

Francisco Valdés Ugalde, *La regla ausente. Democracia y conflicto constitucional en México*, México, Flacso México/Gedisa/IIS-UNAM, 2010, 253 pp.

La *regla ausente* es un libro que puede leerse a la luz del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”, es decir, de la serie de reformas constitucionales promovidas en buena parte de los países de la región en los últimos veinte años. Se trata de un libro propositivo cuyo objetivo es analizar y diagnosticar el sistema constitucional mexicano, en el cual, según Valdés Ugalde, parece estar ausente —o al menos incompleta— una regla de reconocimiento. La finalidad es transitar hacia una *regla presente*, que el autor condensará en el apéndice 5, en una propuesta concreta de procedimiento para el cambio constitucional. Creo que la lectura del libro gana mucho cuando se tiene la referencia de este apéndice. Pero vayamos por partes.

En América Latina —y México no es la excepción— asistimos, a partir de los años noventa, a un reposicionamiento de la democracia constitucional: *el principio de legalidad como fuente de legitimidad*, en los términos de Valdés Ugalde. Este consenso en torno al constitucionalismo democrático, como afirma el jurista chileno Javier Couso, se operó tanto desde la izquierda como desde la derecha. Por el sector de la izquierda, la ola dictatorial de los años precedentes, traducida en términos de tortura, desapariciones, ejecuciones extrajudiciales y otras violaciones a los derechos humanos, llevó a este sector a valorar instituciones constitucionales como el *habeas corpus* o el debido proceso. Asimismo, la caída de los socialismos reales planteó a la izquierda la necesidad de promover los derechos fundamentales y consagrarlos en las cartas constitucionales como un elemento necesario de cualquier régimen político razonable. Por el sector de la derecha, el pragmatismo económico los condujo a la convicción de

que “sin un Estado de derecho sólido que estableciera derechos de propiedad claros, un Poder Judicial independiente y una fuerza pública bien organizada, los países más atrasados no alcanzarían el desarrollo económico”.¹ Los sectores más conservadores comenzaron a valorar las contenciones propias incluidas en los diseños constitucionales. De esta manera, ya sea por la vía dogmática o por la vía orgánica, la democracia constitucional se presentaba como la única alternativa posible para alcanzar los consensos necesarios de gobernabilidad.

Pero al encanto inicial con este modelo se ha sucedido en la región una suerte de desilusión, así como la percepción de un agotamiento de éste, lo que ha conducido a propuestas democráticas radicales o populistas con perfiles de izquierda o de derecha. Asistimos a una serie de reformas constitucionales restrictivas de la libertad de expresión, no constreñida al principio de división de poderes, y propensa a subordinar las instituciones democráticas a la voluntad del líder o del caudillo. Así, por ejemplo, entre otras muchas reformas, se amplían los esquemas directos de participación popular —referendo, iniciativa popular o ciudadana, revocación de mandato— pero, al mismo tiempo, se concentra y se fortalece el poder del presidente en ejercicio con su reelección inmediata. Un híbrido que no augura soluciones pacíficas a los conflictos.

En el marco de las democracias contemporáneas, ¿qué alternativas teóricas se han propuesto a esta “tentación populista”? Simplificando, creo que se han dado dos respuestas posibles, ambas en contextos de democracias deliberativas: una es de carácter normativo-procedimental; la otra, de carácter normativo-sustancial. ¿Al respecto, qué propone Valdés Ugalde?

Él se encarga, desde la “Introducción” del libro, de marcar claramente las coordenadas de su propuesta: en primer lugar, el constitucionalismo mexicano, especialmente desde 1928, se construyó como un sistema presidencialista fuerte, sustentado en un partido hegemónico. Y, al igual que los demás países de la región, en los últimos decenios, México se incorpora a la oleada democrática e introduce en el diseño constitucional autoritario reglas procedimentales propias de un sistema electoral y de partidos democrático. La cohabitación de ambos sistemas (autoritario y democrático) es uno de los grandes retos para nuestras incipientes democracias constitucionales, y lo es sin duda para México.

En segundo lugar, Valdés Ugalde no cae en la tentación populista de las democracias participativas, pero tampoco en el elitismo de las democracias representativas,

¹ Javier Couso, “Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional”, *Anuario de derechos humanos*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2010, p. 38.



con su fuerte carga de desconfianza ciudadana. No podemos quedarnos “encerrados en los mismos términos de la discusión a la que dieron origen Jean Jacques Rousseau y Alexander Hamilton”. Para Valdés Ugalde la representación no excluye la participación, más aún, “el mundo ha avanzado hacia sistemas que incrementan la calidad de la representación y la proporcionalidad de la misma”, esta última preferible a la regla de la mayoría, en la medida que “refleja más y mejor la diversidad de preferencias sociales”.

