



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**EL FUERO CONSTITUCIONAL; GARANTÍA DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE  
DERECHO. ANÁLISIS EN MÉXICO Y EN EL DERECHO COMPARADO**

**TESIS**

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
MAESTRO EN ESTUDIOS JURÍDICOS**

**PRESENTA**

**M. EN C.J.P. CHRISTIAN YAIR ALDRETE ACUÑA**

**TUTOR ACADÉMICO:**

**DR. VÍCTOR ALEJANDRO WONG MERAZ**

**TUTORES ADJUNTOS:**

**DR. EDGAR RAMÓN AGUILERA GARCÍA**

**DR. RODOLFO RAFAEL ELIZALDE CASTAÑEDA**

**TOLUCA, ESTADO DE MÉXICO, SEPTIEMBRE 2018**



**UAEM**

Universidad Autónoma  
del Estado de México

Toluca de Lerdo, México, a 20 de junio de 2018.

**DR. EN GOB. FELIPE CARLOS BETANCOURT HIGAREDA  
COORDINADOR DE ESTUDIOS AVANZADOS DE LA  
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO  
P R E S E N T E:**

Por este conducto, me permito informar a Usted, que he revisado el trabajo de tesis intitulado: "EL FUERO CONSTITUCIONAL; GARANTÍA DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. ANÁLISIS EN MÉXICO Y EN EL DERECHO COMPARADO", presentado por el alumno CHRISTIAN YAIR ALDRETE ACUÑA, con número de cuenta 1630757, con el cual pretende obtener el Grado de Maestro en Estudios Jurídicos, por esta Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, mismo que cumple con todos los requisitos exigidos para tal efecto.

En consecuencia, en mi carácter de Tutor Académico del aspirante, emito **voto aprobatorio**, para que dicho trabajo de tesis sea sustentado por el alumno en su examen de grado.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

**ATENTAMENTE**

**DR. VÍCTOR ALEJANDRO WONG MERAZ**



**UAEM**

Universidad Autónoma  
del Estado de México

Toluca de Lerdo, México, a 20 de junio de 2018.

**DR. EN GOB. FELIPE CARLOS BETANCOURT HIGAREDA  
COORDINADOR DE ESTUDIOS AVANZADOS DE LA  
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO  
P R E S E N T E:**

Por medio del presente, me permito hacer de su conocimiento que una vez revisado el escrito de tesis titulado: "EL FUERO CONSTITUCIONAL; GARANTÍA DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. ANÁLISIS EN MÉXICO Y EN EL DERECHO COMPARADO", presentado por CHRISTIAN YAIR ALDRETE ACUÑA, el mismo cumple con todos los requisitos exigidos para que el alumno mencionado pueda optar por el Grado de Maestro en Estudios Jurídicos.

En consecuencia, en mi carácter de Tutor Adjunto del aspirante, emito **voto aprobatorio**, para que dicho trabajo de tesis sea sustentado por el alumno en su examen de grado.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo.

**ATENTAMENTE**

**DR. EN D. RODOLFO RAFAEL ELIZALDE CASTAÑEDA  
TUTOR ADJUNTO**



**UAEM** | Universidad Autónoma  
del Estado de México

Toluca de Lerdo, México, a 21 de junio de 2018.

**DR. EN GOB. FELIPE CARLOS  
BETANCOURT HIGAREDA,  
COORDINADOR DE  
ESTUDIOS AVANZADOS DE  
LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA  
DEL ESTADO DE MÉXICO  
P R E S E N T E:**



Facultad de Derecho  
Coordinación de  
Estudios Avanzados

Por este conducto, me permito respetuosamente informar a Usted que he revisado con minuciosidad la tesis que lleva por título “EL FUERO CONSTITUCIONAL; GARANTÍA DE UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. ANÁLISIS EN MÉXICO Y EN EL DERECHO COMPARADO”, presentada por el alumno CHRISTIAN YAIR ALDRETE ACUÑA, con número de cuenta 1630757, trabajo con el cual pretende obtener el Grado de Maestro en Estudios Jurídicos ofertado por esta nuestra Facultad de Derecho.

En este sentido, debo decir que el trabajo de investigación cumple con todos los requisitos exigidos para tal efecto, como son, entre otros, el empleo de una metodología adecuada, el abordaje socialmente justificado de problemas de coyuntura y el uso de un discurso argumentativo con una estructura coherente.

Con base en lo anterior y en mi carácter de Tutor Adjunto del aspirante, emito **voto aprobatorio** para que dicho trabajo de tesis proceda a ser sustentado por el alumno en el examen de grado respectivo.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo y reiterarle la seguridad de mi más alta consideración.

**ATENTAMENTE**

**DR. EDGAR RAMÓN AGUILERA GARCÍA**



[www.uaemex.mx](http://www.uaemex.mx)

*Cerro de Coatepec s/n Ciudad Universitaria, Toluca, Estado de México,  
C.P. 50110, Tel. (01722) 2 14 43 00 y 2 14 43 72 ext. 136*





Junio 22, 2018

CEA/415/2018

**CHRISTIAN YAIR ALDRETE ACUÑA  
PRESENTE**

Sirva el presente, para comunicarle que una vez realizado el análisis del expediente académico relacionado con el proceso para obtener el grado de Maestro en Estudios Jurídicos, con fundamento en lo establecido por el artículo 52 y demás relativos del Reglamento de los Estudios Avanzados de la Universidad Autónoma del Estado de México, publicado en la Gaceta Universitaria del mes de Mayo de 2008, me permito otorgar a Usted la autorización necesaria para que proceda a impresión del trabajo terminal de grado denominado: ***"El Fuero Constitucional; Garantía de un Estado Democrático de Derecho. Análisis en México y en el Derecho Comparado"*** y con oportunidad presente los diez ejemplares requeridos para estar en posibilidad de programar la fecha en que deberá llevarse a cabo su examen para obtener el grado en comento.

No habiendo otro asunto que tratar por el momento, le reitero la seguridad de mi consideración y estima.

**Atentamente  
Patria, Ciencia y Trabajo**

***"2018, Año del 190 Aniversario de la Universidad Autónoma del Estado de México"***

*Felipe C.B.*



**FACULTAD DE DERECHO  
COORDINACION DE  
ESTUDIOS AVANZADOS\***

**Dr. en Gob. Felipe Carlos Betancourt Higareda  
Coordinador de Estudios Avanzados de la  
Facultad de Derecho**

FCBH/kfa\*



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	I
--------------------	---

### CAPÍTULO I. DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SU CONSTITUCIÓN

1.1 <i>Nota introductoria</i> .....	1
1.2 <i>Democracia</i> .....	2
1.2.1 <i>Democracia Directa</i> .....	17
1.2.2 <i>Rousseau. Entre antiguos y modernos</i> .....	21
1.2.3 <i>Democracia Representativa</i> .....	24
1.2.4 <i>Partidocracia. La nueva cara de la representatividad</i> .....	33
1.3 <i>Estado de Derecho</i> .....	43
1.4 <i>Estado Democrático de Derecho</i> .....	52
1.4.1 <i>Democracia y Estado Constitucional</i> .....	57
1.4.2 <i>Democracia Constitucional</i> .....	64

### CAPÍTULO II. DIVISIÓN DE PODERES, ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA

2.1 <i>Nota Introductoria</i> .....	72
2.2 <i>El Poder en la Democracia</i> .....	86
2.2.1 <i>Partidocracia y poder</i> .....	89
2.2.2 <i>Constitución, democracia representativa y control del poder</i> .....	92
2.3 <i>El poder en el Estado de Derecho</i> .....	98
2.4 <i>División de poderes</i> .....	105
2.4.1 <i>Control parlamentario</i> .....	114

### CAPÍTULO III. ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS GARANTÍAS PARLAMENTARIAS EN MÉXICO Y ESPAÑA

3.1 Aforamientos e Inmunidades .....	121
3.2 Del Parlamento y sus instituciones de protección .....	123
3.3. Concepción de las inmunidades parlamentarias.....	138
3.3.1 Inviolabilidad e Inmunidad .....	149
3.3.2 Naturaleza, finalidad y efecto de la inviolabilidad e inmunidad .....	154
3.3.3 Efectos en el caso español .....	165
3.3.4 Efectos en el caso mexicano .....	168
3.4 Aforamiento y/o Fuero Constitucional .....	170
3.4.1 Aforamiento en España .....	171
3.4.2 Fuero Constitucional en México.....	175
CONCLUSIONES.....	179
BREVES NOTAS DEL CASO MEXICANO .....	184
PROPUESTAS.....	189
FUENTES DE CONSULTA .....	190
ANEXO I. CERTIFICADO DE ACEPTACIÓN DE ARTÍCULO PARA PUBLICACIÓN.	

## INTRODUCCIÓN

En las democracias modernas dentro de las que se aspira a la representatividad del cuerpo electoral por vía de la voluntad soberana, el ejercicio del poder se ha tenido que racionalizar a partir de mecanismos jurídicos, políticos y sociales, que impliquen el reconocimiento de la génesis del poder desde el mandato soberano.

Establecer que el único detentador del poder será siempre el pueblo, ha construido toda una teoría sobre los controles de éste, en específico a partir de la conceptualización del término soberanía. Una vez postulado tal concepto, como el único centro motivador de la vida política de un país, puede comprenderse la existencia de una democracia como un sistema en el que verdaderamente los sujetos que integran la colectividad, tienen en sus manos el direccionamiento del Estado.

Para que el concepto soberanía y la idea de una democracia puedan tener un valor real dentro de la organización política denominada Estado, preciso es comprender ambos tópicos dentro de un ordenamiento jurídico. Ordenamiento que deberá tener siempre el carácter de máxima ley imperante dentro del Estado. A decir del liberalismo del siglo XVIII, éste se ha configurado desde la perspectiva del constitucionalismo.

A través de la Constitución, el Estado de Derecho tiene vigencia y racionalización, haciendo del sistema sobre el que se desarrolla la organización social, un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Entidad encargada no sólo de demarcar los límites sobre los que ha de ejecutarse el poder conferido a partir de la voluntad soberana y el mandato representativo, sino que será la barrera de contención de las arbitrariedades en las que los órganos encargados de tal



mandato puedan incurrir en el ejercicio del poder que les ha sido conferido por la sociedad.

Sólo dentro de un Estado Constitucional es que el régimen democrático puede entenderse como verdaderamente operante, teniendo mecanismos tanto jurídicos como políticos, que aseguren el real desenvolvimiento de ésta, tanto en su sociedad, como en sus instituciones y órganos. De esta forma, el poder que en esencia corresponde al sujeto de lo social, se ve ejercido por aquellos a los que se les ha conferido la facultad representativa, en el entendido de ser órganos constituidos a través de la deliberación del cuerpo electoral y dotados de competencias para la representación de éste.

Las democracias representativas obtienen su cobijo a través del ordenamiento constitucional, con lo que no sólo se racionaliza el ejercicio del poder, sino se legitima el uso de éste y de las instituciones que para el efecto son creadas a partir de la voz ciudadana. Coincidente es el establecer que un ordenamiento constitucional que se diga expresión de la voluntad soberana del pueblo, necesariamente ha de tildarse de generación democrática.

De la conjunción de ambas concepciones, la soberanía encuentra su respaldo. Sólo a partir de un Estado que contemple en su funcionamiento, un sistema constitucional y democrático, como se manifestara desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, puede hablarse de una protección integral de las libertades e igualdades tanto sociales como políticas de la sociedad.

En este contexto, la formación democrática que actualmente rige dentro de nuestro país, puede decirse que al menos teóricamente, se sitúa dentro de los parámetros de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, cuya forma organizativa se enaltece a la usanza de una democracia representativa. Régimen democrático que implica tanto la legitimación del poder y sus formas de ejercicio, así como la creación de las instituciones sobre las cuales éste es depositado. Además, implica una nueva forma de concepción de lo social, por tanto, una democracia como forma de Estado y como forma de sociedad.

El constitucionalismo se ha vuelto el aparato limitador del poder por excelencia, siendo el único capaz de establecer los límites sobre los cuales éste podrá ser ejercido. La soberanía, la protección de los derechos de la sociedad y la adecuada división de poderes, han hecho de la Constitución, la voz del pueblo y el instrumento de derecho más importante del Estado.

Sólo a partir de la Constitución, pueden entenderse válidos y vigentes los órganos sobre los que el pueblo ha decidido depositar su poder a fin de ser representados, tanto interna como externamente. Es el poder que constituye a los operarios representativos del mandato soberano, quien establece sus competencias y atribuciones, sus límites de actuación y las prerrogativas necesarias para que dentro de sus funciones puedan desarrollar la labor para la cual han sido creados.

En esta mecánica, se insta por la procuración de la soberanía del pueblo, garantizándole el respeto irrestricto de sus derechos fundamentales, llegando al punto de establecerlo como el sujeto poseedor del mandato de orden jerárquico constitucional, en la denominada democracia constitucional.<sup>1</sup> Es decir el único ente verdaderamente creador del poder.

En nuestro país la forma en que esto se ha realizado, se corresponde con la tradicional teoría de la división de poderes forjada por Montesquieu, en su obra “El espíritu de las leyes”, adoptando para el efecto un sistema de gobierno presidencialista, a partir del cual, la administración del Estado se debe en forma unipersonal al Poder Ejecutivo; respecto de la función de control de la constitucionalidad y control político, el poder se asienta en un órgano Legislativo, quien además resulta ser en todo momento, la voz fecunda del pueblo y sobre quien se deposita la voluntad popular; por último, el órgano encargado de cuidar la efectiva impartición de justicia, se deposita en un Poder Judicial.

---

<sup>1</sup> Sobre la diferencia específica y el debate de una Constitución democrática o una democracia constitucional, así como sus alcances, impedimentos y limitantes de configuración, *vid.* SALAZAR UGARTE, Pedro, *La Democracia Constitucional*, FCE, México, 2015.

El principio de división y/o separación del poder<sup>2</sup>, resulta ser el cimiento del Estado Democrático de Derecho, haciendo que su dirección y administración se vea configurada como una ejecución administrada de forma tripartita, siendo el modelo que rige en el Estado Mexicano. En esta partición del poder de administración, se han fijado límites expresos a la función de cada uno de estos poderes, con la finalidad de que no logren entrometerse en la funcionalidad de los poderes restantes y con ello configurar un ámbito de legalidad dentro del mismo Estado, como garantía de seguridad jurídica para la sociedad a la que se representa, permitiendo la libre generación de la administración en forma independiente y autónoma; evitando la configuración de un absolutismo respecto de la concentración del poder.

Al estar fraccionado el poder en estos tres específicos órganos constituidos que son el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el sistema constitucional se perfila como un sistema de frenos y contrapesos, en donde el principio de división de poderes se vuelve el marco rector, dotando a cada depositario del poder ciertos mecanismos de defensa, prerrogativas de protección y funcionalidad a los fines para los que fueron creados.

El Estado mexicano ha sido un fiel defensor constitucional de la división de poderes, consagrando dentro del Poder Legislativo el mayor peso de legitimación, pues es dentro de éste en el que se ha depositado el ejercicio de la soberanía; en esencia respecto de sus libertades de opinión y contradicción efectuadas al modelo gubernativo, es decir, autonomía e independencia que dotan de seguridad jurídica al Estado Democrático de Derecho.

Para garantizar lo anterior, ha tenido que generar medios de protección que, a la par, forman parte del sistema de controles políticos de la división de poderes. De esta manera, cada órgano sobre el cual se deposita el ejercicio del poder, igualmente goza de dispositivos que garantizan su adecuado funcionamiento. Estos dispositivos han sido reconocidos como inmunidades, específicamente mediante el nombrado

---

<sup>2</sup> Al respecto de la pugna entre división y separación en términos contractualistas, *vid.* BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, FCE, México, 2014.

Fuero Constitucional. Institución jurídica nacida bajo el seno del principio de división de poderes en el complejo sistema de controles del poder.

El fuero, en su vertiente legislativa, se ha establecido en el Estado Mexicano como una garantía de nivel constitucional a favor del Parlamento, limitando el actuar judicial respecto a la posible atribución de la comisión de ilícitos penales, que activa una inoperancia judicial respecto de estos representantes de la sociedad, como garantía derivada de la partición del poder en la administración del Estado.

Si bien es cierto que, la figura jurídica de la inmunidad parlamentaria nace en el nicho de una protección de la libertad de opinión, como una garantía de seguridad jurídica en ámbito orgánico constitucional; la misma en forma viciada se ha visto como una extensión de esta protección a favor de los intereses personales de los legisladores, al punto de parecer una protección contra cualquier acto de autoridad de cualquier índole, figurándola como una institución inconstitucional e innecesaria dentro de la configuración del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Sin embargo, aun cuando se ha empleado en forma inadecuada, resulta indispensable para la configuración del Estado Democrático de Derecho, como racionalidad de éste y como fruto necesario de la representatividad del soberano en el proceso de democratización social.

El uso desmedido de esta inmunidad parlamentaria ha producido un fecundo debate en las legislaturas de las entidades federativas, incluso llevando a algunas de ellas a reformar sus propias Constituciones, eliminando la figura jurídica del fuero. Teniendo como justificación la alza en corrupción e impunidad de los servidores públicos, en específico de aquellos cuya función es la de representar al cuerpo electoral. Discurso que ha pasado del desprestigio institucional, al sentimiento iracundo contra de los representantes políticos.

El poder político que ejercen los representantes de la sociedad amparados por el Fuero Constitucional, se aprecia hoy como un permiso para delinquir, una barrera de protección contra la norma, haciendo significar una clara desigualdad social. La violación a este principio de igualdad, es lo que ha llevado a Legislaturas Estatales a

pronunciarse respecto de la desaparición del Fuero Constitucional, so pretexto de que el campo sobre el que se plantea tal inmunidad, se ha visto transgredida en demasía y se ha vuelto sólo un escudo en contra de actuaries contrarios a la ley, saliendo de la esfera inmediata de acción de tales servidores incluso fuera de su área de trabajo, logrando con ello una fractura irreparable del sistema normativo del país.

Sin embargo, el tema de la desaparición del Fuero Constitucional, trae consigo toda una serie de consecuencias que por demás resultan de importancia en su estudio, puesto que, si bien se ha realizado un uso indebido de esta protección; lo cierto es que, tal figura se concibe y nace en el espíritu del constituyente federal como una protección que ampara la división del poder y, por tal razón, se presenta como una institución necesaria para la funcionalidad de la norma y el Estado.

Entre la presión política derivada del proceso electoral que vive el país y el constante debate respecto a la desaparición del fuero, tornó inevitable que a nivel federal se produjera el mismo, llevando a la Cámara de Diputados el abril pasado, a aprobar el dictamen por medio del cual, entre otras, se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 61, eliminando así la garantía de Fuero Constitucional. Al respecto, resulta indispensable que el Senado de la República se replantee el tema, pues de su aprobación pende el poder decir que el Estado mexicano se corresponde con un sistema Constitucional y Democrático de Derecho.

Esta iniciativa se ha venido fraguando años atrás, al menos a nivel local, mediante movimientos legislativos iniciados en el Estado de Jalisco, en julio del 2014, donde históricamente se da la desaparición de esta figura constitucional, seguida por diversas entidades en la que de igual manera y sobre la misma pretendida justificación de ataque al Poder Legislativo, se ha visto eliminado en la mayoría de ellos tal institución, siendo los menos quienes sólo han acotado su funcionalidad.



Posiblemente ante este fenómeno local, es que a nivel federal se da la iniciativa de eliminación del Fuero Constitucional, si acaso puede hacerse óbice de que sea una forma de populismo para el periodo electoral, lejos de su fundamentación objetiva y racionalizada por los, hasta el momento, representantes del poder legislativo, controlados por sus respectivas instituciones partidistas.

El Fuero Constitucional más que una garantía de protección de los órganos representantes que sirven como limitadores del poder entre sí, resulta ser una garantía de certeza jurídica de los principios de soberanía, protección de derechos y principio de división de poderes, todos ellos como estandartes inmediatos de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Prerrogativa encaminada a la defensa de las instituciones democráticas sobre las que se ejerce legítimamente el poder, no así como garantía de los sujetos que representan ese ejercicio.

Debe entenderse que las garantías otorgadas por la Constitución tienen en todo momento el inalienable propósito de salvaguardar la adecuada división de poderes y el sistema de controles que entre sí son ejercidos y, por tanto, al ser este principio uno de los ejes centrales sobre los que se erige el constitucionalismo democrático del país, resulta inminente que el Fuero Constitucional también lo es.

Es este el *planteamiento del problema* que se trata de dilucidar en la presente investigación. Vislumbrar en concreto, cuál habría de ser la consecuencia inmediata en la desaparición de ésta inmunidad parlamentaria, respecto de la vulnerabilidad en que caería el poder legislativo respecto de sus dos pares restantes, como configuradores de aplicación del poder, acorde a una íntegra división del poder en que se establezcan las bases de un Estado Democrático de Derecho.

