(c). En casos posteriores, el sujeto activo, el funcionario público se amplió a las figuras públicas relacionadas con temas que el público tenía interés en conocer, porque existen, decía el Juez Warren, figuras públicas como los funcionarios públicos, que realizaban un rol influyente en la sociedad y que los ciudadanos tenían un legítimo y sustancial interés en la conducta de dichas personas. Estos criterios de los sujetos activos del derecho humano, son dinámicos, en periodos, se amplían, en otros se restringen. La doctrina de la “real malicia” no se puede traducir de manera literal, ni como mala fe, sino a partir de las circunstancias históricas y principios que la originó. Lo que significaría una “temeraria despreocupación por la verdad”, esto es, que el que manifestó, lo realizó con “alto grado” de conocimiento sobre la probabilidad de la falsedad.<sup>58</sup>

#### 5.4.2- España

La interpretación del Tribunal Constitucional español respecto de la “información veraz” al interpretar el *Artículo 20.1. d) de la Constitución Española* se elaboró bajo la línea jurisprudencial del *Caso*

---

58 Bertono, Eduardo, Andrés. “*New York Times VS. Sullivan*” y la malicia real de la doctrina. En Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH, Costa Rica, pp. 121-155.

*New York Times VS. Sullivan de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica*,<sup>59</sup> en los términos siguientes:

El artículo 20. I d) C.E. reconoce y protege el derecho a comunicar libremente información veraz. La precisión de qué debe entenderse por veracidad cobra así notable trascendencia para determinar si la conducta del informador responde al ejercicio de un derecho constitucional, o se sitúa fuera de él, y por el contrario, dentro del ámbito de conductas tipificadas por las normas penales. Y, a ese respecto, este Tribunal ha precisado -siguiendo en esto la doctrina de órganos jurisdiccionales de otros países- que ello no significa que quede exenta de toda protección la información errónea o no probada. Lo que el requisito constitucional de veracidad viene a suponer es que *el informador tiene* -si quiere situarse bajo la protección del art. 20. I d)- *un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones, y empleando la diligencia exigible a un profesional.*

#### 5.4.3.- Alemania<sup>60</sup>

El Tribunal Constitucional Federal Alemán al resolver sobre la Libertad de opinión, de información y de imprenta, prevista en el *Artículo 5 de la Ley Fundamental*,<sup>61</sup> señala que los límites a la liber

59 GULLCO, Hernán. La Doctrina de la “Real Malicia” y la reciente jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de Expresión, en Revista de Derecho y Ciencias Penales, No.13 (127-137), Chile, 2009, Universidad San Sebastián.

60 SCHWABE, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, México, pp. 201 y sig.

61 El *artículo 5 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemania*, es el siguiente:

[Libertad de opinión, de los medios de comunicación, artística y científica]

(1) Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas.

La censura está prohibida.

(2) Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.

(3) El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución.

tad serán determinados en la ley general. De conformidad con la Ley Fundamental transcrita, la libertad de expresión se permite limitarla por la emisión de una ley general, leyes que corresponden al ámbito de derecho privado también, ya que constituyen “valores objetivos”, en los términos siguientes:

Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho.

Por disposiciones de derecho civil también pueden entenderse las “leyes generales” en el sentido del Art. 5, párrafo 2 de la Ley Fundamental, y pueden limitar los derechos fundamentales a la libertad de opinión.

Las “leyes generales” para el Estado democrático libre deben ser interpretadas a la luz del especial significado del derecho fundamental de la libertad de opinión<sup>62</sup>

---

62 Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth].





Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



**[www.tirantonline.com.mx](http://www.tirantonline.com.mx)**

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- \* Biblioteca Virtual
- \* Tirant Derechos Humanos
- \* Tirant TV
- \* Personalización
- \* Foros y Consultoría
- \* Revistas Jurídicas
- \* Gestión de despachos
- \* Novedades
- \* Tirant Online España
- \* Petición de formularios

 +52 1 55 65502317/18

 [www.tirantonline.com.mx](http://www.tirantonline.com.mx)

 [atencion.tolmex@tirantonline.com.mx](mailto:atencion.tolmex@tirantonline.com.mx)