Aceptadas estas coordenadas, creo que el problema por resolver lo resume muy bien nuestro autor en el párrafo final del primer capítulo:

En el caso de México [pero se puede extender para toda la región] el problema de fondo, puesto en términos característicos de la teoría clásica, es cómo pasar de una solución del estilo de Hobbes, encarnada en el autoritarismo propio del monopolio político de la representación, a otra basada en el reconocimiento mutuo y el diseño de sistemas de colaboración interconstruidos en las instituciones políticas [...].

En otros términos, ¿cómo construir una democracia pluralista y competitiva desde un diseño constitucional de sistema presidencialista de partido hegemónico? La respuesta para Valdés Ugalde se encuentra, digámoslo así, en un punto intermedio entre, por una parte, el gradualismo que ha conducido a la democracia electoral, pero sin transformaciones mayores “que impliquen cambios institucionales rápidos y profundos” y, por la otra, la convocatoria a un congreso constituyente para un nuevo pacto social que supone un cambio a fondo de la estructura y contenido de la Constitución, con el riesgo de convertir el cuerpo legislativo paralelo en un instrumento de manipulación. Se trataría, más bien, de una revisión integral de la Constitución, pero a través de los mecanismos de reforma que ésta prevé. Nuestra Constitución esta legitimada a partir de una *regla de reconocimiento* que permite tales modificaciones valiéndose de los artículos 39, 71 y, sobre todo, el 135 constitucionales, que garantizaría la gobernabilidad, sin la necesidad de recurrir a rupturas abruptas.

Regla de reconocimiento

No es muy frecuente leer textos de sociología jurídica, ciencia política o ingeniería constitucional que comiencen planteándose la necesidad de definir una regla de reconocimiento en el sentido que la desarrolló el filósofo del derecho Herbert Hart y la ampliación que hace de ésta Jean Hampton. A diferencia de la norma hipotética



y a priori de Kelsen, la regla de reconocimiento es una norma de un grupo apoyada por la presión social de dicho grupo. Puesto que se trata de identificar las normas y las competencias coercitivas para la aplicación de éstas, corresponde a los jueces, piensa Hart, asumir el *punto de vista interno* que dé certidumbre y legitimidad a todo el sistema. Son los jueces, a fin de cuentas, quienes tienen que ver con el derecho vigente, el derecho en acción y no el derecho en el papel. En una lectura atenta de Hart, Hampton interpreta la regla de reconocimiento no sólo desde su vertiente judicial, sino también política, en la medida en que corresponde a ésta determinar quién es el soberano, es decir, quién tiene el poder de decidir los conflictos en un régimen. Para Hart-Hampton la última palabra correrá por cuenta del pueblo —en quien reside la soberanía— y es el pueblo el que debe mantener o cambiar la regla de reconocimiento de acuerdo con procedimientos bien definidos. Éstos incluirían elecciones, plebiscitos, congresos constituyentes, etc. Queda fuera toda forma de cambio no democrático que, por ese solo hecho, dejaría de ser legítimo.

La pregunta que salta inmediatamente es la siguiente: ¿debe haber un límite a la libertad del soberano para cambiar la estructura política y los derechos básicos de los individuos? En la respuesta a esta pregunta se deslindan claramente las posturas a las que aludíamos antes: o la opción por una voluntad mayoritaria, o por un principio contramayoritario; o, en otros términos, la opción por una democracia procedimental en los términos de Hart-Hampton, ya referida, o bien por una democracia constitucional en los términos de Rawls-Dworkin.

Respecto de ese debate tengo ciertas dudas en cuanto a la posición de Francisco Valdés Ugalde. Entiendo que él rechaza la idea de una democracia procedimental a ultranza, en la que no habría límites constitucionales para la decisión mayoritaria y en la que el único requisito sería cumplir con el procedimiento de decisión legislativa legítimo. Para nuestro autor, siguiendo a Rawls, los límites deben incluir los derechos básicos y también ciertos principios constitucionales. Es cierto, como bien señala Valdés Ugalde, que estos últimos —democracia representativa, separación de poderes, laicidad del Estado, por ejemplo— serían objeto de consenso con mayorías calificadas, sin tanta rigidez, como sí se requeriría si se tratase de los derechos humanos. Con todo, los límites, aun para los derechos humanos, serían consensuados, es decir, producto de una actividad convencional. Y he aquí esta otra cuestión: ¿deben los derechos humanos, aun cuando los procedimientos para su reforma sean más complejos, quedar sujetos también al consenso? ¿Son los derechos humanos producto de un consenso, o más bien, en tanto expresión de necesidades básicas y capacidades de todo ser humano, deben ser reconocidos como principios de justicia inviolables y con este carácter atrincherarlos en la norma suprema constitucional a través, digamos, de cláusulas inamovibles? Con esto no me refiero a la idea de que los derechos