En nuestra actualidad estatal, resulta necesario el hacer un replanteamiento sobre los valores que el constituyente de 1917 postró al generar la ley fundamental y sobre la que los actuales órganos tienen su fundamentación. Ello derivado de las constantes prácticas sobre las que se ha desarrollado el ejercicio del poder.

Los tiempos y las circunstancias en que vivimos, han generado constantes debates sobre las funciones y obligaciones de los poderes constituidos,

específicamente en un sentido negativo, que ha pasado de una desconfianza institucional, en un enojo generalizado hacia las mismas y con ello un desprestigio no sólo de ellas, sino del mismo Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Debates tan álgidos que han llevado a posturas incluso de movimientos revolucionarios que tengan por objeto la generación de un nuevo poder constituyente para la erogación de una nueva Constitución. Sin duda, estos han sido originados desde el descontento social por las constantes prácticas de corrupción e impunidad de la que han hecho alarde los servidores públicos que se ven investidos de la calidad de representantes de los poderes constituidos y, por tanto, sabedores de determinadas garantías procesales que los cobijan a nivel constitucional.

Estas constantes prácticas aunadas a un notorio desapego de su función social, encaminada ahora a sustanciar intereses particulares de élites nacidas de la partidocracia, ha hecho claudicar aquél sistema de controles del poder, establecidos a partir de la división de poderes, mermando la actuación de tales medios de control y volcando los mismos a un nuevo centro de poder, que ya no es la sociedad, haciendo aparentar con ello la ineficacia y el valor normativo de la Constitución y sus instituciones.

En estas premisas centra sus propósitos la investigación de mérito: Estudio y análisis de temas como la Democracia, el Estado de Derecho y el Estado Constitucional por un lado; y, por el otro, el de figuras jurídico-constitucionales como la inviolabilidad, la inmunidad y el fuero, todas ellas amparadas sobre el principio de división de poderes como mecanismos de control del poder.

La presente se plantea como *finalidad*, establecer las implicaciones jurídicas que traería consigo la desaparición del Fuero Constitucional. Estrictamente, una latente desintegración del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, desde el panorama del principio de separación de poderes, como cimiento del sistema de frenos y contrapesos del poder.

Aun cuando a nivel federal este hecho no se ha realizado en forma plena, — restando sólo la aprobación del Senado para que surta efectos el dictamen aprobado

en el pleno de la Cámara de Diputados Federal el pasado 19 de abril— el dinamismo político que se vive en nuestros días, implica que la eliminación del fuero ha de funcionar como un efecto dominó, en el que desprendido del decreto de reforma constitucional que se avalara por la Legislatura de Jalisco en la que se establece la desaparición de esta garantía constitucional, acarreará la misma suerte para con otras legislaturas estatales y, a la larga, esto tendrá cabida dentro de este ámbito, tendenciosamente violentando el estandarte de Estado Democrático.

En principio, se tiene que establecer lo que ha de considerarse como un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, dentro del cual se establece la figura del parlamento y los derechos y obligaciones que tal función tiene para con el Estado y su población. Partiendo de igual forma de los presupuestos esenciales sobre los cuales se puede decir que un Estado se rige sobre los postulados de democracia y apego a división de poderes que permitan una adecuada función de la administración pública, garantizando en todo momento la no incursión de un autoritarismo guiado por un solo poder omnipresente.

Este punto es el que se sitúa como una de las mayores justificaciones de la investigación, en tanto que, la vulnerabilidad en la que caería el Poder Legislativo al no estar protegido en el ejercicio de sus funciones, traería consigo la generación de un Estado autoritario, en el que si un legislador se opone vía libertad de crítica y expresión al gobierno en turno, baste con el mandato arbitrario del Ejecutivo para que se realicen acusaciones infundadas que llevarían al detrimento del Estado Democrático, al carecer de un control del poder en que se vea dividido su ejercicio y respetadas las diversas esferas jurídicas en las que se practica el control estatal y, por tanto, una violación concreta a la soberanía.

Al respecto, se esbozan como *hipótesis* de la presente investigación, las enunciadas en los términos siguientes: 1) *La desaparición del Fuero Constitucional, corrompe los postulados que fundamentan un Estado Constitucional y Democrático de Derecho;* y 2) *La desaparición del Fuero Constitucional conduciría a un desequilibrio constitucional de los poderes de la Unión, en donde se pone en peligro la adecuada función pública, acorde al principio de división del poder.*

En consecuencia, los *objetivos generales* que se establecen para el trato del tema en comento, reproducidos en los capítulos que integran la presente son en esencia: 1) Analizar los fundamentos integradores de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho; 2) Examinar los diversos controles del poder existentes en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho; y 3) Estudiar las figuras constitucionales de: Fuero, inviolabilidad e inmunidad parlamentarias, a la luz del marco constitucional mexicano y el derecho comparado.

Respecto a los *objetivos específicos* se encuentran los siguientes: 1) Analizar las formas en las que la democracia ha tenido aparición dentro del Estado-Nación; 2) Inspeccionar los elementos configuradores del Estado Constitucional de derecho y el Estado Democrático de derecho; 3) Examinar la forma en que operan los controles del poder dentro de la democracia representativa; 4) Examinar la forma en que operan los controles del poder dentro del Estado Constitucional y Democrático de Derecho; 5) Indagar la funcionalidad del principio de división de poderes como mecanismo de control del poder estatal; 6) Estudiar los alcances del Fuero Constitucional, respecto a derechos parlamentarios y; 7) Analizar las inmunidades parlamentarias y su apego con un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Para el cuerpo de la investigación, se tomará como *marco teórico* las aportaciones establecidas al tema del Estado Constitucional por parte de Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen. Respecto a su vertiente contemporánea, se se hará uso de los postulados de Norberto Bobbio, Pedro de Vega, Salazar Ugarte y Diego Valadés. En lo atinente al tema de democracia, se adoptarán los postulados realizados por Robert Dahl, Sartori, Darío Melossi y Norberto Bobbio, principalmente.

En cuanto al tema de la inmunidad parlamentaria, se tomarán como base las aportaciones realizadas por Alfonso Fernández-Miranda Campoamor y Eloy García, en atención a sus pronunciamientos en el ámbito europeo, atendiendo a que este tema en específico, encuentra su gran fundamentación en países pertenecientes a ese continente.

En este punto, debe decirse que, respecto al actual *estado del arte* que cobija el tema del Fuero Constitucional, poca o nula ha sido la producción académica realizada en nuestro país, si acaso mencionada en el estudio del derecho parlamentario, mas sólo en forma enunciativa. El punto sobre el que desde nuestro país puede hablarse es referido más a la función del principio de división del poder que en su momento tratara Jorge Carpizo.

En forma específica, el tema del fuero ha sido tratado en países europeos, entre ellos España e Italia, teniendo el primero de ellos una vieja tradición de defensa del mismo. En España concretamente, Alfonso Fernández-Miranda Campoamor y Eloy García, son los máximos exponentes del tema que se pretende tratar, haciendo alusión a la necesidad de esta prerrogativa parlamentaria como motor histórico y necesario dentro de Estados democráticos, cuya finalidad se encamina a limitar la concentración del poder y el efectivo ejercicio de la libertad de expresión de los parlamentarios.

Es de señalar que, en la presente investigación, se implementarán diversos tipos de métodos científicos para el adecuado constructivismo que se pretende de los temas que se abordarán (Estado Constitucional, democracia, división de poderes, fuero constitucional, control del poder).

Se hará uso del método analítico, que se basará en ir de las concepciones generales que se han dado respecto de la connotación de Estado Constitucional y Democrático de Derecho, y los postulados que éste contempla para el respectivo equilibrio de poderes constitucionales en tanto a la función pública.

Posteriormente, en aras de confrontar las posturas de un Estado Constitucional y la necesidad de un principio de división del poder que legitime la presencia de la figura del Fuero Constitucional, se hará uso del método analógico, lo que permitirá realizar la comparación de la institución del fuero, con los postulados del Estado Constitucional.



Así mismo, se hará uso de los métodos deductivo y constructivo, en tanto que se investigará desde la generalidad del principio de división del poder y la connotación que éste tiene con las figuras de inmunidades, respecto de las garantías de protección parlamentaria y seguridad jurídica. Teniendo como unión de estos dos últimos, el método histórico, que se dará en la observación de la evolución de los objetos a estudiar.

En forma genérica, se implementará el método analítico, en tanto que, se pretende fijar una postura respecto a la desaparición del Fuero Constitucional y su inmediata repercusión de vulneración a las libertades parlamentarias, respecto al desequilibrio constitucional frente al Ejecutivo Federal.

De esta temática, se desprenden en esencia tres capítulos que darán engrose a esta investigación. Bajo este contexto metodológico, se analiza, en primer término, dentro del Capítulo Primero, denominado *Del Estado Democrático y su Constitución*, la base cualitativa del problema que se plantea, sentando las bases consideradas necesarias para poder hablar de la concepción del Estado Constitucional y Democrático de Derecho y su respectiva fundamentación. Se realiza un breve recorrido de los elementos mínimos que conforman tal calidad de Estado y sobre los que pretendemos guiar la secuencia temática propuesta, delineando las diversas facetas que pueden dar sustento a la realidad que se vive en nuestro país y la injerencia de instituciones ajenas a los medios de control del poder que han posicionado una clara crisis democrática y, con ello, una invariable presunción social de ineficacia constitucional y una ineficiencia institucional.

En el capítulo segundo, nombrado *Democracia, Estado de Derecho, División de Poderes y Control del Poder*, se realiza el análisis de los principios sobre los que se sustenta el Estado Constitucional y las formas en las que el mismo ha destinado el uso y ejercicio del poder público; para lo cual, se realiza un recorrido de los mecanismos de control del poder correspondientes a cada tema planteado y la forma en la que postulan el control. De igual forma, se establecen posturas necesarias para su adecuado funcionamiento y los obstáculos que al momento han surgido al menos dentro de nuestro país, con lo que se ha visto imposibilitado el adecuado

funcionalismo de éstos. Instituyendo en última cuenta, el tema referido a la predominancia del poder a quien se ha referido la reforma constitucional que da surgimiento al análisis de la presente investigación, como el órgano sobre el que descansa el control del poder político del Estado, como portavoz de la voluntad soberana.

Por último, en el Capítulo tercero, denominado *Estudio comparativo de las garantías parlamentarias en México y España*, se lleva a cabo el estudio de las figuras jurídicas que sirven de control para el ejercicio parlamentario dentro de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, tomando en consideración tanto al ordenamiento constitucional de nuestro país y el homólogo de España, en un estudio de derecho comparado respecto de las figuras de inviolabilidad, inmunidad y aforamiento. Debe señalarse que, tal estudio comparado, se lleva a cabo sólo respecto del Poder Legislativo.

Finalmente, se expresan las conclusiones a las que se arriba a lo largo de la presente investigación, con las que se pretende demostrar las hipótesis que sirvieron de punto de partida para la realización de la investigación. Igualmente se realizan un par de anotaciones referidas al proyecto de dictamen presentado por la Comisión de Puntos Constitucionales, ante el pleno de la Cámara de Diputados de la LXIII Legislatura, el pasado 19 de abril de dos mil dieciocho, por el cual en cámara baja se aprueba, entre otras cosas, la reforma al artículo 61 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, referente a la desaparición del Fuero Constitucional, a los miembros del Congreso de la Unión.

En términos genéricos, es ésta la dinámica que ha de seguir la investigación planteada, pretendiendo realizar un adecuado empate entre los temas propuestos, que los son Estado Democrático, Estado Constitucional, Estado de Derecho, división de poderes, control del poder e inmunidades parlamentarias, en estricto sentido el Fuero Constitucional.

## CAPÍTULO I. DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y SU CONSTITUCIÓN

### *1.1 Nota introductoria*

En el discurso teórico se han gestado diversidad de criterios y concepciones de lo que debe entenderse por Estado y sus distintas “modalidades” y/o percepciones con la que puede dar cuenta la historia, precisamente con la misma producción de historicidad que envuelve el concepto de Estado. De ello, resulta necesario hablar sobre éste en su vertiente democrática, como forma institucionalizada de la representatividad de un pueblo, incluso como mecanismo que probadamente se ha levantado como el más idóneo en forma social y política, en mayor medida dentro de países occidentales. No basta hoy día con observar la conceptualización del mismo Estado, sino que, para el caso concreto de nuestro país, resulta imperioso hablar desde este panorama de representatividad social.

Si en lo general resulta complicado de tratar, mayormente complicado resulta el hacer alarde a una forma más de subdivisión que lo es la de Estado Constitucional y democrático, donde posiblemente se conjunte una dicotomía conceptual respecto de estos dos elementos; por un lado, la aparente libertad erigida en tintes de democracia<sup>1</sup> y, por el otro, la concepción de control normativo que brinda el orden del derecho por vía de la constitucionalización del ordenamiento. Es decir, una visión que contrapone la libertad social en la agrupación institucionalizada y el control decisional de esa misma libertad, encriptada en un mandamiento de rigurosa apreciación, so pretexto de salvaguarda de esa misma libertad discrecional de conjunción social, en la denominada constitución.

Para fines de la presente, el discurso que se pretende abordar va encaminado a la apreciación del modelo democrático de Estado, respecto a la creación del

---

<sup>1</sup> El uso de esta terminología que sitúa a la libertad como una forma aparente de apreciación dentro de la organización estatal de corte democrático puede apreciarse con mayor determinación en la obra de Ruipérez Alamillo, Javier, *Libertad Civil e Ideología Democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación Liberalismo-Democracia*, IJ UNAM, México, 2008.

denominado Estado Constitucional y Democrático de Derecho, dentro del cual se tratarán temas como el de democracia directa y democracia representativa, a guisa de arribar a la creación constitucional de esta forma de apreciación del Estado.

La finalidad primordial del presente capítulo es establecer un panorama genérico de la necesidad representativa del soberano, donde se establezcan las particularidades esenciales de un Estado de Derecho, cimentado en principios de representatividad que den legitimidad al mismo y, en razón de ello, se dé sustento constitucional que salvaguarde precisamente esos principios rectores.

Cabe aclarar que el modelo democrático sobre el que se conforma el presente escrito, es el correspondiente a la democracia de los modernos, la mejor llamada democracia representativa. No obstante ello, por considerarse indispensable, se realizará en breve recorrido por la apreciación de la democracia de los antiguos.

## 1.2 Democracia

Como ya lo mencionara Norberto Bobbio<sup>2</sup>, entre tantos doctrinarios de la teoría democrática, el hablar sobre este tópico sin limitantes, implicaría adentrarnos en un mundo por demás tratado en una diversidad de características, que resultaría infructuoso el siquiera tratar de dar cuenta de ellos, no sólo por ser una temática inspirada y desarrollada desde los antiguos<sup>3</sup>, sino porque la multitud de sub-teorías que desde la modernidad han sido producidas, ensanchan en mayor medida esta forma de gobierno; temas a partir de los cuales se han escrito seguramente la mayor cantidad de textos académicos desde tintes sociales y políticos, con una cantidad de tendencias tan amplias como las de los mismos textos publicados al respecto.

---

<sup>2</sup> Cfr. BOBBIO, Norberto, *El Futuro de la Democracia*, 3ra ed., Edit. Fondo De Cultura Económica, México, 2014.

<sup>3</sup> Al referirnos aquí a los antiguos, se hace alarde de autores específicos como Platón, Aristóteles, quienes centran sus posturas de la democracia en la *politeia*, como pronunciación primigenia de ésta; más como se ha comentado *supra* no es la intención de la presente retomar estas formulaciones, sino que nos centramos en el trato moderno de ella, en específico desde las corrientes contractualistas que nacen en específico con Rousseau.

El tratar a la democracia desde aquella percepción tradicional de los antiguos, como una captación del poder desde la esfera social, desde el poder del pueblo para autogobernarse, implica toda una gama desproporcional de teorías focalizadas a la centralidad y descentralidad del concepto mismo de poder y sobre el ejercicio no sólo legalizado sino legitimado de éste, incluso a debates concretos de términos como el de ciudadanía y ciudadano; otorgado a determinadas personas e incluso instituciones representativas encargadas precisamente de sobrellevar el gobierno de un Estado.

Sobre esta base conceptual, en la que se aprecia la aparición de un soberano encarnado en el pueblo mismo como titular inmediato de la decisión organizacional y gubernamental del Estado, es que ve nacimiento la democracia, no como un sistema estatal, sino como una forma de gobierno perteneciente a la moderna apreciación de organización política denominada Estado y que está configurada sobre la base contractual de su organización política más que territorial.

Respecto a esta forma del Estado moderno se gesta el pensamiento contractualista observable en la obra de Hobbes<sup>4</sup> y que con mayor razón postula y concretiza Rousseau, en su obra política de mayor preponderancia, situando a la organización social sobre la base de una relación contractual limitante de la libertad individual, que se traspolara a la imagen de una libertad colectiva con tintes político-organizativos.

Contractualismo que sitúa el tema democrático no sólo en perspectivas de *demos* y *kratos*, sino que, conlleva en su formulación, perspectivas de apreciación normativa de orden constitucional e institucional de la democracia como corolario necesario de este mismo orden normativo<sup>5</sup>. Panoramas que se enfocan en la

---

<sup>4</sup> Composición que puede apreciarse no sólo en su obra el *Leviatán*, sino también en *The Elements of Natural Law and Politics* (1640).

De igual forma hay que decir que el hecho de que Hobbes se pronuncie en anotaciones contractualistas, ello no lo hace ni el padre del mismo, ni mucho menos un decantador por la democracia, pues en fin próximo de sus obras da cuenta contraria a una postura al menos semejable a estas, sino por el contrario muy alejadas en su apreciación.

<sup>5</sup> Cfr. SALAZAR UGARDE, Pedro, *La Democracia Constitucional*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2011, p. 61.



generación del pensamiento liberal, en reproducción de una nueva teoría democrática, de la cual Rousseau se postra como su creador<sup>6</sup>.

Se advierte que, si bien la idea del contrato social resulta ser una metáfora del ideal democrático<sup>7</sup> moderno, situándose a la par del pensamiento contractualista que evoca las contradicciones nacientes a la luz de tesis iusnaturalistas observables en la construcción del Estado absolutista con Hobbes y su correspondiente crítica del pensamiento liberal en Locke, concluyendo precisamente con los fundamentos del gobierno del “todos”, como panorama democrático de Rousseau; no implica un apego homogéneo de la democracia apreciable en la actualidad, pues la imagen democrática de Rousseau lo era de tipo directa, más la postura actual es representativa.

Esta configuración contractualista del Estado, enfoca a la democracia como una forma de sociedad donde las relaciones dejan de ser inmutables y, por tanto, concretas; convirtiéndose en relaciones dinámicas sometidas a las constantes exigencias sociales sobre estándares de justicia, igualdad, legalidad y legitimidad, que en su conjunto constituyen el aparato organizacional del mismo, donde se conjuntan lo abstracto, tanto del aparato legal como del enfoque institucional del Estado de Derecho, que a decir de Cheresky<sup>8</sup> han sustentado el progreso democrático como elemento fortificador del Estado desde la ampliación de los derechos ciudadanos y el control normativo de los poderes fácticos, con lo que se aminoran las desigualdades y arbitrariedades perceptibles en la realidad contemporánea.

La democracia deja de lado el ser sólo una forma de Estado, contemplándose en consecuencia, como una forma de gobierno, e incluso, una forma de sociedad, que se traduce en que sus principios generadores de libertad e igualdad recobran

---

<sup>6</sup> En contra de esta postura en la que se considera a Rousseau como el teórico que si bien no crea la democracia moderna, si resulta ser su principal estudioso o al menos de los primeros encargados en establecer las bases de la democracia moderna, véase por ejemplo: HERMOSA ANDUJAR, Antonio en “El camino de Rousseau. De la democracia directa a la democracia representativa. Texto disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/26889.pdf>, [Consultado en fecha 27/01/2018]

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 113

<sup>8</sup> Cfr. CHERESKY, Isidro, *El nuevo rostro de la democracia*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2015, p. 15.

vitalidad y activismo en el tejido social y, en mayor medida, en el tejido político, dentro del cual se concretiza la idea de democratización estatal, implicando con ello que la representatividad soberana del pueblo se focalice tanto en la decisión ciudadana como en la competencia política del sujeto determinable.