humanos no puedan modificarse en términos del mejoramiento de su contenido y la expansión de los sujetos en los que se reconocerían, sino al hecho de que pudieran ser eliminados por el poder soberano del elenco constitucional, o sustituirlos por un contravalor. Un día nos levantamos con la primicia de que toda mujer debe ser discriminada en razón de su sexo, o de que, en aras de obtener información relevante, todo ser humano puede quedar sujeto a un trato cruel, inhumano y degradante; o de que en beneficio de la seguridad pública en el país serán permitidas las ejecuciones extrajudiciales. Si en serio apostamos por el consenso, no veo por qué este escenario no podría ser posible, aun con procedimientos complejos y rígidos. Creo que ante esta posibilidad —y no necesitamos ser muy imaginativos para constatar su viabilidad— el argumento de que los vivos quedan atados por los muertos, o el argumento de la imposibilidad de innovación que emana de la evolución del conocimiento de la sociedad —argumentos que opone Valdés Ugalde para criticar la pretensión de inamovilidad de los derechos humanos— deben ceder si no queremos situarnos en la antesala de regímenes no democráticos. Dicho en clave de los clásicos, me pregunto: ¿qué tan kantiano o rawlsiano sigue siendo Valdés Ugalde, o es que debemos hacer alguna concesión a Hobbes?

La defensa de la Constitución

Ahora bien, una cosa es atrincherar los derechos humanos en la carta constitucional y otra muy distinta es preguntarse a quién corresponde la defensa de la Constitución. Creo que no es extraño que Valdés Ugalde concentre buena parte de su atención y sus finos análisis en los poderes Ejecutivo y Legislativo, así como en los mecanismos de coordinación necesarios para la viabilidad de una democracia pluralista y competitiva. Como señalamos al principio, corresponde a la regla de reconocimiento determinar quién es el soberano, es decir, quién tiene el poder de decidir los conflictos en un régimen. En la versión ampliada de Hampton, la última palabra correrá por cuenta del pueblo y de sus representantes elegidos democráticamente. Y creo que, a fin de cuentas, ésta es la opción de Valdés Ugalde. Quizás esta opción explique por qué las referencias al Poder Judicial en el libro de nuestro autor sean relativamente escasas. Pienso, por el contrario, que hay buenas razones de orden empírico y normativo para abrir un espacio dedicado a la actividad judicial.

Me explico. Desde un punto de vista empírico, no debe extrañarnos que en muchos países de la región se haya dirigido la mirada hacia el Poder Judicial, especialmente al órgano límite: el Tribunal Constitucional. En México, en particular, se han dado condiciones objetivas que explican tal situación. Una de ellas, como bien



lo ha analizado Karina Ansolabehere,² es el proceso de democratización y las sucesivas reformas de 1988 y 1994 al sistema judicial, las cuales crearon una atmósfera adecuada para problematizar el tema de la independencia judicial; otra condición objetiva es que esas reformas al Poder Judicial lo ubican en una relación diferente con el poder político, es decir, convierten a la Corte en un tribunal constitucional (nota 6, p. 124) y, unida a esta condición, comienza a percibirse un papel activo de los tribunales, en la medida en que se incrementó el nivel de contenciosidad a partir de las reformas al artículo 105 constitucional, que contempla las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales. Finalmente, compartida por muchos países de la región, hemos asistido en los últimos años a una creciente desconfianza de la ciudadanía en los partidos políticos, que ha reorientado la mirada hacia el Poder Judicial como un factor de equilibrio para la gobernabilidad democrática. El caso de Colombia es emblemático.

Pero también hay buenas razones normativas para defender la Constitución en la figura de un tribunal constitucional. Recordemos a Kelsen. Desde el punto de vista formal, la justificación de tal tipo de tribunal descansa en los principios de supremacía constitucional y de división de poderes. Para Kelsen, el Parlamento y el gobierno en cuanto órganos que participan en la tarea legislativa, son precisamente los principales poderes —aunque no los únicos— que deben controlarse por medio del procedimiento de garantía constitucional, por lo cual, de conformidad con el principio [de que “nadie puede ser juez en su propia causa”], la revisión de sus actos no puede ser atribuida a alguno de sus miembros [...]. En este sentido, confiar la jurisdicción constitucional a una corte específica, y volverla independiente de los poderes Legislativo y Ejecutivo, así como de la jurisdicción ordinaria, representa un reforzamiento del principio de equilibrio y de balance del poder entre los diversos órganos del Estado, que es esencial para la democracia.