Esta configuración de la democracia dista mucho de su genealogía, apreciándose una conformación mixta, en la que se compagina tanto el enfoque gubernamental, como el social. Incluso se culmina con una apreciación tripartita con la postura política, con lo que se estaría concretando la formulación contractualista de la democracia moderna<sup>9</sup>, pues debe decirse que, el orden político no resulta natural para el hombre en sociedad, sino que es resultado preciso de un régimen pactista que, a guisa de metáfora instituida en la realidad, implica un paso del estado de naturaleza en el que los hombres están considerados como liberados en sí mismos, ya sea en forma de hostilidad como pregonase Hobbes, o en aislamiento como aseverara Rousseau o bien en lazos sociales no necesariamente sometidos por ley como en Locke; a un estado de lo civil en el que impera un orden social y político que implica una organización estamental en la que se garantizan libertades, que aunque en cierta forma limitadas por un ordenamiento normativo, dan identidad y certeza jurídica a los sujetos pactantes.<sup>10</sup>

Hablando de democracia en este sentido, y entendida como contrapuesta a las diversas formas de gobierno autocrático es menester remitirnos a Bobbio<sup>11</sup> en el sentido de señalar que, resulta necesario considerarla como un conjunto de reglas fundamentales que permiten la procedibilidad de la misma como forma de gobierno y forma de percepción social, dentro de la cual se establezcan dos puntos indispensables en su configuración y operatividad; por un lado, reglas que establezcan quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y, por otro, bajo qué procedimientos tendrá que realizarlo. Pues sobre esta base pactista de la que se ha hablado, debe sostenerse que en esta forma de organización social se

---

<sup>9</sup> Así por ejemplo en SALAZAR UGARTE, *op. cit.*, p. 113.

<sup>10</sup> Véase para tal efecto a los autores en cita dentro de sus obras a decir: Thomas Hobbes en *El Leviatán*; Rousseau en *El contrato social*; y John Locke en *Segundo tratado el gobierno civil*.

<sup>11</sup> BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p. 24.

lleva la finalidad de conjugar la idea de libertad individual con la de libertad e igualdad colectiva, teniendo que tomarse para ello decisiones que impliquen obligatoriedad para todos los miembros de la sociedad, teniendo que ponderarse –en palabras del autor en cita–, la sobrevivencia tanto al interior como al exterior del grupo.<sup>12</sup> La organización es el único medio para llevar adelante una voluntad colectiva.<sup>13</sup>

Dentro de este modelo, es menester que las libertades individuales de los sujetos pactistas se vean limitadas precisamente en su individualidad, haciendo nacer para el efecto, la libertad e igualdad colectivas, permitiendo el desarrollo representativo de la sociedad, dentro del cual no será el mismo grupo en su conjunto quien decida u opere, sino que habrá de ser una persona o un cierto grupo de ellas, quienes decidan la postura colectiva que las libertades individuales habrán de poseer.

Para que esa decisión individual tomada por los diversos sujetos constitutivos del pacto pueda ser considerada como una decisión colectiva, debe existir la precisión de estas reglas fundamentales que fijen quién o quiénes están autorizados a tomar tales decisiones que deberán ser entendidas para la totalidad de la sociedad y con qué procedimientos habrán de legitimarse tales facultades de decisión<sup>14</sup>. Por consiguiente, la democracia entendida así en Bobbio, sería precisamente un conjunto de normas fundamentales de orden procedimental para la formación de decisiones colectivas.

Esta visión de democracia puede considerarse como correspondiente, de manera inicial, con una postura liberal del siglo XVIII, de aquellas razones revolucionarias concentradas en el derrocamiento del Estado absolutista y naciente sin duda de posturas ideales de *libertad, igualdad y fraternidad*, sin embargo, la idea

---

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto, “Decisioni individuali e collettive”, en *Ricerche politiche due (Identità, interessi e scelte collettive)*. Il Saggiatore, Milán, 1983, pp. 9-30.

<sup>13</sup> MICHELS, Robert, *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Vol. 1, Edit. Amorrortu, Argentina, 2001, p. 67.

<sup>14</sup> BOBBIO, Norberto, *El Futuro de la Democracia*, *op. cit.*, pp. 24 y 25.

de democracia moderna como forma de gobierno y de sociedad, surge y se difunde en el siglo XX<sup>15</sup>.

El hablar de democracia moderna sólo puede concretizarse allá donde el sufragio sea realmente universal y, que a diferencia del liberalismo observable en la Francia Revolucionaria y en los Estados Unidos de América en el siglo XVIII, todos los individuos ciudadanos mayores de edad puedan ejercitar precisamente ese derecho al voto, sin mediar limitación alguna más allá de las que la propia norma constitucional establezca para casos concretos no dirigibles en ningún momento como formas de discriminación, pues ningún régimen político que se diga democrático puede a la vez ser excluyente, por el contrario “debe saber, y querer, incluir”.<sup>16</sup>

Ejemplo contundente de esta evolución de la democracia de los modernos respecto de la de los antiguos, puede focalizarse a este aspecto de la exclusión y/o inclusión, en la que el término dado por Aristóteles de *zôon politikón*,<sup>17</sup> sitúa la principal causa de exclusión, apreciable en Atenas, la más democrática de las *pólis* griegas, donde tiene cabida la segregación de todos aquellos que no tuviesen la calidad de ciudadanos y, por tanto, se consagra una imposibilidad material, lejos de legal, de poder participar en las decisiones colectivas, situación que pone entre dicho la realidad aplicativa de una democracia entendida en términos modernos, sin conceder con ello una negación a la génesis de ésta dentro de la Grecia antigua.

..., la definición aristotélica del hombre como animal político (*zôon politikón*) no se refería a ningún presupuesto derecho natural de ciudadanía como algo que todo miembro de la especie humana poseyera de nacimiento. Desde luego, el linaje familiar (*génos*) resultaba decisivo para poder disfrutar de la igualdad ante la ley con respecto a los semejantes (*isonomía*).<sup>18</sup>

En esta democracia de los antiguos, todo individuo quiere pertenecer y formar parte de la *pólis*, precisamente ésta como fundamentación del término ciudadanía,

---

<sup>15</sup> SALAZAR UGARTE, Pedro, *op. cit.*, p. 123.

<sup>16</sup> PASQUINO, Gianfranco, “Democracia, Elecciones, Partidos”, en *La Democracia en nueve lecciones*, Ed. Michelangelo Bovero y Valentina Pazé, Edit. Trotta, España, 2014, pp. 30-31.

<sup>17</sup> Cfr. ARISTÓTELES, *Política*, Edit. Gredos, España, 1994.

<sup>18</sup> RUIS, Mercè, “El ciudadano sin atributos”, en *Democracia sin ciudadanos*. La construcción de la ciudadanía en las democracias liberales, Ed. Victoria Camps, Edit, Trotta, España, 2010, p. 18.

entendiéndose para el efecto que la entrada en ella sólo puede lograrse a través de su posición de *zôon* como mecanismo de sociabilidad natural de los humanos, en captación de voluntariedad de pertenencia a un orden político<sup>19</sup> que se verá regido indiscutiblemente por las leyes nacientes de esa *pólis* selectiva y excluyente del *todos*.

Derivado de esta evolución, es que Sartori en forma por demás acertada se pronuncia manifestando la existencia de una doble visión de la democracia, por así decirlo, de dos recorridos tajantes: por un lado, aquella *democracia ideal*, situando su postulado en el mundo del deber ser, de aquello que teóricamente habría de representarse en la realidad como mecanización concreta de lo que se espera de una forma de gobierno; y por otra, una *democracia real*, de aquella forma de implementación práctica de ésta en un tiempo y en un lugar determinado, que las más de las veces dista mucho de la generación doctrinaria que se pretendería apreciar de facto.<sup>20</sup>

Lo que no debe perderse de vista, es que en cualquiera de estas dos visiones, ya ideal o real, lo que nunca deja de estar como elemento fundamentador es la existencia de las personas, elemento que implica en sí mismo la diferencia más tajante de aquello que se dice democracia, que lo es la diversidad, pues cada forma gubernamental social, política, incluso cultural que se diga ser democrática, está supeditada al dinamismo social concentrado en un espacio y un tiempo determinado. Por tanto, “la democracia hoy día no puede ser simplemente un modo de organización política, sino también una cultura, una cosmovisión y hasta un modo de convivencia pacífica”.<sup>21</sup>

Ante esta conclusión de Sartori, podemos decir que en efecto, aun cuando en la Grecia antigua las reglas políticas apreciables en el régimen democrático no eran del todo homologables a las consideradas para la forma democrática de los modernos, ello no puede en ningún momento restar valor a su apreciación

---

<sup>19</sup> *Ídem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>21</sup> AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (Coord.), *La Democracia en el Estado Constitucional*, Edit. Porrúa, México, 2009, p. XII.

organizativa del gobierno del "todos" en cuanto ciudadanos, puesto que los enfoques de democracia concebida en la modernidad obedecen en todo momento a la generación del Estado Democrático de derecho que poco tiene que ver con aquellas ciudad-Estado observables en tiempos y lugares que distan de los actuales.

En esta gama de ideas en las que centramos la génesis de la democracia moderna a partir del Estado liberal, tendremos que decir que es éste tanto el supuesto histórico como jurídico del Estado Democrático, único Estado en el que podemos situar la imagen de democracia como involucramiento del *todos* en condiciones de igualdad y libertad, no sólo sociales sino incluso políticas, pues como lo manifestara Bobbio "el Estado liberal y el Estado Democrático son interdependientes en dos formas: 1) en la línea que va del liberalismo a la democracia, en el sentido de que son necesarias ciertas libertades para el correcto ejercicio del poder democrático; 2) en la línea opuesta, la que va de la democracia al liberalismo, en el sentido de que es necesario el poder democrático para garantizar la existencia y la persistencia de las libertades fundamentales".<sup>22</sup>

Un Estado que se diga ser liberal y que pretenda en todo momento la participación de la totalidad de sus integrantes, tendrá que ser siempre un Estado Democrático, mediante el cual pueda cobrar vigencia esa participación en tendencias de consenso y disenso social. Por su parte, todo Estado que pugne por ser democrático, necesariamente tendrá que ser a la vez liberal, con lo cual se garantizaría en forma contundente la protección jurídica de las libertades e igualdades tanto sociales como políticas.

Tanto el estadio liberal como democrático, necesitan un fundamento que amalgame ambas posturas. Éste resulta ser el Estado de Derecho, dando como corolario el Estado Democrático de derecho; que en palabras de Bobbio implica una clara interdependencia entre tipos de Estado, de la cual da cuenta la historia misma

---

<sup>22</sup> BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

en el hecho de que cuando el Estado liberal y el Estado Democrático caen, caen juntos.<sup>23</sup>

Entendida a la democracia moderna naciente dentro del Estado Democrático de derecho, podemos establecer que ésta implica precisamente el involucramiento de todos en condiciones de igualdad en el proceso de producción de una voluntad general, en la que se da una inclusión del pueblo en la ciudadanía, considerando en todo momento al sujeto social, como sujeto activo en la forma política de la organización; concibiendo por tanto que, la soberanía le corresponde en todo momento al pueblo en su totalidad y concluyendo que para tal efecto el pueblo es por un lado el poder constituyente, más por otro lado, es indispensable que éste se vea representado como soberano por una institución constituida mediante el poder del mismo, correspondiéndose hacia la democratización del Estado absoluto.<sup>24</sup>

Por otro lado, este tipo de democracia, sólo puede configurarse sobre el Estado de Derecho, específicamente constitucional, pues como ya se ha dicho, se han generado incluso democracias como la de los antiguos que no garantizaban las libertades e igualdades sociales en forma totalizadora, sino sólo basándose a perspectivas de ciudadanía, situación que dentro de la democratización estatal no puede ser permitida, pues la democracia necesita como pilar fundamental la opinión pública crítica que lleve al debate del censo y consenso, en forma amplia y difundida, que sólo se logra mediante la instauración de aquellas reglas procedimentales, cual si se tratase en su momento como reglas de un juego político, como pregonase Bovero.

Un juego que lejos de instaurar una injerencia meramente social, lleva consigo matices configuradores de participación política, derivada de la configuración gubernamental que implica la democracia. Lugar donde se tiene que establecer las reglas sobre las cuales tendrá verificativo tal gobierno, lo que nos sitúa en el campo de la democracia representativa, en la que los todos no pueden ser los sujetos que

---

<sup>23</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 27.

<sup>24</sup> Cfr. GALLI, Carlo, *El malestar de la democracia*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2013, p. 27.

tomen y lleven a cabo las decisiones colectivas, sino que tendrán que decidirse quién o quiénes serán los encargados de tal tarea, parte en la que el Estado liberal mediante la creación normativa garantizará su adecuación política.

Reglas centradas en decisiones participativas y de resguardo de libertades políticas, que en su momento enunciara Bobbio en su Teoría general de la política,<sup>25</sup> manifestando la ideología democrática hacia tendencias universales de orden procedimental. Estos procedimientos universales que caracterizan a la democracia, esencialmente son los siguientes:<sup>26</sup>

- Todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción de raza, religión, condición económica y sexo, deben disfrutar de los derechos políticos, es decir, cada uno debe disfrutar del derecho de expresar la propia opinión y de elegir a quien la exprese por él;
- El voto de todos los ciudadanos debe tener el mismo peso;
- Todos los que disfrutan de los derechos políticos deben ser libres para poder votar según la propia opinión formada lo más libremente posible, en una competición libre entre grupos políticos organizados en concurrencia entre ellos;
- Deben ser libres también en el sentido de que deben ser puestos en la condición de elegir entre soluciones diversas, es decir, entre partidos que tengan programas diversos y alternativos;
- Tanto para las elecciones como para las decisiones colectivas, debe valer la regla de la mayoría numérica, en el sentido de que se considere electa o se considere válida la decisión que obtenga el mayor número de votos;
- Ninguna decisión tomada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, en especial el derecho de convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones.

---

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, Ed. Michelangelo Bovero, Edit. Trotta, España, 2009, pp. 449-462.

<sup>26</sup> *Cfr. Ibídem*, p. 460.



Esas decisiones participativas y de resguardo de libertades políticas, podrían verse ampliadas en la actualidad. La modernidad y la globalización han traído consigo todo un entramado de mecanismos sobre los cuales las libertades de participación se han acentuado, en específico para aquellas generaciones cuya participación se aprecia a partir del uso de tecnologías de la comunicación y redes sociales.

Desprendido de ellas, minorías que se creían inertes y alejadas de los asuntos políticos del Estado se han vuelto un motor fundamental de la libertad de expresión y la constante crítica contra el sistema gubernamental. Parte fundamental para poder hablar de una democracia participativa en el modelo representativo de ésta. En consecuencia, el respeto a esta pluralidad derivada de la participación ciudadana, tendría que verse como uno más de esos principios fundamentales de toda democracia representativa.

Es el juego político<sup>27</sup> el que enaltece la pertenencia de los principios de igualdad y libertad, tanto social como política, haciendo de la democracia, ese estadio del régimen de la igualdad política y de la libertad política.<sup>28</sup> Naturaleza que se desprende incluso de postulados de los antiguos, donde se precisa que la democracia en ningún momento puede ser contemplada desde posturas jerárquicas emanadas desde arriba, pues la democracia tiene que ser un régimen donde las decisiones colectivas y las normas vinculantes de la sociedad deben en todo momento nacer desde abajo, desde aquel soberano que ha sido representado por las instituciones estatales, lugares en donde la totalidad tiene el derecho de participación política en las decisiones colectivas, decisiones opositoras a cualquier forma de oligarquía o aristocracia.<sup>29</sup>

Sin embargo, este juego político sólo será democrático allá donde las reglas instauradas para su procedibilidad sean respetadas y seguidas conforme las decisiones colectivas tomadas, puesto que, si en dado caso llegasen a ser aplicadas

---

<sup>27</sup> Cfr. BOVERO, Michelangelo, “¿Crepúsculo de la Democracia?”, en *La Democracia en nueve lecciones, op. cit.*, pp. 16 y ss.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>29</sup> *Ídem*.

incorrectamente, ya desde intereses personales de élites o de sujetos determinados, ello no podría en ningún momento ser considerado democrático, pues se estaría arribando a una desnaturalización de las figuras político-representativas, en términos de desdemocratización, que llevarían inevitablemente a la caída de la democracia y a la violación de los principios protectores del Estado Democrático de derecho.

Esta situación que no resulta para nada ajena a la realidad del Estado mexicano, en el que la democracia ha dejado de ser una forma político organizativa nacida desde el soberano y ha pasado a ser sólo una forma de ponderación decisional desde las élites partidistas. Una degeneración democrática que desde la Grecia antigua planteaba Sócrates en su visión de cuerpos ocultos de gobernabilidad.

Sobre este panorama puede decirse que las democracias sólo pueden encontrarse en Estados de derecho, democracias liberales que han producido toda una gama proteccionista de derechos civiles, políticos y sobre todo sociales, mismas que han sido erigidas sobre el valor inalienable del sujeto en sociedad, lugar en el que todos los individuos gozan de la misma dignidad, con lo que se recupera aquella igualdad de condiciones, facultándoles su posición activa en los asuntos públicos.<sup>30</sup>

Democracia que da cuenta de la transformación histórica del pueblo respecto de sus relaciones económicas y de la historicidad con la que se ha contemplado la soberanía de éste. De igual forma, ha hecho pronunciamiento respecto de la historia misma del Estado moderno y, por consiguiente, de la evolución proteccionista de los denominados derechos humanos de los sujetos sociales, enmarcados sobre el concepto de dignidad que reproduce la protección de libertades e igualdades, por tanto, haciendo del pueblo un todo<sup>31</sup> en sí mismo. Se logra así, una democratización de la vida tanto social como política, mediante un enfoque social hacia la voluntad constitucional, con lo que se contempla a esta forma de gobierno naciente dentro de un Estado de Derecho.

---

<sup>30</sup> Así también referido a la democracia moderna en: SALAZAR UGARTE, Pedro, *op. cit.*, p. 125.

<sup>31</sup> GALLI, Carlo, *op. cit.*, p. 37.

Por otro lado, el panorama garantista que guarda la democracia moderna y sus formas de conjunción política implican en sí mismas el mayor peligro democrático dentro del Estado de Derecho, puesto que, el no acatamiento de las reglas del juego político que se sigue, implicaría la devastación de los principios generadores de la misma democracia, pues son concretamente estas reglas las encargadas de fijar los límites sobre los que se debe reproducir el mandato representativo de aquellos que han sido electos por la voz del soberano, convirtiéndolas en condiciones de ella, con lo que se podría decir, “que *si* estas reglas encuentran acomodo y efectiva aplicación en la vida política de una colectividad, *entonces* esta colectividad podrá ser reconocida y designada como democrática”.<sup>32</sup>

He aquí uno de los puntos de quiebre de la democracia moderna en este aparejo de reglas procedimentales. Históricamente ningún régimen político que se diga democrático, ha podido seguir en esencia todas las reglas prescritas para ello y, por tanto, válido resulta el hablar de regímenes más o menos democráticos,<sup>33</sup> cual si se estuviese hablando de un parámetro democratizante de los Estados. Sin duda puede observarse incluso ya desde Rousseau cuando en su Contrato Social manifestara que las razones por las que una verdadera democracia nunca podrá existir en su dimensión ideal, se debe a que para ello se requeriría la existencia de un Estado muy pequeño dentro del cual sea fácilmente reconocible un ciudadano respecto del otro y en el que el pueblo mismo sea fácil de congregarse.<sup>34</sup>

Allá donde existan Estados en los que las reglas sean menoscabadas y utilizadas en favor de intereses particulares, lejos estaríamos de llamarlos democráticos, sino, nunca mejor dicho, aristocráticos, en las que las formas de gobierno como lo adujera Rousseau<sup>35</sup> están dadas por minorías que controlan el poder representativo del *demos*, conformando en ellos mismos el cuerpo electoral,

---

<sup>32</sup> BOVERO, Michelangelo, *op. cit.*, p. 19.

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto, “Democrazia”, en *Dizionario di politica*, Ed. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, Edit. UTET, Turín, 2004, p. 304.

<sup>34</sup> Véase al respecto, ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, Libro III, Cap. IV, De la democracia.

<sup>35</sup> *Ídem.*

correspondiéndose con lo que hoy llamaríamos elitismo democrático. Que en palabras de Isócrates se diría que son regímenes mixtos entre democracia y aristocracia, ya que en ellos la designación de los cargos se presenta no por sorteo, sino por elección entre candidatos previamente designados.<sup>36</sup> Ante esto, Kelsen manifiesta que “no media gran diferencia entre la aristocracia de un monarca hereditario, legitimada por la fórmula de la representación, y la pseudo-democracia de un emperador electivo.”<sup>37</sup>

Acertada razón tendría Bobbio que, en comentario a François Revel, señala “mientras un Estado Democrático viva en una comunidad a la que pertenecen Estados no democráticos y esa misma comunidad sea no democrática, aún el régimen de los Estados democráticos será sólo una democracia incompleta”,<sup>38</sup> democracia que no se configuraría ya como la antítesis de formas autocráticas de poder, permitiendo con ello su degeneración en sí misma en la que el poder se ve fragmentado e inclinado en mayor medida a esos pequeños grupos organizados que representan al pueblo como ciudadanía, colocando el estandarte democrático en aquellas élites, en un régimen de partidocracias antidemocráticas, negando con ello el fundamento ético de la democracia radicado en la autonomía del individuo colectivo.

Este paso histórico de la concepción de ciudades-Estado, al denominado Estado territorial, en la que el pueblo como soberano ha de decidir y establecer el quién y el cómo de las reglas fundamentales, es lo que ostenta la mayor diferencia entre la democracia de los antiguos y la de los modernos, entendida la primera de ellas como una democracia directa, mientras que la democracia de los modernos resulta ser del tipo representativa. Cuando se habla de un proceso de democratización se debe entender como lo señalase Hans Kelsen, la aplicación de un método de selección de dirigentes,<sup>39</sup> que bien puede traducirse en elecciones.

---

<sup>36</sup> Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoría General de la política*, op. cit., p. 403

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 403.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 416.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 402.

Así para los antiguos, la democracia debiese seguirse en forma directa respecto de la opinión pública de todos los ciudadanos, situándose estos en una asamblea en la que eran llamados a debatir los asuntos de la *pólis*, en efecto, un poder del *demos*, que se separa de la actual forma de democracia representativa que se insta mediante el poder de los representantes del *demos*, desconociendo los procesos electorales, pues ante ello aseveraban que la representación no distaba de la monarquía o la aristocracia que podría apreciarse en centros organizados de poder, dejando a la elección solamente como una forma útil y necesaria de poder directo del pueblo que se usaba como la excepción respecto de la regla.

En ambas formas de democracia, las relaciones de participación y elección son invertidas, mientras para la democracia moderna la elección es la regla, la participación se conduce hacia la excepción, con la salvedad en determinados casos en el uso de mecanismos ciudadanos de participación como lo es el referéndum o la consulta popular. Por su parte, para la democracia de los antiguos la regla inminente era la participación directa de los ciudadanos, dejando relegada la elección. O lo que es lo mismo, “la democracia de hoy es representativa, a veces complementada por formas de participación popular directa; la de los antiguos era una democracia directa, a veces reforzada por la elección de algunas magistraturas”.<sup>40</sup>

En este andamiaje de características, Robert Dahl<sup>41</sup> señala que la democracia es “el sistema político entre cuyas características se cuenta su disposición a satisfacer entera o casi enteramente a todos sus ciudadanos, sin importar [...] si ese sistema existe hoy en día, ha existido alguna vez, o puede darse en el futuro”.<sup>42</sup> En consecuencia, es pertinente establecer las oportunidades que ésta ofrece como exigencias mínimas de esta forma de gobierno; en primer lugar, menciona que es necesario garantizar la participación efectiva de la totalidad de los ciudadanos en vida política de la sociedad; como segunda oportunidad está la garantía de igualdad de votos, mediante la universalidad del sufragio; en tercer lugar el logro de la

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 404 y 405.

<sup>41</sup> DAHL, Robert, *¿Qué es la Democracia?*, texto disponible en: <http://webs.ucm.es/info/cpuno/asoc/profesores/lecturas/dahl.pdf>, [Consultado en fecha 25/01/18].

<sup>42</sup> DAHL, Robert, *La Poliarquía. Participación y Oposición*, 2ª. Ed., Edit. Tecnos, España, 2002, p. 13.

comprensión ilustrada, consistente en la oportunidad igualitaria y efectiva de que la totalidad de la sociedad pueda ilustrarse para la comprensión de las políticas impulsadas y sus inmediatas repercusiones; la cuarta exigencia la nombra como control de la agenda que implica que los ciudadanos tengan en todo momento el control sobre qué y cuáles han de ser los puntos que deban instaurarse en la colectividad y en último punto se decanta por la inclusión de los adultos en los quehaceres políticos de la sociedad.

Hasta este punto dejaremos el tema de la democracia como forma genérica de gobierno y sociedad que ya se adelantaba a comienzos del presente, para pasar al análisis de la democracia directa y la democracia representativa, señalándose que no es el objetivo de la presente, realizar un estudio exhaustivo de las mismas, más sí necesarias para hablar sobre el Estado Democrático de derecho y las inmunidades parlamentarias al objetivo analógico que se pretende arribar, esto en relación a que como ya se dijo, las democracias como hoy día se comprenden sólo pueden existir en Estados de derecho, dentro de los que el orden normativo sea el encargado de garantizar los derechos civiles, políticos e inminentemente los sociales.

### *1.2.1 Democracia Directa*

El concepto de democracia directa es homóloga a la designada como la democracia de los antiguos gestada en los siglos IV y V a.C., dentro de la política occidental naciente en la Grecia antigua, específicamente en Atenas, un modelo que exalta la participación de los ciudadanos en la cosa pública, siendo producto de las relaciones bélicas nacidas en las ciudades-Estado, que compensaban su poder por medio de tres instituciones básicas; un ejecutivo central, un consejo oligárquico y una asamblea general de ciudadanos.<sup>43</sup>

Debe entenderse que esta forma de democracia nace esencialmente en la división sociológica de la propiedad y el clasismo, en la que se pondera como

---

<sup>43</sup> TILLY, Charles, *Democracy*, Edit. Akal, España, 2010, p. 58.

ciudadano a aquellos sujetos nacidos en el Ática<sup>44</sup> provenientes de familias originarias, instaurando ante ello un margen de exclusión social respecto a todos aquellos extranjeros ajenos al centro de la ciudad, así como a los esclavos, mujeres y niños,<sup>45</sup> siendo únicamente los varones mayores de edad quienes podían suponer el estatus de ciudadanía. Por tanto, se puede decir que si bien existe una organización política que funciona acorde a una participación directa de la sociedad, cierto es que para ésta sólo una fracción de la sociedad puede tomar parte en las decisiones colectivas, no existiendo la inclusión de la totalidad de la *pólis*. Denominándose a sí mismos los atenienses como *demokratia*, es decir, como gobierno del pueblo.

Aquí el *demos* es el encargado de las decisiones que se instauran en la organización política tomadas en plazas o asambleas, en las que los ciudadanos eran llamados al debate abierto mediante la libertad de opinión como *isegoría*, donde eran los tribunales populares quienes juzgaban los delitos políticos, un gobierno de pocos, de ricos; caracterizado por la participación directa de aquellos considerados como ciudadanos,<sup>46</sup> que decidían la vida colectiva de los todos.

El poder ciudadano era completo, nada podía deliberarse sin la opinión de los ciudadanos, deliberaciones que eran libres, posibilitada por órganos específicos garantes de la ejecución y administración de las decisiones políticas. Así, en la democracia directa ateniense el pueblo era soberano a través de la Asamblea siendo ésta la que gobernaba de hecho, “puesto que la voluntad estatal era directamente creada por resolución mayoritaria de los ciudadanos reunidos”.<sup>47</sup> En la Asamblea soberana, aun cuando los ricos y los que pertenecían a familias de destacado linaje poseían ciertos privilegios políticos, “cada ciudadano, ya fuera patricio o nuevo rico, rico o no tan rico, tenía voz y una relación más o menos igual con el Estado”.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> Cfr. CHERESKY, Isidro, *op. cit.*, p. 181.

<sup>45</sup> TILLY, Charles, *op. cit.*, p. 58.

<sup>46</sup> SALAZAR UGARTE, *op. cit.*, p. 109.

<sup>47</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, 5ta ed., Edit. Coyoacán, México, 2015, p. 435.

<sup>48</sup> TILLY, Charles, *op. cit.*, p. 59.

Estos dos semblantes de la democracia ateniense son los que argumentan a favor de colocarla como preámbulo de las democracias modernas, ya que en primer término crean un modelo de ciudadanía sin antecedentes dentro de las ciudades-Estado. Y, en segundo lugar, al existir un consejo oligárquico se aprecia un régimen de responsabilidades civiles que se llevaba con base en la selección de magistraturas, instaurando con ello un claro principio democrático de igualdad de derechos y deberes.

No sólo el modelo de ciudadanía y la selección de representantes civiles son lo que sitúa a esta Atenas como la más democrática de las *pólis* antiguas, sino con mayor ahínco, el establecer por vez primera un modelo de relación como nexo de igualdad con el Estado, donde se cuenta con facultad de voz y voto frente a sus semejantes. Una relación de consulta mutuamente vinculante.<sup>49</sup>

Más, en oposición, se encuentran los postulados del pensamiento socrático y aristotélico, mismos que se gestan en la búsqueda de la forma ideal de gobierno que medie entre la adecuada organización política y la conformación activa de los asuntos de la *pólis*, en la que todos los *ciudadanos* tenían del derecho de decisión sobre la adecuada administración política. En esa crítica del modelo ateniense, Platón señalaba que la democracia estaría en los hombres honrados a los que margina y empobrece la oligarquía, concretando a la democracia sobre los principios reales de igualdad y libertad, crítica que se realiza hacia un modelo que debiese ser integrador, lejos de disociador de lo social.

A partir de Platón<sup>50</sup> se comienza con la desacreditación de la democracia directa mediante el uso de juicios negativos hacia el gobierno popular, aduciendo una clara formación de incompetencia, incapacidad, intolerancia e ignorancia de las masas populares para autogobernarse. La democracia directa era declinada como una buena forma de gobierno, en el sentido de que si bien en decisiones populares cualquier persona podía opinar, en las que atendían a funcionamiento de la *pólis* sólo algunos estaban autorizados para hacerlo, aquellos considerados como depositarios

---

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> Al efecto véase: PLATÓN, *La República*, Edit. Alianza, España, 2003.



de lo que Aristóteles llamase *tecné polotiké*,<sup>51</sup> como fundamento de la vida política del ciudadano, aquel que era apto para participar de lo político en miras de la vida buena y justa. Apostando por una autarquía en la que se constituyese una comunidad política de ciudadanos libres orientada a la finalidad del vivir bien, es decir, conforme a la virtud y a la justicia.<sup>52</sup> Como lo señalase Aristóteles en *La Política*, “ciudadano es el que participa del gobernar y ser gobernado, en cada régimen es distinto, pero el mejor es el que puede y elige obedecer con miras a una vida conforme a la virtud”.<sup>53</sup>

En este contexto se plantea irremediabilmente el papel del pueblo dentro de las decisiones políticas mediante la interrogante ¿qué tipo de poder debe tener el pueblo?, pues si se comprende el término democracia, específicamente como lo es su raíz etimológica en el entendido de un poder del pueblo, todo aquello que no sea así, sería todo menos una democracia, como es el caso ateniense. Precisamente en este panorama es que los pensadores en cita contraponen a la forma gubernativa de la democracia, en el entendido de que, si todo el pueblo decidiera, el mismo no podría ejercer el poder, pues se conduce actuando en forma irracional. La democracia, dice Aristóteles, corre el riesgo de convertirse en demagogia y, por lo tanto, la mejor forma de gobierno no sería la democracia, sino el gobierno de la *politeía*, es decir, de la buena *pólis*.<sup>54</sup>

La democracia de los atenienses no puede ser denominada como una democracia directa, a lo sumo podría configurarse como semidirecta, derivado de la exclusión correspondiente al término de ciudadanía adoptado, sin embargo, ello no puede implicar no ser configurada como el preámbulo de la democracia directa, pues tiene que enaltecerse que este régimen tenía como sustento la expresión ciudadana directa, como mecanización de una igualdad consagrada en el asambleísmo, considerado éste como el poder del todos, postura que a decir de Bernard Manin es

---

<sup>51</sup> Ciencia de la Política o arte de hacer política conforme a la virtud.

<sup>52</sup> AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *op. cit.*, p. 48.

<sup>53</sup> ARISTÓTELES, *Política*, 1, 1275; cita en: AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique, *op. cit.*, p. 48.

<sup>54</sup> PASQUINO, Gianfranco, *op. cit.*, p. 32.

la actividad política y forma participativa del gobierno, lo que constituye una de las formas más altas de excelencia humana.<sup>55</sup>

Hasta este punto dejaremos el tema de la democracia de los antiguos para seguir con el trato de la democracia que puede decirse existente en nuestros tiempos, la democracia de los modernos o representativa,<sup>56</sup> pasando brevemente por el estadio de ésta como soberanía que encuentra su formulación en el pensamiento contractualista de Rousseau, en la que puede hablarse junto con el estado liberal de una construcción normativa sobre la que se ciñe el gobierno del pueblo.

### 1.2.2 Rousseau. Entre antiguos y modernos

Resulta común estimar que el ideal democrático de la modernidad se sitúa en el pensamiento contractualista y la versión liberal del Estado que conlleva a la constitucionalización del orden normativo, mismo que se concreta a la percepción del pacto social como el cimiento sobre el que descansa la democracia y, por tanto, como consolidación de la ciudadanía en términos de soberanía acorde a los postulados rousseauianos.

Menester es hacer mención aun, en forma breve, a este postulado en el que el pensamiento de Rousseau marca el hito necesario para hablar de democracia aún en sus contraposiciones con el liberalismo político que respalda el ideal constitucional y más cuando en éste, la democracia moderna poco compagina con su propuesta de forma de gobierno, pues de hecho puede decirse que su visión se compagina de mejor forma con una democracia de tipo directa, en la que todos los integrantes de la colectividad –soberanos– son los dirigentes principales del gobierno, toda vez que se ven dentro del contrato social.

La idea de mayor peso sobre la teoría del pacto social, estriba en la forma en que Rousseau concibe al hombre en el estado de naturaleza, con características

---

<sup>55</sup> MANIN, Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, Edit. Calmann-Lévy, París, 1995. *Los Principios del gobierno representativo*, Edit. Alianza, Madrid, 1998.

<sup>56</sup> A mayor abundamiento del éste tema, véase: STUART MILL, John, *El Gobierno Representativo*, Edit. Tecnos, España, 2007.

concretas de autogobierno, de hombre aislado capaz de gozar a su antojo de todas sus libertades, en el que la única limitante en su vida es la concepción de la fuerza como derecho y la obediencia como deber en una lucha constante, un hombre que nunca ha tenido en cuenta más que su persona en lo individual y, por tanto, nunca se ha imaginado en sociedad con otros hombres. Ante ello propone una imagen diversa, en la que ahora ese hombre individual y autosuficiente del estado de naturaleza, opta por decisión propia, cambiar a un estado civil, un estado de paz y convivencia plural, creado mediante el contrato social, es decir, la aparición de una sociedad civil. Cambio que no necesariamente es pacífico, pues encuentra condiciones que llevan al desorden y que sólo mediante esa contratación social puede llegarse a la construcción de la República.<sup>57</sup>

Como lo menciona Rousseau, en este paso de lo natural a lo civil, se priva en efecto al hombre de muchas de sus libertades y ventajas naturales, mas gana en cambio muchas ventajas en el que sus facultades se verán ejercitadas, convirtiéndose en un hombre inteligente y ya no más un animal estúpido y limitado.<sup>58</sup> Pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea, ganando en cambio la libertad civil concebida en circunstancia de la voluntad general y en consecuencia, el derecho de pertenencia material, es decir, el derecho de propiedad privada y que fuese efecto de la fuerza o del derecho del primer ocupante que ahora se ve concretada normativamente mediante un título positivo.

Sin embargo, este cambio a una sociedad civil implica en sí misma una forma de control no dada por la fuerza de los integrantes, sino por el consenso de todos mediante la voluntad general que se ha creado como suma de fuerzas de aquellos hombres de naturaleza, en la que se pondera la libertad de cada hombre y que requiere del mecanismo normativo del contrato social para garantizar ese estadio. Contrato social fundamentado en la necesidad de encontrar una forma de asociación que defienda y proteja a la persona y los bienes de cada asociado, consiguiendo con

---

<sup>57</sup> Cfr. ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

<sup>58</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, Libro I, Cap. VIII, Del estado civil.

ello la unificación de todos hacia la finalidad de concretar las libertades generales mediante la enajenación del hombre individual hacia la consagración del *yo común*.

Situación que resulta indispensable dentro del contrato social cual cláusula normativa, que implica la unión total de cada asociado en la que se incluya la totalidad de sus derechos, hacia la comunidad entera, con lo que se posicionaría a cada asociado en un margen de igualdad, en la que ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás, una unión sin reservas sin la cual sería inminente el retroceder al estado de naturaleza convirtiendo a la sociedad sembrada en una tiranía. Cláusula determinante que implica que “cada cual pone en común su persona y su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y cada miembro es considerado como parte indivisible del otro”.<sup>59</sup>

Rousseau plantea no sólo la alienación de los derechos naturales individuales, sino que con ello, crea a la par el cuerpo normativo del *yo común*, válido en la voluntad general, no limitando el poder, sino distribuyéndolo de forma igualitaria entre todos los contrayentes de la sociedad civil, que bien pudiese ceñirse al estandarte de una democracia directa en la que el poder se distribuye sin limitantes, quedando el poder en manos de un soberano colectivo, es decir, en cada uno de los individuos que en su conjunto forman la soberanía, mediante la mecanización normativa que en su conjunto se han obligado a seguir, por vía de este contrato social. Democracia vista como el derecho de los ciudadanos de verse incluidos de manera directa en la toma de decisiones políticas.<sup>60</sup>

Con esta formulación, que cobra vigencia la imagen de una libertad colectiva, en la que cada uno no obedece más que a sí mismo, pues cada uno es el propio beneficiario de las normas que colectivamente se han establecido, permaneciendo tan libres como antes. Libertad que se alcanza cuando cada hombre se obliga a acatar las leyes que él mismo ha contribuido a crear, teniendo éstas un valor absoluto e ilimitado, el valor de ser leyes emanadas del cuerpo soberano, mismo que

---

<sup>59</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, Libro I, Cap. VI, Del pacto social.

<sup>60</sup> KAUFMANN, Bruno, *Guía de la democracia directa, en Suiza y más allá*, Instituto para la Iniciativa y el Referendo en Europa (IRI), Ginebra-Bruselas, 2008, p. 10.

no tiene ni puede tener interés contrario al de los particulares; por consiguiente, la soberanía no tiene necesidad de dar ninguna garantía a los súbditos ya que es imposible que el cuerpo quiera perjudicar a todos sus miembros.

La soberanía entendida como el *yo común*, no es otra cosa que la voluntad general, misma que en ningún momento puede verse enajenada por poder alguno, pues ello conduciría a un interés particular que no puede decirse soberano, ya que el soberano es un ser colectivo, nunca individual, que no puede ser representado sino por él mismo.<sup>61</sup> Es esta la fundamentación que coloca la diferencia entre el panorama de democracia directa del pensamiento rousseauiano y la perspectiva del liberalismo político que enaltece la imagen constitucional del aparato normativo imperante en las democracias modernas, ya que para la primera, una constitución es simplemente inútil,<sup>62</sup> “no hay ni puede haber especie alguna de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni aun el mismo contrato social.”

Son estos los fundamentos que si bien en apariencia pueden contraponerse con el liberalismo político apreciable en el Estado Democrático de Derecho, no pueden negarse como generadores de las expectativas sobre las que los mismos nacen en oportunidad de considerar al *yo común* como el pueblo soberano del que se desprende la voluntad constitucional, correlacionándose en miras de los fines de esta forma de Estado dentro de la cual se garantizan tanto la postura soberana del pueblo, como la representatividad constitucional que enviste la democracia de los modernos y que, desde luego, pondera el principio de separación técnica<sup>63</sup> de los poderes del Estado, como principio *sine qua non* del orden constitucional, garante de la soberanía.

### 1.2.3 Democracia Representativa

Menciona Dahrendorf que la paradoja del ciudadano total se encuentra donde “las sociedades se vuelven ingobernables, si los sectores que las componen rechazan el

---

<sup>61</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El Contrato Social*, Libro II, Cap. I, La soberanía es inalienable.

<sup>62</sup> SALAZAR UGARTE, *op. cit.*, p. 116.

<sup>63</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, *op. cit.*, p. 334.

gobierno en nombre de los derechos de participación, y esto a su vez no puede dejar de influir en la capacidad de sobrevivencia”,<sup>64</sup> manifestación que a decir de Bobbio centra la polémica entre el término dado por Marx de hombre total respecto al usado en Rousseau como ciudadano total.<sup>65</sup>

Esta polémica, constriñe la negación de la democracia directa en los mismos términos que se niega el Estado absoluto, puesto que por ésta se entiende la participación de los todos, en todas las decisiones de la colectividad, no lejos de decirse una democracia totalitaria,<sup>66</sup> en la que se puede homologar la idea de un Estado totalitario con la de un ciudadano totalitario (soberano), ya para el primero visto desde el príncipe y el segundo visto como el pueblo, al final dos cauces de un aparato político, de una politización del sujeto social, de una división de lo público y lo privado.