Para un positivista rígido, esta justificación de la justicia constitucional, a través de principios formales, sería suficiente. Pero Kelsen añade aún otro par de justificaciones de orden sustantivo: 1) si la democracia se sustenta no sólo en el reconocimiento fáctico de la pluralidad en cualquier sociedad moderna, sino que entiende a la pluralidad como un valor que debe promoverse, no es sino la misma Constitución y su defensa jurisdiccional la que lo hace posible: es necesario que las mismas condiciones que posibilitan el juego democrático —los derechos civiles y políticos— sean protegidos, no por los actores de la contienda electoral —que se constituirían entonces en juez y

² Karina Ansolabehere, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, Flasco México/Fontamara, 2007.



parte—, sino por un órgano independiente y 2) la defensa de la Constitución tiene que estar encaminada a la protección de los derechos de las minorías y no padecer la tiranía de la mayoría: “Si la esencia de la democracia, afirma Kelsen en un pasaje poco citado por los kelsenianos, consiste no ya en la omnipotencia de la mayoría, sino en el constante compromiso entre los diversos grupos que la mayoría y la minoría representan en el Parlamento, la justicia constitucional se presenta como el instrumento idóneo para realizar esta idea”.

Por diversos motivos, Kelsen no extrajo todas las consecuencias que se siguen de reconocer los derechos de las minorías, especialmente si entendemos esos derechos como los “derechos de los más débiles”, para usar la expresión de Ferrajoli; pero si somos mínimamente coherentes, la defensa constitucional de los más débiles significa también la exigibilidad judicial de los derechos sociales. Insisto, entender así el Poder Judicial, como defensor y garante de los derechos humanos y del proceso democrático, lo convierte en un actor imprescindible para garantizar la gobernabilidad, aun contra la misma voluntad soberana.

¿Nuevo pacto social?

Por último, no puedo dejar de simpatizar con la idea de que resulta urgente para nuestro país realizar una revisión integral de la Constitución. Y sí, quizá como lo propone Francisco Valdés Ugalde, la vía más institucional para hacerlo sea desde los mecanismos de reforma que la Constitución prevé. Pero, me pregunto con mucha responsabilidad, ¿no será hora de cambiar nuestra regla de reconocimiento? No sé si a estas alturas, y a la luz de la enorme inestabilidad política e inseguridad social que se vive en el país, no sea más conveniente pensar en un nuevo pacto social. ¿Por qué aferrarnos a una Constitución envejecida, la más antigua de Latinoamérica? Al respecto, quiero concluir citando a un filósofo del derecho argentino, que se muestra muy partidario con esta alternativa más radical, y a quien no se le puede tachar precisamente de populista. Creo que lo que dice Roberto Gargarella merece alguna consideración:

Después de más de 200 años de vida del constitucionalismo moderno, entendido éste a partir de sus rasgos básicos —la adopción de una declaración de derechos y de un sistema de “frenos y contrapesos”— no puede decirse del mismo que su funcionamiento haya sido exitoso, particularmente en una mayoría de países de América. Tal mayoría de países sigue viéndose afectada por sistemas políticamente inestables y económicamente muy desiguales; en donde las violaciones de derechos humanos son un hecho habitual; las ramas políticas del gobierno



tienden a funcionar con independencia de cualquier reclamo ciudadano, mientras se encargan de moldear normas a medida de intereses privados; los tribunales aparecen como órganos de difícil acceso público, que tienden a decidir en favor de los poderosos, criminalizando a quienes protestan; y en donde el debate público (tanto en las campañas electorales como, especialmente, en los periodos que transcurren entre una elección y otra) destaca por las pobreza de su contenido [...]. Según entiendo, la gravedad de las deficiencias institucionales en juego nos obligan a dejar de lado la idea según la cual lo que se requiere es “perfeccionar” o “pulir” algunos aspectos de dicho esquema [...], existe urgencia por repensar las causas de lo que es, en definitiva, un fracaso institucional con consecuencias ya trágicas.³

RODOLFO VÁZQUEZ*

³ Roberto Gargarella, “Una maquinaria exhausta. Constitucionalismo y alienación legal en América”, *Isonomía*, núm. 33, ITAM-Escuela Libre de Derecho (octubre de 2010), pp. 7-8.

* Departamento Académico de Derecho, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).