Para la democracia que conocemos, que es de corte representativo, el escaño del ciudadano total no puede ser apreciado, ya que como el mismo Rousseau señalaba, las democracias sólo pueden generarse en tal forma dentro de Estados pequeños, que al menos para el caso de nuestro país resulta imposible. Las democracias modernas han de ser siempre vistas como formas representativas de conducción estatal, en el que el gobierno es dirigido por una minoría que ha sido electa por el soberano para tal función, así como por instituciones que sean la voz popular dentro de instituciones representativas en vías de generación normativa de la sociedad.

Estas democracias devienen de la Francia revolucionaria de 1789, como primer intento de democracia representativa, en la que por vez primera se aprecia la imagen del pueblo como soberano, amparando su proceso revolucionario en un orden constitucional, es decir, el pueblo considerado como el poder constituyente, un poder omnipotente. Más en sus inicios, en 1789, considerado como un poder ilimitado, en el que incluso Sieyès mencionaba que éste no “debe ni puede

---

<sup>64</sup> DAHRENDORF, Ralf, “Cittadini e partecipazione: al di là della democrazia rappresentativa?”, en *Il cittadino totale*, Centro de Investigación y Documentación Luigi Einaudi, Turín, 1977, pp. 33-59.

<sup>65</sup> BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, op. cit., p. 50.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pp. 50-51.

someterse a formas constitucionales”,<sup>67</sup> aún y cuando años después él mismo propondría para el caso, una forma de control constitucional de las leyes.

Postulación que a la postre sería conocida como Estado de Derecho dentro de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En ella se reflejaba desde su numeral 16 la separación de poderes, dispositivo que encierra un espíritu totalmente democratizante, en el que el parlamento adquiere fuerza suprema respecto del monarca. Este poder supremo fue confundido como poder constituyente y, por tanto, ilimitado; generándose un parlamento constituyente que no veía límites de ninguna especie, incluso contraponiéndose con la misma constitución en desconocimiento inmediato del soberano, que habría sido representado en el movimiento revolucionario por el pueblo. Se convirtió en un parlamento soberano.

Este proceso de desdemocratización operante en el legislativo soberano de la Francia posrevolucionaria vuelve a flote, aparentemente, en su constitución de 1795, más con un óbice de igualdad en el aparentado régimen democrático, donde se ve desaparecido aquel ideal perseguido en 1789: El sufragio universal; vinculando el derecho al voto al pago de impuestos<sup>68</sup> cual si se tratase de aquella versión de la Inglaterra medieval, en la que sólo aquellos que podían garantizar el pago de impuestos podían tomar parte dentro de las cosas públicas.

Ante esta modificación del régimen gubernamental el propio Sieyès propone su *juri constitutionnaire*, con el cual se trata de reivindicar el camino perdido, en el entendido de que la constitución como expresión del pueblo soberano tiene que ser un cuerpo de leyes de orden obligatorio, de lo contrario, ésta no sería nada, desconociéndose al poder soberano del pueblo como fundamentador del Estado, sumiéndolo en una parte más del Estado, como un subproducto de éste.

Si bien como se afirma, es esta Francia revolucionaria el cimiento sobre el que se coloca la imagen de una democracia representativa, erróneo sería sugerir que es esta apreciación del parlamentarismo totalitario la idea moderna de democracia, pues

---

<sup>67</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, *Qu'est-ce-que le Tiers État?*, en Giovanna Troisi Spagnoli (ed.), *Opere e testimonianze politiche*, Edit. Giuffrè, Milán, 1993, p. 257.

<sup>68</sup> Así en: SALAZAR UGARTE, *op. cit.*, p. 119.

en todo caso se tendría que dar por cierto la expectativa de un Estado parlamentario soberano, connotación que en nada se correlaciona con el estandarte de un Estado Democrático de derecho, postura que ya deja en evidencia la experiencia norteamericana, en la cual la visión parlamentaria de la que se habla fue la razón fundamental de su revolución.

Una revolución americana que dista mucho de la visión francesa, en la cual se observa el ejercicio del poder constituyente en una unidad política originaria y soberana, mientras que en la primera de las mencionadas, dicho ejercicio del poder se corresponde con la apreciación de reglas fundamentales capaces de imponerse al imperio de los poderes constituidos tales como el mismo parlamento,<sup>69</sup> aun cuando en esencia es éste el representante inmediato del soberano. Incluso con leyes tan rígidas que podrían oponerse a la decisión del pueblo, entendido como el poder constituyente, más una vez creado ese aparato normativo de orden fundamental ese mismo soberano pasa a ser un poder constituido subordinado al orden normativo constitucional.

De esta forma, la revolución americana da cuenta de la necesidad de limitar al parlamentarismo inglés heredado en ese momento, como condición esencial para la construcción institucional pretendida, convirtiéndose así en una revolución constitucional que pretende una adecuada limitación del poder estatal, en específico de aquel que en su momento desarrollaba el legislativo, que habría sido catalogado como un poder ilegal y, por vez primera, designado como *inconstitucional*,<sup>70</sup> dentro de la asamblea de Virginia de 1765, haciendo uso de este término en sentido totalmente normativo. Implementando como contrapeso al mandato representativo la institución del presidencialismo republicano.

Se genera una supremacía constitucional sustentada en dos premisas esenciales a saber: por un lado, la garantía de los derechos naturales del individuo y por el otro, el valor fundamental de la democracia constitucional. Premisas que se

---

<sup>69</sup> FORAVANTI, Maurizio, "Potere costituentee diritto pubblico", en Paolo Pombeni (ed.), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Edit. Il Mulino, Bologna, 1992, p. 59.

<sup>70</sup> FORAVANTI, Maurizio, *Costituzione*, Edit. Il Mulino, Bologna, 1999, p. 103.



crean a la par de la constitucionalización del sistema presidencialista, representativo y bicameral, naciente dentro de un federalismo estatal, que se apreciaba de ser protegido por un tercer poder democrático como lo es el judicial.<sup>71</sup>

En términos de Paine, no debe entenderse que la revolución americana y su formulación democrática basada en el constitucionalismo rígido, desprecien la idea del pueblo como poder constituyente, muy por el contrario, esa configuración de un orden normativo limitador de poderes constituidos, enaltece la percepción del pueblo soberano como motor generador de la Constitución, moción que se concreta en que “una constitución no es producto de un gobierno sino del pueblo que constituye al gobierno”,<sup>72</sup> siendo estos, es decir, tanto el gobierno como la Constitución una producción del pueblo, instituciones nacidas al servicio de éste.

El sistema de república presidencialista de Estados Unidos, que por cierto se contrapone con el Estado parlamentario, es igualmente un Estado representativo, entendido que es así derivado de que el principio de representatividad en la modernidad ha sido a tal grado ensanchado que se ha vuelto mástil de diversas instancias en las que se pueden llevar a cabo las deliberaciones colectivas, tales como entidades federativas, municipios, provincias, comunidades autónomas, regiones, o cualesquiera divisiones territoriales con las que se les pueda designar. Teniendo por tanto que, un Estado representativo es aquél en el que las deliberaciones políticas son realizadas por los representantes elegidos por el *demos*, con independencia del lugar estructural o institucional en el que éstas se lleven a cabo.<sup>73</sup>

Como se podrá advertir, la idea del Estado parlamentario ha sido objeto de múltiples críticas, al haberse ejercido en su momento en forma ilimitada, sin embargo, no implica que la democracia representativa asuma *per se* las críticas hacia que se le han podido crear a éste, pues entre uno y otra existen diferencias

---

<sup>71</sup> Para mayor precisión véanse: DAHL Robert, *How Democratic is de American Constitution?*, Yale University Press, New Haven, 2001. Y, GRIFFIN, Stephen M., *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1996.

<sup>72</sup> PAINE, Thomas, *Il diritto dell'uomo e altri scritti politici*, Editori Riuniti, Italia, 1978, p. 266.

<sup>73</sup> BOBBIO, Norberto, *El Futuro de la democracia*, *op. cit.*, p. 52.

que en nada se pueden decir homólogas. No todos los Estados parlamentarios son representativos, ni mucho menos democráticos y, de igual forma, no todos los Estados representativos son forzosamente parlamentarios y/o democráticos, pues la representatividad se gesta incluso antes de la democracia.<sup>74</sup>

Debe entenderse a la democracia representativa como el régimen en el que las deliberaciones que involucran a toda la sociedad no son tomadas directamente por quienes conforman dicha sociedad, sino por aquella minoría que ha sido electa para tal fin, ponderando siempre el principio de sufragio universal, así como garantizando los derechos políticos, civiles y sociales de la colectividad. Democracia en la que por representante se entiende una persona que goza de la confianza del cuerpo electoral, en la que se han puesto las libertades de decisión y ejecución de la cosa pública, llamado a responder a los intereses generales de la sociedad civil.

Democracia que se identifica con el poder ascendente que nace con la voluntad de los individuos titulares de aquellos derechos que se han mencionado, teniendo como finalidad la decisión política, en el entendido de que por encima del pueblo no existe ningún poder, siendo la democracia el gobierno del pueblo, no negando con ello la concentración del poder, sino la generación de éste desde la autocracia. Así una democracia no del pueblo, sino de ciudadanos, en tanto que cada individuo goza de la misma dignidad, lo que les habilita a acceder una igualdad de condiciones para tomar parte de los asuntos políticos por medio de la representatividad<sup>75</sup> de sus dirigentes.

De esta forma, como lo señala Salazar Ugarte<sup>76</sup> el pueblo deja de ser una masa amorfa para transformarse en un conjunto de individuos constreñidos de un valor ético como sujetos individuales operantes en la colectividad, identificando que el titular de la soberanía en esta clase de democracia no es ya el pueblo, sino el

---

<sup>74</sup> Necesario es advertir, que para el presente texto no es menester el adentrarse en el término representatividad, sino solamente el acotar la formulación de una democracia representativa como principio fundamentador del Estado Democrático de derecho presuntamente apreciable en nuestro país, teniéndola como premisa para el fin de identificar los alcances constitucionales que esa representatividad conforma en miras de una separación de poderes representada sobre las instituciones de inmunidades, en específico las atinentes al poder legislativo.

<sup>75</sup> SALAZAR UGARTE, *op. cit.*, p. 125.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pp. 125 y 126.

individuo como ciudadano, postulando a la autonomía del individuo como el fundamento ético de la democracia.<sup>77</sup>

Sin embargo, pertinente resulta detenernos un poco para analizar esta transformación democrática que implica la representatividad en las democracias modernas, en específico tratándose de sociedades complejas y plurales como la de nuestro país, estadios que colocan a la representatividad en posturas, muchas de las veces, mal dirigidas por los sujetos electos y la relación de estos con el Estado y con la sociedad que los ha designado como sus representantes. Estadios que circundan la diferencia entre soberano y soberanía, siendo el primero el pueblo como poder constituyente, más estableciendo la figura de la soberanía ejercida sobre las manos del representante, estrictamente en nuestro país, en el poder constituido denominado legislativo.

El entendimiento de la soberanía como potestad del pueblo cobra una doble función:<sup>78</sup> la primera de ellas, en términos de ese poder constituyente creador del orden fundamental imperante en el Estado de Derecho cuyo fruto es la Constitución y, en segundo término, como poder representado por la institución parlamentaria, pasando a ser en efecto como ya se advertía, en un poder constituido. Con ello se aprecia la democratización del Estado y de la sociedad.

Los legisladores se convierten en traductores de la voluntad del soberano, mediante la forma universal y abstracta de la ley, siendo la soberanía del pueblo la mediación de la representación, lo que implica la politización de la misma soberanía. Politización que simboliza que el pueblo deja de ser parte, situando al legislador en la base de la igualdad del pueblo, convirtiéndolo en universalidad forma de ciudadanía. Transferencia de la voluntad política del pueblo ejercitada a través del mandato libre, logrando con ello una representación universal.

Así, la democracia moderna relega al soberano a ser un poder constituido limitado por el mandato constitucional, no teniendo ya el mando estatal, sino que éste se ve delegado en unos pocos elegidos que se transforman en la voluntad del

---

<sup>77</sup> BOBBIO, Norberto, *Teoria generale della politica*, Edit. Einaudi, Turín, 1999, p. 376.

<sup>78</sup> GALLI, Carlos, *op. cit.*, p. 27.

pueblo, siendo el principio sobre el que se enaltece el Estado Democrático de derecho, como supeditación del pueblo a la soberanía, sin la cual el mismo no tendría objeto. Principio que implica posicionar el poder primigenio en los legisladores como representantes de los intereses de la generalidad y no de intereses particulares.

En este punto, cobra validación como fundamento del Estado Democrático de derecho, el principio de división de poderes, en el entendido de una soberanía limitada por la existencia de grupos políticos autónomos enfocados dentro del mismo espacio político de representatividad. Principio que se crea en el interior de la soberanía, instituido con la finalidad de limitar el alcance y extensión del mandato a través del orden constitucional, limitación operante para los tres depositarios del poder soberano.

Este dogma de separación de poderes es un fundamento de la democracia, sin el cual, nada podría evitar la existencia de una tiranía parlamentaria o ejecutiva, pues el ámbito representativo del pueblo no se agota con el legislador, sino que se ve materializado en la tripartición del poder; haciendo aparecer una conjunción entre división del poder y constitucionalismo democrático. Democracia vista como la garante del poder constituyente, fuerza política motora del Estado.

De esta forma, la democracia moderna es tanto representativa como plural, lugar donde se pondera la idea del disenso con la finalidad del debate que lleve al consenso. Estadio garante de orientaciones en conflicto de intereses nacidas de la diversidad de grupos plurales en ocasión de considerar al *demos* como el conjunto de individuos y no sólo como un cuerpo colectivo. Aquí se conjuntan sociedades individuales con diversidad de criterios e intereses, sociedades con diversos centros de poder.<sup>79</sup>

Necesario es observar que aun cuando la democracia y el pluralismo son dos teorías diferentes, no por ello incompatibles, indispensables de conjugar en los Estados modernos. Como lo manifestase Bobbio, “la teoría democrática toma en

---

<sup>79</sup> BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, p. 68.

consideración el poder autocrático, es decir, el poder que parte desde arriba, y considera que la solución a este tipo de poder no pueda ser más que el poder desde abajo. La teoría pluralista toma en consideración el poder monocrático, es decir, el poder concentrado en una sola mano, y considera que el remedio a este tipo de poder es el poder distribuido”,<sup>80</sup> es decir, policrático.

En consecuencia, el ideal del Estado Democrático de Derecho implica una doble función respecto al origen y distribución del poder, la lucha contra el poder naciente en forma autocrática y la distribución del mismo en forma monocrática, es decir, oposiciones al poder descendente y controlado por una sola persona o institución, concretando la idea de un Estado Democrático y Policrático. Funciones necesarias entre sí, pues ambas deben correlacionarse para garantizar el control en el abuso del poder, pues el uso de una sola de ellas implicaría volver al totalitarismo.

La garantía contra el abuso del poder no puede nacer únicamente del control desde abajo, sino que imperiosamente necesita del poder distribuido y recíproco entre la pluralidad de grupos políticos representantes de los diversos intereses de la sociedad civil, en los que se aprecia la constante lucha del disenso.<sup>81</sup> Visión democrática como sistema político que presupone, para su existencia, del disenso como competencia, concurrencia y alternancia.

No debe confundirse que la democracia atinente dentro de un Estado Democrático de derecho se base, fundamentalmente, en el disenso, si bien éste se corresponde con la teoría pluralista pertinente en la distribución del poder, el consenso es indispensable, siempre que no sea impuesto jerárquicamente, sino que sea producto de la democracia.

Por tanto, un sistema político basado en el consenso de la mayoría, implicando la existencia de una minoría disiente. Así la garantía de una libertad de disenso sólo se puede generar dentro de una sociedad pluralista, a la par una sociedad plural permite la distribución del poder y ésta a su vez la democratización

---

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 70.

de la sociedad civil, con lo que se concreta la integración de una democracia política.<sup>82</sup>

Es dentro de una democracia representativa instaurada dentro de un Estado Democrático de derecho, donde toma validez, como fundamento indispensable, la división de poderes. Principio garantizador de la libertad política que otorga certeza constitucional al soberano; seguridad que implica el equilibrio del poder como juego de pesos y contrapesos representativos en alienación al pluralismo democrático.

#### *1.2.4 Partidocracia. La nueva cara de la representatividad*

La pluralidad dada en las democracias modernas de corte representativo, así como el otorgamiento de libertades políticas y sociales que han desembocado en la división del poder como fundamento operativo de la soberanía ciudadana, han traído consigo todo un entramado de cambios de corte organizacional mediante la institucionalización de la democracia y la politización de la sociedad.

Cambios que han representado la creación de aparatos organizados mediante los cuales se lleva a cabo el principio representativo, designados como partidos políticos. Organizaciones que se han mostrado como el centro de la representatividad democrática por vía del procedimiento electoral, en el que se garantiza la libertad de decisión y el voto universal. Entendida la representación como el orden de lo público en la politización del sistema gubernamental, por tanto, un orden de lo público político.

Legitimando a la política como el centro de la democracia y, en consecuencia, a los partidos políticos como el fundamento sobre el cual se llega a la democratización social, se compagina la idea de Kelsen al afirmar que una democracia sin partidos políticos puede ser cualquier otra cosa menos una democracia, pues con estos se asegura el juego de libertades políticas y de elección de la ciudadanía. Así, el cambio fáctico de la democracia se instaura mediante su

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 73.

base política, como sustento jurídico del poder fáctico, dejando a debate simplemente la legitimación política y las decisiones de la misma índole.<sup>83</sup>

Son la acción política y la toma de decisiones lo que caracteriza a la sociedad de las democracias representativas, distinguiéndose ésta de otras actividades humanas, identificándose como una libertad generadora de sentido, no como una actividad individual, sino como un ejercicio de los electos.<sup>84</sup> Sólo así podría entenderse a Duverger cuando afirma que “del mismo modo que las dictaduras contemporáneas, apoyadas en el partido único, no tienen más que un parecido lejano con las tiranías personales o militares, las democracias modernas, fundadas en una pluralidad de partidos políticos organizados y disciplinados, son muy diferentes a los regímenes individualistas del siglo XIX”,<sup>85</sup> en miras de una pretendida representatividad ciudadana, más distante de la realidad en el entendido de la disciplinabilidad partidista.

El gobierno representativo que se instaura a partir de la democracia de las mismas condiciones, ha transformado el papel de la soberanía y del soberano, una nueva cara de la representación sin participación ciudadana más que la arrojada en producto de una elección incluso previamente electa. Una estrecha unión de la democracia con la política moderna, vista en última razón como voz del poder, como ejercicio del poder. Podría decirse, una desdemocratización de la democracia en contubernio con la aparición de partidos políticos.

Las contradicciones que la democracia presencia en sí misma, no es otra cosa que fruto de su carácter dinámico como producción de lo social, no implicando por tanto, un derrumbamiento intrínseco de su funcionalidad. Si bien su unión con lo político ha desencadenado la apertura de un umbral posiblemente contrapuesto con sus fundamentos, ello acaso es producto de la necesidad de pluralidad social y

---

<sup>83</sup> CHERESKY, *op. cit.*, p. 133.

<sup>84</sup> Véase al respecto: ARENDT, Hannah, *The human condition*, Chicago, Chicago University Press, 1985.

<sup>85</sup> DUVERGER, Maurice, *Los Partidos políticos*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 377.

política en el sistema gubernativo, forzando de superación de esas contradicciones dotadas en medida por la garantía de libertades e igualdades.

Debemos dejar claro que hoy la democracia gira no sólo en la constante Estado-individuo, mediando entre ambos la producción del derecho, sino que el liberalismo ha dado cuenta de la necesidad de percepción de factores como el económico, trayendo a colisión su propia crisis, ya que la democracia que ha garantizado una sociedad igualitaria y plural, ha generado una obvia desigualdad social respecto del factor económico producto del capitalismo, con ello una pluralidad de intereses políticos que se ha vuelto una forma desdemocratizante de percepción social, generando élites, formas de división social.

En contraposición se han generado intereses diversos a los poderes políticos, nacidos como poderes sociales de carácter económico, así como poderes asociativos como el sindicalismo. Transformaciones que, aunque opositoras y las más de las veces no equitativas, han pugnado por seguir con la garantía de pluralidades que mantengan el control democrático entre el aparato público político, sin lo cual no podría hablarse nunca de democracia, pues ésta nunca existiría allá donde no exista tampoco la cultura del disenso, ahora en tintes de contra-poderes sociales.

Sin embargo, esta cultura política ha transitado hacia una imagen de la soberanía como propia de los representantes, en la que los aparatos políticos organizados han acaparado el sistema gubernamental ya no como algo perteneciente a la sociedad, sino a las instituciones, a una partidocracia de instituciones que se basan a la ponderación del poder, incluso desconociendo al cuerpo electoral como motor de la democracia, provocando una visión del espacio político como la ideología formal del sistema, mediante la voz del poder, llevando en sí la determinación asociativa, económica y social.<sup>86</sup>

---

<sup>86</sup> GALLI, *op. cit.*, p. 41.



Una forma democrática en la que el pueblo se aprecia como el gran ausente,<sup>87</sup> sólo como forma originaria, constituyente y legitimadora de las instituciones, de esos partidos políticos que están legitimados por la voluntad de todos en razón de la ley fundamental, de la Constitución. Por tanto, elementos indispensables y fundamentales de la democracia, a quienes se les confía la conexión empírica y la gestión política de la relación parte-todo.<sup>88</sup> Siendo el vehículo de la representatividad del soberano, más emancipado y posicionado en un estandarte superior, considerando al pueblo como el simple factor legitimador.

Nos encontramos en presencia de una politización de la democracia, en la que se ha perdido el rumbo de aquellas instituciones democráticas que implicaban la participación ciudadana como motor del sistema de gobierno, cimentado en el ideal de la voluntad constitucional. Si bien es cierto como lo señala Carpizo “que el tipo de gobierno de un país no lo definen únicamente los preceptos constitucionales, sino que es necesario considerar también la ‘Constitución extrajurídica’, la que se basa en prácticas, tradiciones culturales, actitudes y expectativas de los actores políticos, el sistema electoral y el régimen de los partidos políticos”,<sup>89</sup> igualmente cierto resulta el hecho, de que la reciprocidad o conjunción derivada de la teoría representativa que encuentra su *quid* en un proceso electoral, mediante el cual el elector le confiere al elegido el mandato para hablar y actuar en su nombre, ha sido transformada radicalmente por el desarrollo de esa constitución extrajurídica llevada de la mano de los partidos políticos.

Esa transformación ha implicado que el diálogo existente entre elector y elegido se vea supeditado por un tercero ajeno a la representatividad, ya no más la dualidad Nación-Parlamento, ahora un intermediario que aparece en forma de partido

---

<sup>87</sup> ROSANVALLON, Pierre, *Il popolo introvabile. Storia della rappresentanza democratica in Francia*, Edit. Il Mulino, Bologna, 2005.

Así también en DUSO, Giuseppe, “Genesi e aporie del concetto della democrazia moderna”, en Pierre Rosanvallon (Edit.), *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Edit. Carocci, Roma, 2004, pp. 107-138.

<sup>88</sup> GALLI, *op. cit.*, p. 42.

<sup>89</sup> CARPIZO, Jorge, “MÉXICO: ¿SISTEMA PRESIDENCIAL O PARLAMENTARIO?”, en *Cuestiones constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 1, Julio-Diciembre 1999.

político transfigurando radicalmente la naturaleza de sus relaciones.<sup>90</sup> Nueva forma de relación que implica ya no la elección del representante, sino la ratificación de la elección previamente llevada por esas organizaciones políticas. Es decir, el pueblo lo único que hace es actuar en un proceso de selectividad de aquellos previamente escogidos –no necesariamente electos– por sus partidos de militancia. Situación visible no sólo en los regímenes de partido único, sino también en los multipartidista en los que en forma disimulada pasa exactamente lo mismo, mediante la ratificación de alguno de los candidatos previamente seleccionados por los partidos contendientes.<sup>91</sup>

La actividad democrática ha sufrido una evolución tendenciosa a una nueva forma de representatividad,<sup>92</sup> en la que la organización política del sistema colisiona en la creación de un régimen partidocrático. Efecto sin duda del dinamismo electoral que estimula la organización en bloques parlamentarios y de comités electorales, haciendo latente una clara diferenciación entre gobernantes y gobernados, los segundos sólo como un elemento legitimador, mientras los primeros instaurándose como pequeñas élites en busca del ejercicio del poder, haciendo de la voluntad popular una forma diferenciada en su constitución.<sup>93</sup> Sistemas de partidos que simbolizan un desplazamiento de las relaciones entre democracia y representatividad por vía de las libertades políticas.

Los partidos políticos se vuelven el centro de la representatividad, tienen en sus manos la soberanía del pueblo, éste último, se vuelve un mero espectador del juego del poder, en el que las libertades políticas y la igualdad social dada por el pluralismo democrático se vuelven el foco rojo de la sociedad. Se pondera la propiedad privada como el principal sector de desigualdad producto de la igualdad económica, ahora representada por las élites partidistas que luchan por colocarse en el camino del poder. Se concibe al sistema representativo como un epicentro de confronta de élites, cuyo objetivo principal no es la representación del pueblo, sino la

---

<sup>90</sup> Cfr. DUVERGER, *op. cit.*, p. 378.

<sup>91</sup> *Ídem.*

<sup>92</sup> MANIN, Bernard, *op. cit.*

<sup>93</sup> CHERESKY, *op. cit.*, p. 160.

política entendida en forma de Maquiavelo, como el ejercicio del poder y para el poder, generándose así una democracia de partidos.

Un nuevo rostro del juego, en el que los partidos políticos se colocan como el estandarte de la democracia, lugar donde los elegidos por estos y seleccionados por los electores deviene en una doble figura representativa; por un lado, el mandato representativo de la soberanía del pueblo; por el otro, un mandato representativo de los elegidos hacia sus “electores internos”, es decir, hacia su partido político. Alterando con ello la noción de elección allá donde *ex ante* al escrutinio, se da la existencia de un pre-escrutinio que deja en duda la democratización partidista, donde los dirigentes de los partidos se ven postrados como los monarcas de éstos, manifestando la existencia de una pre-elección limitada a la categoría privilegiada de ciudadanos, de esa élite con posibilidad de elegir,<sup>94</sup> más una cooptación que realmente una elección democrática.

Se hace de la democracia un régimen de designación más que de elección, en la que se elige de entre los designados por los dirigentes de los partidos políticos, por tanto, una mezcla entre elección y cooptación, más referida en proporciones diferentes dicha mezcla.<sup>95</sup> Quienes realmente ejercitan el voto para elegir son los dirigentes del partido o las pequeñas élites que los controlan, la sociedad es la gran ausente que sólo selecciona de entre los ya electos.

Organizaciones políticas que lejos de ser parte fundamental del sistema democrático se vuelven órganos autónomos, desarrollando así intereses personales, convirtiéndose a la vez en organizaciones corporativas en las que el dirigente tiene el monopolio y con ello la facultad de mandar en el interior de ellas. Se adquiere por consiguiente una identidad partidista que soslaya los intereses representativos por los de carácter personal. Se convierten, como lo señala Ostrogorski en estructuras rígidas y permanentes que falsean el juego democrático mediante su propio carácter autorreferencial, haciendo de ellos un fin en sí mismo.<sup>96</sup> Ahora el pueblo ejerciendo

---

<sup>94</sup> DUVERGER, *op. cit.*, p. 379.

<sup>95</sup> *Ídem.*

<sup>96</sup> OSTROGORSKI, Moisei, *La démocratie et les partis politiques*, Edit. Calmann-Levy, París, 1902. [Trad. Esp.: *La democracia y los partidos políticos*, Edit. Trotta, España, 2008]

acciones políticas ya no en forma activa, sino ocupando el puesto de una ciudadanía pasiva, donde se da un fenómeno democratizador sólo en apariencia, ya que el sistema de partidos reduce las relaciones políticas a un conformismo meramente exterior.<sup>97</sup>

En esta *paradoja democrática* que menciona Ostrogorski, es que se desenvuelve la imagen de las organizaciones políticas como sinónimo de oligarquía, es decir, una oligarquización de los partidos políticos que reproducen un gobierno monopolizado sobre sus propias manos, constituyendo un grupo separado de la sociedad.<sup>98</sup> Siguiendo las palabras de Michels, tendría que decirse que es de la organización partidista de donde nace la dominación de un poder descendente, “dominación de los electos sobre los electores, de los mandatarios sobre los mandantes, de los delegados sobre los que delegan. Quien dice organización dice oligarquía.”<sup>99</sup>

Podemos resumir el argumento diciendo que en la vida partidaria moderna la aristocracia se complace en presentarse con apariencia democrática, en tanto que la sustancia de la democracia se impregna de elementos aristocráticos. Por una parte tenemos a una aristocracia con forma democrática, y por la otra a la democracia con contenido aristocrático. La forma externa democrática que caracteriza la vida de los partidos políticos bien puede enmascarar —para los observadores superficiales— la tendencia hacia la aristocracia, o, mejor dicho, hacia la oligarquía, que es propia de toda organización de partido.<sup>100</sup>

Una clara contradicción con la búsqueda de una democracia policrática, en donde la aristocracia de los partidos políticos y sus dirigentes provocan un contrasentido democrático. Caso nada alejado de la realidad mexicana, donde no sólo se da la existencia de un predominio partidista en forma hegemónica, sino que dentro de las fuerzas partidistas que en supuesto tratan de hacer frente a éste, se aprecia igualmente una aristocracia interna en sus organizaciones, mediante la designación y no elección de sus candidatos, práctica que bien puede tildarse de antidemocrática.

---

<sup>97</sup> Así en: ORTEGA REYNA, Jaime, en reseña a Moisei Ostrogorski, “La democracia y los partidos políticos”, en *Polis. Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, Vol. 6, Nº 1. Texto disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/polis/issue/view/1029>

<sup>98</sup> OSTROGORSKI, *op. cit.*

<sup>99</sup> MICHELS, Robert, *op. cit.*, p. 13.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 55.

He aquí esa paradoja democrática de la que se habla, “de qué manera un andamiaje institucional que repercute no sólo en el Estado sino al interior de las asociaciones llamadas partidos políticos, cuyo centro es la promoción de un método democrático, en realidad nos conduce al homenaje puramente formal, que más tarde que temprano termina siendo contraproducente, o sea, profundamente antidemocrático. Los encargados de llevar a buen término la democracia son, ellos mismos, profundamente antidemocráticos”.<sup>101</sup>

En un Estado Democrático de derecho que mantiene una estructura partidista para la representatividad ciudadana, donde internamente éstas estructuras son nada democráticas, no puede decirse que tal esquema de Estado pueda ser democrático, sólo una vil apariencia que no se concreta sólo en presencia del parlamento, sino también en el sistema presidencialista como eje central del poder ejecutivo sin medición de control. En esta *democracia partidista*, no sólo el pueblo es el gran ausente y, con mayor razón, la misma democracia.

Incluso como señalara Mair no son los partidos políticos ni los parlamentarios en sí los que controlan la iniciativa de la vida pública, sino el dirigente de éstos, “los partidos políticos no atraen, como sucedía en el pasado, los intereses y la participación de los ciudadanos [...] el líder se transforma en el recurso más importante del partido”.<sup>102</sup> Una democracia sin *demos* acaparada por lo que el mismo autor denomina *partidos cartel*,<sup>103</sup> que se han tornado en agencias del poder público desde la administración del gobierno, forjando una partidocracia de instituciones, una especie de nuevo príncipe como lo denominase Gramsci en comentario a

---

<sup>101</sup> ORTEGA REYNA, *op. cit.*, p. 145.

<sup>102</sup> Véase al respecto: MAIR, Peter, *Party system change. Approaches and Interpretations*, Oxford, Oxford University Press, 1997. Cita en CHERESKY, *op. cit.*, p. 168.

<sup>103</sup> Habiendo sido ampliamente asociaciones “privadas” y voluntarias que se desarrollaban en el interior de la sociedad, y que de ahí extraían su popularidad, los partidos se han sometido a un marco regulatorio, el cual tiene el efecto de acordarles un estatuto cuasi oficial como parte del Estado. En otras palabras, como la vida interna e incluso las actividades externas del partido devinieron reguladas por la ley pública, y como reglas partidarias se tomaron las reglas institucionales o administrativas, los mismos partidos se transformaron en agencias de servicios públicos, con el correspondiente debilitamiento de su propia autonomía organizacional interna. Véase MAIR, Peter, y ZIELONKA (eds.), *The Enlarged European Union: Diversity and Adaptation*, Edit. Frank Cass, Londres, 2002. *Ibíd.*

Maquiavelo, donde la política se ha vuelto un oficio de élites elegibles acorde a criterios profundamente antidemocráticos.<sup>104</sup>

El príncipe moderno, el príncipe mítico, no puede ser una persona real, un individuo realmente viviente. Únicamente puede ser un organismo, un segmento complejo de la sociedad en el que pueda comenzar el desarrollo de una voluntad colectiva que se haya sabido y que, cuando menos parcialmente, se haya probado en acción. Tal organismo ya nos lo ha dado la historia y es el partido político, la célula que contiene los gérmenes de una voluntad colectiva que tienden a convertirse en universales y totales.<sup>105</sup>

En esta nueva visión de la democracia, menciona Duverger que “el sistema de partidos es menos una fotografía de la opinión, que la opinión una proyección del sistema de partidos”,<sup>106</sup> en la que éstos se vuelven totalitarios y, en consecuencia, el gobierno tiende a ser oligárquico. Ello derivado de que son los partidos políticos quienes falsean y hacen aparentar un sistema democrático mediante proyecciones mediáticas que justifican sus acciones, toda vez que en la proyección de la representatividad es realizada desde el escrutinio igualmente proyectado de los candidatos a seleccionar, avalados por el procedimiento de votación en el cuerpo electoral.

Importante es señalar que esta transformación democrática no impacta solamente al ámbito parlamentario que, si bien puede verse como el principal foco rojo de la representatividad, habría de recordarse que tal forma de selección lo mismo hace para éste que para el poder ejecutivo, puesto que los candidatos sobre los que el electorado puede emitir su voto implican también la designación del representante general de la nación, que en nuestro país se rige sobre un sistema presidencialista.

Situación que nos lleva a pensar la forma oligárquica en que se estructura la apariencia democrática dentro de los partidos políticos y la repercusión inmediata en la forma de gobierno, pues allá donde la hegemonía partidista controla no sólo la elección del poder ejecutivo en forma constante, sino que en mismas condiciones ya

---

<sup>104</sup> Véase ARENDT, Hannah, *Sobre la Revolución*, Edit. Alianza, España, 1988.

<sup>105</sup> GRAMSCI, Antonio (1929-1935), *Quaderni del carcere*, 4 vols. Edit. Einaudi, Turín, 1975, p. 1558. [Trad. *Cuadernos de la Cárcel*, Edit. Era, México, 1981]

<sup>106</sup> DUVERGER, *op. cit.*, p. 448.

sea por la obtención de una mayoría individual del partido o en coalición con otras minorías, logran una superposición de fuerza respecto de los partidos opositores en ámbito parlamentario, se estaría inminentemente en presencia de un “totalitarismo democrático”.

Idea que ya adelantaba Gramsci en sus cuadernos de la cárcel, claramente sobre una postura marxista-leninista, aduciendo que se representa la doble perspectiva de la acción política y la vida del Estado, propia del príncipe moderno, del partido político, que cobra inspiración en su modelo clásico, el centauro, haciendo uso de su doble naturaleza, como hombre y como animal, capaz de usar la fuerza, la autoridad y la violencia y al mismo tiempo estructurar consenso y hegemonía.<sup>107</sup>

La “doble perspectiva” en la acción política y en la vida del estado [...] se puede reducir [...] a la doble naturaleza del centauro maquiavélico, la de animal y hombre, de fuerza y consenso, de autoridad y hegemonía, de violencia y civilización, de lo individual y lo universal (de la “Iglesia” y del “estado”).<sup>108</sup>

Precisamente en estos supuestos que tan cotidianos se han vuelto en la percepción de la realidad política de nuestro país, es que cobra mayor impulso la necesidad de establecer controles no sólo políticos, sino constitucionales contra esta forma de gobierno. Modelos de control sin los cuales tendríamos que admitir sin excepción un régimen gubernamental totalitarista. Controles que no pueden verse entendidos sino desde el principio de división del poder.

Si el problema se ha generado desde la perspectiva pluralista, ha de ser esta misma la que establezca el control del poder, precisamente desde una pluralidad del mismo, es decir, sobre las bases de la poliarquía, en la que las minorías vencidas que se postran en el parlamento puedan en cierta medida ejercer límites concretos al abuso del poder, mediante la garantía para los mismos de inmunidades contra quien ejerce el poder desde arriba.

Separación de poderes del Estado que implica una limitante a cada uno de ellos —Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial— con los demás,

---

<sup>107</sup> MELOSSI, Darío, *El Estado del control social*, Edit. Siglo XXI, México, 1992, p. 123.

<sup>108</sup> GRAMSCI, *op. cit.*, p. 1576.

limitando a la vez el poder del conjunto<sup>109</sup> apreciable en el predominio partidista. La influencia de los partidos conduce a admitir una relatividad de las estructuras gubernamentales, que pueden ser modificadas por la sola evolución de la relación de fuerzas políticas dentro del país,<sup>110</sup> haciendo del principio de separación de poderes, no sólo un eje constitucional del Estado Democrático de derecho, sino ahora un principio de la relación política democrática, recaída en el ejercicio de los partidos disidentes, en específico del género parlamentario. Postura que ya adelantase Duverger en este nuevo aspecto político de la separación de poderes cuando puntualmente menciona que:

El grado de separación de poderes depende mucho más del sistema de partidos que de las disposiciones previstas por las Constituciones. Así, el partido único entraña una concentración de poderes muy estrecha, incluso si los textos establecen oficialmente una separación más o menos acentuada. La rivalidad de los partidos debilita los lazos que podría establecer cada uno entre el Parlamento y el gobierno: la separación constitucional de los poderes posee de nuevo, pues, cierta eficacia; puede incluso multiplicarse por una separación de los partidos, que procede de la especialización de cada partido en una función determinada.<sup>111</sup>

### 1.3 Estado de Derecho

No es novedad el asegurar que no existe democracia perfecta dentro de ningún tipo de Estado, si acaso sea por una ineficacia de su implementación o bien por transformaciones inherentes a los factores sobre los que se produce, casos que ya se han puesto de manifiesto. Problemas nacidos precisamente en el seno de la sociedad, en su constante dinamismo y sus diversas formas de integración. Para nuestro hemisferio, una radical transformación democrática a partir de su politización, de su predisposición al manejo de intereses personales, lejos de los sociales, en los que la ciudadanía sólo es un espectador en forma pasiva, perdida la visión de participación en el espacio público político.

Como se ha puesto de manifiesto, la incursión de la partidocracia dentro del régimen democrático de nuestro país, ha desembocado en una pérdida del *demos*,

---

<sup>109</sup> DUVERGER, Maurice, *op. cit.*, p. 204.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 419.

<sup>111</sup> *Ibidem*, pp. 419-420.



una ausencia del pueblo en el gobierno y, por tanto, una institucionalización política de la democracia acaparada por ese príncipe moderno del que habla Gramsci, en el que se focaliza sí un Estado de Derecho, pero del gobierno, no de hombres. Estado que ha dejado fuera los postulados sobre los que debe ampararse su caracterización democrática, lugar en el que extrañamente puede hablarse de participación ciudadana, de separación de poderes, incluso de protección de derechos y libertades.

Necesario es retrotraer los fundamentos que hacen de la democracia un estadio generado a través del Estado de Derecho, único lugar en el que puede marchar íntegramente como régimen de gobierno que no soslaye la percepción del hombre como fin en sí mismo, ya sea mediante una democracia representativa o de cualquier otra especie, siempre que sea adecuadamente factible en atención al tiempo y espacio en el que se pretende instaurar.

Resulta indispensable el reestructurar el sistema democrático mediante la renovación del mandato representativo,<sup>112</sup> no obviando los mecanismos de socialización que en ésta se han generado, como el contraste político y económico con el régimen de igualdad sobre bases de producción. Entender el concepto de democracia, como con cierto atino lo designa Sartori, como un término que denota una entidad política, una forma de Estado y de gobierno,<sup>113</sup> que requiere de apreciar su aspecto normativo, pues la democracia se constriñe con base en una definición normativa,<sup>114</sup> es decir, sobre un Estado de Derecho entendida como principio legitimador, como sistema político y como ideal social.

Una democracia legitimada desde la pluralidad en la práctica del consenso y el respeto del disenso. Igualmente, como un sistema político en la que se aprecie al pueblo como el verdadero motor, como control del *demos*. Y, por último, el ideal democratizante de la democracia, como vitalidad de la misma. Una democracia

---

<sup>112</sup> Así coincidentemente el pensamiento democrático de la segunda mitad del siglo XX. Giovanni Sartori, Joseph A. Schumpeter, Robert Dahl, Guillermo O'Donnell, etc.

<sup>113</sup> SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la Democracia?*, Edit. Taurus, México, 2004, p. 23.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 22.

robustecida de actos de legitimación por la voluntad general de los individuos que conforman la sociedad,<sup>115</sup> amparados siempre sobre el derecho.

Menester es que todo sistema o modelo democrático sea amparado por una estructura jurídica que sea la barrera de protección y limitación del poder, garantizando los derechos democráticos de los ciudadanos, configuración sin la cual las acciones democráticas no podrían nunca ser reconocidas, figurando así el imperio de la norma jurídica como medio de control democrático, ya que como dijera O'Donnell “la apuesta democrática y la ciudadanía política se implican mutuamente, y ... ambas presuponen el Estado como delimitación territorial y como un sistema legal.”<sup>116</sup> Una visión de la democracia como gobierno de las leyes, como Estado de Derecho, pero siempre en el entendido de un derecho emanado de los hombres.<sup>117</sup>

Este Estado de Derecho debe ser traducido como imperio de la ley,<sup>118</sup> como esa definición que implica su forma más extensa capaz de llevar en sí expresiones como las de democracia, protección de derechos humanos, economía de mercado, justicia social, ideales ético-políticos fundamentales de las sociedades occidentales.<sup>119</sup> Término que, despojado de tecnicismos, a decir de F. A. Hayek significa “que el gobierno está vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano –normas que hacen posible prever, con bastante certeza, cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos con base en este conocimiento.”<sup>120</sup>

---

<sup>115</sup> REYNA LARA, Mauricio, *El Estado Democrático de derecho en México y sus mecanismos de participación ciudadana. Análisis desde el derecho comparado*, Edit. Porrúa, México, 2010, p. 24.

<sup>116</sup> O'DONNELL, Guillermo, *Disonancias. Críticas democráticas a la democracia*, Edit. Prometeo, Argentina, 2007, p. 48.

<sup>117</sup> El mismo momento en el que un régimen democrático pierde de vista este principio inspirador que le es propio, cambia rápidamente en su contrario, en una de las tantas formas de gobierno autocrático, del que están llenas las narraciones de los historiadores y las reflexiones de los escritores políticos. BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, *op. cit.*, p. 189.

<sup>118</sup> Término que aún con sutiles diferencias igualmente ha sido utilizado con términos como los de Seguridad Jurídica, Certeza Jurídica, Rule of Law, Principles of Legality, Rechtsstaat, État de Droit, etc.

<sup>119</sup> AGUILERA GARCÍA, Edgar, *Jusnaturalismo procedimental y debido proceso penal y epistemología jurídica*, Edit. Tirant lo Blanch, México, 2017, p. 49.

<sup>120</sup> HAYEK, Friedrich August, *The Road to Serfdom*, Londres, 1944, p. 54.

[Ed. The Institute of Economic Affairs, 2005, p. 57. Texto disponible en <https://mises.org/sites/default/files/Road%20to%20serfdom.pdf>]

Concepto que nos acerca en medida a un ideal del ordenamiento jurídico, pues debe decirse que en forma genérica, todo sistema de gobierno ha tenido siempre un control normativo, más no siempre un Estado de Derecho, por tanto, resulta un ideal político del que un sistema jurídico puede poseer o carecer, o bien poseer en mayor o menor medida.<sup>121</sup> En consecuencia, sería erróneo el decir que el Estado de Derecho es democracia, igualdad o protección de derechos fundamentales, si bien dentro de éste puede lograrse lo anterior, ello no debe presuponer que todo Estado de Derecho sea así, pues debe entenderse que no es una forma de organización y, mucho menos, de una forma de gobierno o de teoría proteccionista, sino una forma en la que el derecho puede operar en determinado espacio.<sup>122</sup>

En su sentido más amplio, se puede decir que el Estado de Derecho implica que los *todos* deben obedecer el derecho y regirse por él; derecho nacido de la voluntad general y, amparado, sobre la base constitucional que lo integra. Debe conjuntar dentro de tal mandato normativo, tanto la actuación del pueblo como la de sus instituciones democráticas, involucrando en ellas la labor gubernamental, nunca confundiéndose el gobierno de los hombres con el gobierno del derecho,<sup>123</sup> pues el gobierno debe estar regido por el derecho, más nunca olvidando que el generador del derecho es el pueblo, a partir del mandato constitucional de la representatividad, formulación sin la cual el gobierno entendido en términos políticos seguiría siendo en la realidad de nuestro país, esa misma partidocracia que implica la crisis del Estado de Derecho.

Esta connotación del ideal político del ordenamiento jurídico implica en sí un doble aspecto de observancia a decir de Raz: por un lado, la obligación de la totalidad de las personas de obedecer al derecho, de cumplir con las expectativas

---

<sup>121</sup> RAZ, Joseph, "El Estado de Derecho y su virtud", en CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano y VÁZQUEZ, Rodolfo (Coordinadores), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Edit. Siglo XXI, México, 2002, p. 16.

<sup>122</sup> El ahondar en teorías filosóficas del derecho y su forma de representación no es el fin de la presente, por lo que se limitará sólo a establecer un concepto sobre el cual pudiese tener vitalidad el sistema gubernamental de México, precisamente en la instauración de un Estado de Derecho sobre el que se aprecia la figura jurídica de la división de poderes y ante ello, la de las inmunidades parlamentarias, foco central del dilema que se pretende abordar.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 17.

normativas predisuestas por éste en sus relaciones cotidianas, es decir, seguir la voluntad constitucional de regirse conforme a derecho; y, por el otro, la consigna del mencionado *Principles of Legality*, que implica la necesidad de un derecho entendible a partir del cual los hombres puedan guiarse. Si el derecho debe ser obedecido tiene que ser capaz de guiar el comportamiento de sus súbditos.<sup>124</sup>

Sobre esta perspectiva del Estado de Derecho como un ideal político, bien puede decirse que éste está conformado por un conjunto de principios o al menos de requerimientos básicos, de cuya observancia depende la evaluación del estado que el derecho guarda en determinado tiempo y espacio geográfico. Una forma gradual del sistema jurídico, que enfocado al Estado de Derecho puede establecerse como un ideal que trata a la gente como personas en el sentido de que intenta guiar su comportamiento. Así, afirma Raz que la conformidad al Estado de Derecho es una cuestión gradual, en la que “una completa conformidad es imposible (cierta vaguedad es ineludible) y la máxima conformidad posible es, por lo general, indeseable (cierta controlada discreción administrativa es mejor que ninguna).”<sup>125</sup>

En consecuencia, el ideal de Estado de Derecho dependerá de la observancia de determinados principios o requisitos sobre los cuales pueda ser evaluado, principios que no pueden decirse genéricos de todo tipo de sociedad, pues para poder ser así se requeriría de una homologación en las circunstancias particulares de todas las sociedades, cosa imposible en la realidad. Infructuoso sería tratar de reproducir en su totalidad los principios que debiesen regir en un Estado de Derecho, más para mejor comprensión reproduciremos a continuación las listas propuestas por Joseph Raz y Robert Summers, de aquellos que consideran fundamentales para tal efecto. Para Raz estos son:

1. “Todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras;
2. Las disposiciones jurídicas deben ser relativamente estables;

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 19. En cursivas en el texto original.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 29.

3. El establecimiento de disposiciones jurídicas particulares (órdenes jurídicos particulares) debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables, claras y generales;
4. La independencia del poder judicial tiene que ser garantizada;
5. Los principios de la justicia natural tienen que ser observados;
6. Los tribunales deben tener poderes de revisión sobre la implantación de los otros principios;
7. Los tribunales deben ser fácilmente accesibles;
8. A los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad no se les debe permitir prevenir el derecho.”<sup>126</sup>

Por su parte, Summers anticipa su lista señalando que los principios del Estado de Derecho son distintos de los principios ordinarios de las normas de primer orden, para los cuales lo importante es determinar las relaciones entre los sujetos inmediatos a tales normas, mientras que los que atañen al ideal político del orden normativo resultan ser de segundo orden, encargados de disciplinar a aquellos en sentido de ser normas generales que limitan y conducen la forma en las que éstas deben ser creadas y aplicadas, implantando la forma de su configuración. Al respecto señala que tales principios fundamentales de los sistemas jurídicos occidentales son:

1. “Que todo tipo de derecho tiene que ser automatizado de manera adecuada conforme a los criterios de validez establecidos;
2. Que los criterios para determinar la validez del derecho deben resolver los conflictos entre normas jurídicas válidas;
3. Que el derecho de origen estatal relativo a una materia debe ser uniforme dentro de los límites del Estado; que, en la medida de lo posible y de lo apropiado, debe adoptar la forma de reglas generales y definidas aplicables a clases de sujetos, conductas, circunstancias, etc., y que, cuando sea apropiado, debe aplicarse por igual a las autoridades y a los ciudadanos;

---

<sup>126</sup> *Ibidem*, pp. 20-25.

4. Que todas las formas de derecho deben ser apropiadamente claras y estar determinadas en su sentido;
5. Que el derecho de creación estatal y otras formas normativas apropiadas, deben tener forma escrita y ser promulgadas, publicadas, o de otro modo puestas en conocimiento de sus destinatarios;
6. Que las normas y sus cambios deben ser generalmente prospectivas y no retroactivas;
7. Que las conductas exigidas por el derecho deben estar dentro de lo que puedan cumplir los destinatarios de las normas;
8. Que las normas en relación con una materia, una vez emitidas y puestas en funcionamiento, no deben modificarse con frecuencia, de modo que los destinatarios no tengan problemas para conformar su conducta a ellas y puedan planificar su conducta a largo plazo;
9. Que los cambios en el derecho deben llevarse a cabo mediante procedimientos apropiados, por instituciones, autoridades o personas debidamente autorizadas para ello;
10. Que las distintas formas de derecho deben interpretarse o aplicarse de acuerdo con métodos interpretativos uniformes, respetuosos de la forma de expresión y del contenido del tipo de derecho en cuestión;
11. Que cualquier solución, sanción, anulación o cualquier tipo de consecuencia que sea resultado del incumplimiento de una forma de derecho, debe ser conocida o cognoscible antes de que pueda darse la acción o decisión que sea contenido de la norma;
12. Que en los casos de disputas existe un sistema de tribunales y órganos administrativos independiente e imparcial con poderes para: a] determinar la validez del derecho en cuestión, b] resolver las cuestiones acerca de los hechos de acuerdo con criterios procedimentales y sustanciales relevantes, y c] aplicar las normas válidas de acuerdo con los métodos de interpretación y aplicación adecuados;
13. Que cuando un método de interpretación o de aplicación da lugar a un resultado incompatible con derecho precedente, el juez o tribunal se vea

obligado (en cuestiones como resultado de la aplicación del propio método) a modificar o alejarse del derecho, debe tener un poder muy limitado y excepcional para modificar o apartarse de la ley o de cualquier otra forma de derecho, de modo que las razones para la acción o para la decisión por parte de los destinatarios de las normas conserve su carácter perentorio, tanto para los ciudadanos como para los jueces o tribunales;

14. Que todo poder excepcional que se otorgue a los jueces o tribunales para apartarse del derecho precedente en el momento de la aplicación debe ser específico de manera explícita y regulado por reglas, de modo que el ejercicio de dicho poder sea controlado por el derecho;
15. Que la víctima de cualquier delito, violación reglamentaria, daño, incumplimiento de contrato, privación injustificada de un bien público, acción administrativa ilegítima o cualquier otro perjuicio jurídicamente relevante, debe tener el derecho de iniciar un proceso penal en el caso en que sea procedente (y con la colaboración de las autoridades correspondientes), o de buscarse cualquier otro tipo de compensación adecuada frente a un tribunal independiente e imparcial con el poder de obligar al causante del daño o de la autoridad correspondiente a responder por ello;
16. Que, excepto en cuestiones de una mínima importancia, no puede imponerse una sanción como resultado de un delito, violación reglamentaria, daño, incumplimiento de contrato, privación injustificada de un bien público, acción administrativa ilegítima o cualquier otro perjuicio jurídicamente relevante, sin que el perjudicado tenga el conocimiento previo de ello y una oportunidad justa para impugnar, frente a un tribunal independiente e imparcial, las normas y los hechos sobre los que se fundamenta tal perjuicio;
17. Que una parte, sea la presunta víctima o el presunto infractor, que no tiene éxito en la defensa de sus intereses, debe tener, como medida de revisión, la oportunidad de, al menos, una instancia de apelación frente a un tribunal;

18. Que el sistema y sus instituciones deben ser generalmente accesibles, esto es, a] que existe una profesión independiente, reconocida, organizada y facultada para prestar asesorías jurídicas y para abogar causas frente a los tribunales u otras instituciones similares, y b] que, al menos en los casos en que los que una parte es acusada de un delito o ilícito significativo, en el caso de no contar con medios para su defensa, dicha parte será provista por el Estado de dicha defensa.”<sup>127</sup>

De las anteriores listas puede observarse lo que ya anticipaba Summers respecto a la configuración que logran los principios de segundo orden, no haciendo alarde específico a las normas sustantivas, sólo marcando las directrices sobre las cuales éstas tienen que actuar, estableciendo con ello el campo sobre el que se debe operar el juego normativo de las relaciones personales de los sujetos constreñidos a la obediencia de esas normas. Contemplando a los principios del Estado de Derecho en sentido formal y no necesariamente material, aún y cuando en su implementación puedan tener algún contenido sustantivo.

La razón para concebirlos de manera formal estriba en que así podría apreciarse una neutralidad en la relación con las visiones sustanciales o ideológicas, conjugándose en una postura neutralmente política. Igualmente implica que tales principios puedan ser más viables cuando su vulneración sea sometida a la crítica social o jurídica y, por último, facilita la percepción y clarificación de los conflictos entre los valores de éste y los de orden sustantivo.<sup>128</sup> De esta forma, con gran acierto, Summers señala que “cuando la creación o implantación de los principios o de cualquier otra norma de primer orden se lleva a cabo conforme a las normas de segundo orden, se dice que se han satisfecho los requisitos del Estado de Derecho.”<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> SUMMERS, Robert, “Los principios del Estado de Derecho”, en CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano y VÁZQUEZ, Rodolfo (Coordinadores), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Edit. Siglo XXI, México, 2002, pp. 39-41.

<sup>128</sup> *Ibidem*, pp. 57-58.

<sup>129</sup> *Ibidem*, p. 38.



Dentro de esta formalidad que imbrican los principios de segundo orden bien puede deducirse que actúan como barrera de protección ante el mismo derecho, pues en forma inevitable, éste crea un peligro inminente de poder arbitrario, peligro que el Estado de Derecho trata de minimizar. El mal que evita el Estado de Derecho, es el nacido precisamente del derecho,<sup>130</sup> siendo en consecuencia éste una virtud inherente al mismo derecho.

#### *1.4 Estado Democrático de Derecho*

La simple apreciación de un Estado de Derecho que actúe como barrera de protección normativa ante la generación arbitraria del derecho, en tanto a sus ordenamientos de corte sustantivo, si bien resulta necesario para la vida en sociedad, igualmente resulta insuficiente dentro de una sociedad que pugna por una estructura democrática, ya dentro de la misma sociedad así como dentro de sus órdenes normativo y gubernamental. Es decir, una democratización del mismo Estado de Derecho, que actúe no sólo como protección contra la norma sino contra las instituciones nacidas dentro de la democracia, en específico de una democracia representativa en la cual se aprecia una pluralidad política que en forma constante amenaza la integridad del régimen social.

Indispensable es la instauración de un mecanismo de control democrático desde el derecho, la oportunidad de un Estado Democrático de derecho que establezca una protección para la participación ciudadana, la separación de poderes y la protección de derechos y libertades sociales y políticas. Un control institucional de la democracia representativa llevada a cabo en ocasión de la poliarquía que se representa desde los partidos políticos como ejes centrales del proceso de politización democrática.

Al igual que el derecho requiere un control, la democracia requiere de una institucionalización que implique que sus principios generadores tengan la vital protección del derecho, otorgando legalidad y legitimación al sistema de gobierno

---

<sup>130</sup> RAZ, Joseph, *op. cit.*, pp. 30-31.

sobre la que se erige. Como señalara Elías Díaz implica hacer significar al Estado de Derecho como “la institucionalización jurídico-política de la democracia. Con él se trata de convertir en *legalidad* (normas, Constitución) el sistema de valores (libertad como base) que caracteriza a la *legitimidad* democrática.”<sup>131</sup>

Indudable es que toda conformación de Estado lleva en sí un ordenamiento jurídico, más no puede decirse que todo Estado con derecho sea un Estado de Derecho, para que éste último, en forma mixta entre lo formal y lo sustantivo, pueda generarse como tal, se requiere que el Estado se vea sometido al derecho, a su propio derecho creado a partir de la voluntad popular y consagrado por tanto en un ordenamiento de máxima vigencia, una ley fundamental, ley que garantice en todo tiempo y lugar una limitación y control de los poderes y de las actuaciones del Estado,<sup>132</sup> por medio de creación legislativa que respete derechos fundamentales compaginados con la forma democrática de la sociedad.

El imperio de la ley, *rule of law* en expresión anglosajona o *Rechtsstaat* en su traducción alemana, es lo que representa una legalidad entendida como seguridad, certeza jurídica y principio de legalidad, seguridad jurídica que posiciona al derecho en una base puramente normativa. Así el derecho establece y delimita el campo dentro del cual una determinada sociedad puede sentirse protegida. “El reino de la arbitrariedad es el reino de la total inseguridad; la lucha contra la arbitrariedad es, entre otras cosas, la lucha por la seguridad jurídica. La legalidad es siempre un progreso con respecto de la arbitrariedad.”<sup>133</sup> En última condición, de forma específica, el imperio de la ley como control constitucionalmente democrático del derecho.

Esta última traducción alejada de la simple legalidad que representa el imperio de la ley, forja una visión moral que reviste el ámbito de la legitimidad como

---

<sup>131</sup> GARCÍA DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho y Legitimación Democrática”, en CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano y VÁZQUEZ, Rodolfo (Coordinadores), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Edit. Siglo XXI, México, 2002, p. 61.

<sup>132</sup> Cfr. GARCÍA DÍAZ, Elías, “Estado de Derecho y Democracia” en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, Nº 19-20, 2001-2002, págs. 201-217.

<sup>133</sup> Véase al respecto: GARCÍA DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Edit. Taurus, España, 1976, p. 44.

fundamento ético del Estado de Derecho. Universo ético que no representa algo inherente a la existencia empírica del orden jurídico,<sup>134</sup> sino que se materializa en la idea de percibir el derecho como un debe ser y no como el que en la realidad es. Fundamentación ética que irremediablemente debe ser concebida a partir de la concepción democrática del Estado de Derecho.

Una concatenación de principios éticos derivados de las libertades y la efectiva autonomía individual de los sujetos sociales y la exigencia de políticas democráticas y participativas, que se vean representadas en la formación jurídica de las normas imperantes en el Estado, en la cual la condición política de las libertades e igualdades se vea concatenada. De este modo se da una conjunción del régimen gubernamental basado en una triple visión de la democracia, como fundamento moral, como apreciación política y como institucionalización jurídica de las dos anteriores.<sup>135</sup>

Sentando por hecho en retrospectiva, la postura Rousseauiana en la fundamentación ética de la democracia nacida precisamente a partir de la autonomía de los individuos, se presenta ahora como legitimación social del régimen gubernamental y jurídico-político del orden estatal. Una legitimación democrática del derecho hace del mismo sistema democrático, a decir de Elías Díaz<sup>136</sup> el más ético y el más justo.

Esta concepción ética de la democracia como legitimación del ordenamiento jurídico a través de su institucionalización, evoca una suerte de protección de la moral que reside en la autonomía individual de los sujetos, haciendo actuar al Estado de Derecho como legitimador de los valores éticos y políticos, mediante la creación del principio de legalidad dotándolo de fuerza coactiva. Volviendo al imperio de la ley en imperio de la voluntad popular, cuyo último fin es el dar certeza y seguridad jurídica a los ciudadanos, respecto de sus derechos.

---

<sup>134</sup> Sobre el valor ético del derecho véase: HAYEK, Friedrich August, *The Constitution of Liberty: the definitive edition*, The University of Chicago Press, University of Chicago, 2011.

<sup>135</sup> GARCÍA DÍAZ, Elías, "Estado de Derecho y Legitimación Democrática", *op. cit.*, pp. 61-62.

<sup>136</sup> *Ibíd.*

Sin duda, una formación del Estado de Derecho como producción histórica del liberalismo, en específico de aquel nacido en la Francia revolucionaria, sobre el estandarte de igualdad, libetar y fraternidad. Formación que ampara la triple postulación de esta forma de Estado, una conjunción de valores, legitimación y legalidad, producida sin más en la institucionalización de la democracia política. Por lo tanto, sólo puede hablarse de Estado Democrático de derecho, allá donde el *regne de la loi* sea instaurado como una expresión de la voluntad popular, en donde efectivamente se garantice una real separación de poderes<sup>137</sup> y todo ello legalmente soportado por la ley fundamental situado en lo que se denomina Estado Constitucional. Separación de poderes que dentro de la democracia representativa de los modernos, recae en un predominio directo del legislativo como órgano sobre el que se deposita la soberanía nacional.

Sobre estas posturas, siguiendo y coincidiendo rotundamente con Elías Díaz, podría decirse que sólo existe un Estado Democrático de derecho cuando éste se aprecia como la misma democracia, cuando se vinculan en forma inseparable cuatro caracteres generales que a saber son los siguientes:

1. Imperio de la ley como expresión de la voluntad general, imperio que recae sobre el Estado, gobernantes y ciudadanos;
2. División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. Diferenciación más que separación, con predominio en el legislativo;
3. Fiscalización de la administración recaída esencialmente en el poder ejecutivo. Fiscalización de orden constitucional, implicando la judicialización de tal procedimiento, en miras de su control jurídico. Igualmente, como control político de los gobiernos desde el parlamento, como mecanismo de control constitucional;
4. Protección de derechos y libertades fundamentales, razón de ser del Estado de Derecho. Implantación de garantías jurídicas que sirvan de

---

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 67.

mecanismos protectores de derechos fundamentales, de rigor constitucional.<sup>138</sup>

Incluso en nuestra actualidad, conveniente sería el establecer un quinto punto más para poder hablar de democracia en el Estado de Derecho, que es la salvaguarda y promoción de mecanismos de participación ciudadana, como voz semidirecta de la voluntad del pueblo, en la que los ciudadanos realmente tiene una participación activa en las cosas del Estado.

Dentro de este último carácter general, debemos hacer hincapié en la necesidad de protección de igualdades y libertades no sólo sociales y políticas, sino ahora también en juego aquellos derechos sociales, económicos y culturales, todos ellos nacientes en ámbito constitucional. Creación de una política institucional imprescindible que garantice las exigencias de diálogo con deliberación ilustrada y de doble real participación ciudadana ya desde la toma de decisiones, así como de la producción de resultados, siendo éstas las razones esenciales para el Estado Democrático de derecho.

Un modelo de Estado de Derecho perfilado sobre estas características generales de la institucionalización democrática, bien podría decirse que sólo puede ser generada a través de la normativización constitucional, es decir, dentro de un Estado Constitucional que marque los límites del control político en esa percepción constitucionalista de corte liberal y al mismo tiempo como un sistema fragmentador de las funciones estatales como separación de poderes en la protección de las relaciones Estado-ciudadanía.

Constitucionalización que opere como ordenamiento normativo en el que la libertad de los ciudadanos, en sus relaciones con el Estado, esté protegida mediante oportunas técnicas de división del poder político.<sup>139</sup> No una organización política cualquiera, sino una organización política liberal y garantista.<sup>140</sup> Apareciendo así la

---

<sup>138</sup> *Ibidem*, pp. 68-70.

<sup>139</sup> Cfr. GUASTINI, Riccardo, "Sobre el concepto de Constitución", en *Cuestiones constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 001, 1999, UNAM.

<sup>140</sup> Véase al tema de noción constitucional, por ejemplo: McLWAIN, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), Bolonia, 1990, pp. 27 y ss.; TARELLO, Giovanni, *Storia*

constitucionalización del ordenamiento jurídico como el máximo e imprescindible límite del poder político, podría decirse, de aquella mala implementación política de la democracia enervada por la partidocracia.

Estado Constitucional construido con base en sus funcionalidades y en la producción democrática de las mayorías y minorías, en el juego del consenso y disenso. Postura proteccionista de derechos políticos, libertades civiles e igualdades ciudadanas, no mediante la simple instauración normativa del derecho, sino con la percepción de medios que impliquen la efectiva aplicación del mismo ordenamiento sin excepción alguna a las funciones públicas y la existencia de mecanismos de rendición de cuentas que equilibre de alguna forma los actos de autoridad con la finalidad de preservar la igualdad política y el límite al poder.<sup>141</sup>

#### *1.4.1 Democracia y Estado Constitucional*

El valor que persigue el Estado de Derecho radica en el desarrollo organizacional del Estado mediante la eliminación de la arbitrariedad en la praxis estatal que afecta en medida los derechos de la ciudadanía. Ante esto, no cabe duda que esta forma de Estado como imperio de la ley establece uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales de corte liberal, connotación sustantiva que se enfoca a las funciones y fines del propio Estado, en tanto subrogado al orden normativo de carácter fundamental.

De esta forma, es la sociedad en tanto a sus propias exigencias y no la fuerza del Estado, lo que centra la conductividad de la organización en la comprensión del Estado de Derecho. Ya no una ley como expresión estatal, sino como voluntad general, como instrumento de garantía de derechos y no como imposición incondicional de intereses particulares. Concepción como sistema socio-jurídico.

---

*della cultura giuridica moderna*, V. I, Bolonia, 1976, pp. 22 y ss., pp. 559 y ss.; BARBERIS, Mauro, *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Bolonia, 1989, pp. 331 y ss.

<sup>141</sup> Cfr. O'Donnell, Guillermo, *Disonancias. Críticas democráticas a la democracia*, op. cit., pp. 179-202.

Estado caracterizado por su concepción de ley, entendida como acto deliberativo de un Parlamento representativo, concretado a decir de Otto Mayer<sup>142</sup> en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) subordinación exclusivamente a la ley, de los derechos ciudadanos; c) independencia del poder judicial con autonomía para la aplicación de la ley, respecto de las controversias surgidas entre ciudadanos y entre estos y la Administración del Estado.

El régimen constitucional sobre el que se establece el moderno Estado de Derecho, presupone la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes, barreras de protección en las relaciones gobernados-Estado, un modelo de condicionamiento de la autoridad estatal a la libertad discrecional del pueblo, siempre regido al marco legislativo, en específico al denominado principio de legalidad concebido como primacía de la ley. Expresando así la idea de la ley como acto normativo supremo e irreversible, acto sobre el cual no hay derecho o poder más fuerte con independencia de su forma o fundamento.

Este poder supremo de la ley conferido en esencia al poder legislativo en el que la soberanía del pueblo se encuentra como fuerza normativa absoluta, con el deber de asumir por entero el peso de las exigencias sociales que implican la regulación. Percepción del principio de legalidad como culminación de la tradición absoluta y despótica del poder ejecutivo, del poder del Estado.<sup>143</sup>

El Estado Constitucional de Derecho representado en su forma primigenia por el liberalismo de la Francia revolucionaria, cambia en la modernidad radicalmente respecto de las relaciones entre gobernantes y gobernados, implicando tanto la percepción de una Constitución como norma fundamental, como la creación, a partir de ésta, de todo un complejo sistema de constitucionalización del orden normativo, político y social, dentro del cual la legitimidad popular llevada a cabo por la supremacía constitucional establece el marco rector de la legalidad de las

---

<sup>142</sup> MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Aleman (1904)*, Trad. H. H. Heredia y E. Krotoschin, Vol. I, Edit. De Palma, Argentina, 1982, pp. 72 y ss.

<sup>143</sup> Cfr. DE TOCQUEVILLE, Alexis, *El antiguo régimen y la revolución (1932)*, Trad. D. Sánchez de Aleu, Edit. Alianza, España, 1982, p. 58

instituciones. De esta forma más que ser un texto de observancia general, se trata de maximizar los contenidos y decisiones políticas consagradas en él.

Este constitucionalismo de raíz francesa se expresa enteramente a través de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, específicamente dentro de su numeral 16, disposición normativa que enunciaba los elementos centrales de aquel constitucionalismo nacido contra el poder político de la monarquía, estableciendo que: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”, creando no sólo una dogmática constitucional, sino haciendo del Estado Constitucional de derecho, una forma de Estado constreñido esencialmente a dos pilares políticos de control: la protección de derechos fundamentales y la división del poder.

La defensa de la soberanía nacional como voluntad del pueblo y la participación ciudadana; La efectiva separación de poderes radicada en las funciones de la administración pública; y, la protección de derechos fundamentales; Establecen en esencia el centro de funcionamiento del constitucionalismo. A partir de esto, la organización y el control del poder político se han basado en los siguientes elementos:

- La titularidad de la soberanía recae en el pueblo;
- El origen del poder coactivo del estado no es divino ni hereditario, sino popular;
- Los órganos del Estado están integrados por representantes populares;
- El hombre y el ciudadano poseen derechos fundamentales que la ley tutela y garantiza;
- El ejercicio del poder se distribuye entre órganos jurídicamente estructurados y dotados de competencias limitadas;
- El poder del Estado se ejerce de manera limitada;
- Es precisamente el derecho el que fija los límites del poder, esencialmente por medio de dos instituciones, a saber: 1.- Los Derechos del hombre y del ciudadano y 2.- La división de poderes;



- Toda estructura se consagra en una constitución, ley fundamental del Estado y marco de referencia de la validez y de la legalidad del orden jurídico y del ejercicio del poder público;
- La constitución determina la génesis, el ejercicio y los límites del poder del Estado;
- Los órganos del poder público y los ciudadanos están sometidos a ella;
- Todos los actos de autoridad deben respetar los términos constitucionales de forma (estructura de los poderes), de fondo (competencia de cada órgano) y de legalidad (respecto del contenido de las normas);
- Las transformaciones del orden constitucional son reguladas previamente por la propia constitución.<sup>144</sup>

La pregunta obligada radica en ¿cuándo un Estado de Derecho llega a ser un Estado Constitucional? La respuesta la encontraríamos allá donde se pueda afirmar que la acción de los órganos o poderes constitucionales se ajustan a las normas jurídicas que los estructuran y los dotan de competencia, solo en este estadio podríamos encontrar en un Estado de *constitucionalidad y de legalidad*. En un aspecto formal bajo el rubro de constitucionalidad y Estado de Derecho, ahora en función del poder político.

Lo propio y característico del Estado Constitucional de derechos es que el poder se ejerce de manera limitada y normada por la ley, siendo precisamente el derecho el que fija los límites del poder. Una vez que la Constitución opera como norma fundamental, se instituye así un mecanismo de control constitucional de las leyes como facultad primordial del legislador, siendo el único legitimado para su creación.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad. Fundamentos teóricos y sistemas de control*. Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República, p. 90. Texto disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3180/9.pdf> [consultado en fecha 14/02/2018].

<sup>145</sup> Cfr. SASTRE ARIZA, Santiago, "Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado Constitucional (Notas al comentario de Antonio Peña Freire)", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, España, N° 35, 2001, p. 352.

Un Estado Constitucional se generaría en primera instancia sobre la existencia de una Constitución; En segundo término tendría que decirse que a fin de evitar el positivismo jurídico del que la historicidad del derecho de posguerra nos da cuenta, menester es el establecimiento de un régimen de rigidez, es decir, una Constitución rígida en la que se consagren los derechos fundamentales y la división de poderes que establezca mecanismos de control constitucional que sirvan de salvaguarda a la sociedad contra de la arbitrariedad del poder político.

La rigidez constitucional se vuelve una metagarantía<sup>146</sup> de la protección suprema de los derechos fundamentales que, a decir de Covián Andrade podría decirse que el poder político tiene un ajuste al Estado Constitucional, al menos en *prima facie*, pues irrisorio sería el tratar hacer del derecho un mecanismo que pueda conjuntar en su praxis todas las caras y medios sobre el que este poder puede aparecer.

Si al ejercer el poder político se respeta el Derecho se cumple el objetivo esencial del Estado Constitucional y resulta ocioso preguntarse lo mismo en otros términos, es decir, ¿el poder político que se ajusta a la norma es legal y constitucional? Sin embargo, esta forma de plantearse el problema pierde de vista que poder político es dinámico y polifacético y que por ende, no puede ser aprehendido en todas sus manifestaciones y vertientes por la norma jurídica.<sup>147</sup>

En esta temática y derivado del abuso democrático que se ha dado en nuestro país a partir del uso de partidos políticos como centros de poder, obligado resulta retrotraernos a los ideales que dieron origen a ese constitucionalismo liberal francés, postulándoles ahora contra esa partidocracia que se eleva como nuevo jerarca, en mayor medida desde la postura del Poder Legislativo. Constitucionalismo que limite al poder público-político, mediante la constitucionalización de principios rectores del Estado de Derecho, controlando permanentemente el poder político y verificando que su ejercicio no conduzca a una violación de fondo de las normas constitucionales.

La constitucionalidad como condición en el ejercicio del poder, requiere para su análisis de un enfoque simultáneamente jurídico-normativo y político-práctico,

---

<sup>146</sup> ARROYO CISNEROS, Edgar Alán, *Estado Constitucional, Poder Legislativo y Democracia*, Edit. Porrúa, México, 2017, p. 5.

<sup>147</sup> COVIÁN ANDRADE, *op. cit.*, p. 95.

lugar donde se incrusta como un límite más la democracia en tanto fundamento de la rigidez constitucional, pues si los preceptos constitucionales pudiesen ser modificados con la celeridad y frecuencia con que ocurre tratándose de cualquier ley ordinaria, se correría el riesgo de que el fundamento legal del Estado, producto de un acto de soberanía constituyente, pudiese ser fácilmente modificado en su esencia por un poder constituido, asamblea legislativa o congreso. Así, el orden constitucional y la vigencia del Estado de Derecho tendrán que estar garantizados desde tres vertientes, que a saber son:

- Supremacía constitucional;
- Rigidez constitucional; y
- Límites al ejercicio del poder político mediante la distribución de competencia y los derechos de la ciudadanía, reconocidos en la constitución.

La constitución, ley superior, sólo puede ser reformada entonces, en circunstancias especiales y con observancia de procedimientos *ad hoc* para su revisión. La rigidez constitucional tiene como objetivo central el de salvaguardar la permanencia de la constitución y su carácter de norma superior de la que deriva el resto del orden jurídico positivo escalonadamente.<sup>148</sup>

En última instancia, el Estado de Derecho se dirige esencialmente a controlar el propio Estado y sus instituciones por medio de las cuales ejercita su poder, así como a sus representantes y gobernantes, obligándolos a guiar sus actuaciones con total apego a las normas jurídicas emanadas por el orden constitucional, cual imperio de ley, en una relación de principios rectores del ordenamiento social, político y jurídico.

Estado en el que las regulaciones normativas se producen desde la libre participación democrática, obligando con todo rigor a que los poderes públicos se muevan sólo dentro del espectro de las leyes, prohibiendo y persiguiendo cualquier desapego o actuación contraria a él mediante el abuso del poder. Orden

---

<sup>148</sup> COVIÁN ANDRADE, *op. cit.*, p. 95.

constitucional que limite el mismo poder del Estado, entendiendo como lo hizo Weber, que el Estado “es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio [...], reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima.”<sup>149</sup>

Ante este poder desmedido del Estado, forzoso es el implementar mecanismos de pesos y contrapesos que limiten precisamente la actuación de éste, sin el cual nada implicaría que el mismo se convirtiese en un Estado delincuente como lo enuncia Elías Díaz, al manifestar que de ningún modo el Estado puede responder al delito con el delito, a la violación de la ley por el delincuente con la violación de la ley por el gobernante o sus representantes.<sup>150</sup> Siendo la democratización del Estado Constitucional ese límite indirecto del poder, precisamente sobre el marco del imperio de la ley constitucional.<sup>151</sup>

Sólo dentro de esta forma democratizante del Estado de Derecho como limitante al poder político puede tener cabida el imperio de la ley fundamental como imperio de la Constitución. Por tanto, todo Estado de Derecho moderno, es necesariamente un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, donde el juego de mayor importancia recae dentro del Poder Legislativo como poder constituido a partir de la norma fundamental y, por ello, subsumible a la misma voluntad constitucional que le da vida a fin de evitar los excesos presentados en el liberalismo constitucional del que se ha hablado. De esta forma la división de poderes actúa en forma inminente como el más claro de los principios limitadores del poder político.

Un Estado de Derecho que salvaguarde en forma vital los derechos humanos y pondere la división de poderes, por vía de la mecanización constitucional y su necesaria democratización, tendría que ver a la democracia no sólo como régimen político, sino ahora como principio constitucional, pues al representar la voluntad

---

<sup>149</sup> WEBER, Max, “La política como vocación”, en *El Político y el Científico*, Edit. Alianza, España, 1991.

<sup>150</sup> GARCÍA DÍAZ, Elías, *op. cit.*, p. 71.

<sup>151</sup> La mejor defensa de la legalidad y la legitimidad exige actuar siempre en el marco de la Constitución y del Estado de Derecho: no sólo esto es más justo, y más legal, sino que incluso tanto a corto, como a mediano y largo plazo, preocupándose por contar con adhesiones sociales más fundadas e ilustradas, una mayor y mejor legitimación, será además mucho más eficaz para todo el sistema político social. *Ibid.*

popular por vía de la representatividad recaída en los legisladores, ponderando la participación ciudadana, tendría el carácter jerárquico y omnipresente de respeto constitucional cual si de derechos humanos estuviésemos hablando. La democracia se vuelve así esencia y presupuesto para hablar de Estado Constitucional de derecho.

Conjunción del constitucionalismo y la democracia como ejes sistemáticos en la edificación del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, ya entendido como una democracia constitucional o bien la operatividad de un constitucionalismo democrático. En esta relación entre democracia y constitucionalismo es donde la política y derecho se entrelaza en el entendido de que las normas jurídicas son producto del poder político y éste a su vez se ve limitado por la existencia del derecho que lo legitima a partir de los valores y principios constitucionales.<sup>152</sup> Así, derecho y poder son interdependientes, con igualdad de importancia para la convivencia democrática y la defensa de los derechos fundamentales.

#### *1.4.2 Democracia Constitucional*

Como se ha podido apreciar hasta este punto, el estandarte que pondere tanto la protección de derechos humanos como la autorregulación del poder político por vía constitucional, requiere necesariamente de la presencia del mecanismo democratizante en la vitalidad de las libertades de los modernos. Amalgamamiento que no puede tildarse como corolario inevitable de las diversas formas de Estado, pues dentro de los dos puntos en pugna, es decir, del constitucionalismo liberal y el factor democracia podemos encontrar puntos de quiebre.

Estos puntos de fragmentación radican en las concepciones de libertades de ambos conceptos. Por un lado, la libertad de los antiguos y por la otra, la libertad de los modernos<sup>153</sup> o lo que es lo mismo las libertades positivas y las libertades negativas, punto que dentro de su escrito “La libertad de los antiguos comparada con

---

<sup>152</sup> Cfr. SALAZAR UGARTE, *op. cit.*, p. 236.

<sup>153</sup> CONSTANT, Benjamin, “La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en *Principi di política*, Edit. Riuniti, Roma, 1970, p. 44.

la de los modernos” rebatiera Benjamin Constant. Así el primer liberal en advertir el inminente riesgo de conjuntar el constitucionalismo liberal y la práctica democrática, en específico aquella llevada en forma directa donde la libertad negativa, es decir, aquella forjada desde fuera, se vería inexistente. Formas antagónicas en la percepción de libertad entre liberales y demócratas, pues la concepción de los antiguos amenaza en medida la de los modernos, ya que se basa en una acción colectiva constante y activa, para nada idóneo a la imagen de una soberanía relativa y limitada, representada con toda fuerza y vigor dentro de una ley fundamental.

En forma no contraria a la pugnada por Constant, se aprecia la idea de Tocqueville en sentido de conjuntar ambos conceptos, ello dentro de su viaje a Estados Unidos, en el que por vez primera encuentra la unión entre un liberalismo constitucional y la práctica democrática, basada al respeto irrestricto de la ley. Como ya se comentaba, una constitucionalización de la supremacía constitucional en términos de democracia. Lugar en el que el principio democrático se convierte en el presupuesto necesario para hablar de Estado Constitucional y para conceder a la misma Constitución el estatus de reina, pudiendo despegar sus plenos efectos político-jurídicos. Como argumentara al respecto Ruipérez, este principio democrático operante en Estados Unidos en la conjunción entre liberalismo y democracia implica que:

Al concebir el texto constitucional como la obra de un pueblo que, por ser soberano, puede imponer su voluntad a todos (Wise, Heller, etcétera), el código jurídico-político fundamental se erige en esa *lex superior*, que se define por ser una norma de obligado cumplimiento, cuyos mandatos se imponen tanto a la voluntad de los ciudadanos aisladamente considerados, como, y esto es lo realmente importante, a la de quienes en cada momento ocupasen el poder político.<sup>154</sup>

De esta forma, Tocqueville<sup>155</sup> se convierte en el primero en advertir la compatibilidad entre liberalismo y democracia, más apuntando de igual forma que al ser instituciones con percepciones distintas de las libertades, habría que establecerse entre ellas límites concretos; por un lado, el límite al derecho con base

---

<sup>154</sup> RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *El Constitucionalismo democrático en tiempos de la globalización. Reflexiones rousseuanianas en defensa del Estado Constitucional democrático y social*, IJ-UNAM, México, 2005, p. 92.

<sup>155</sup> Véase: DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1963.

en el constitucionalismo y, por el otro, un límite a la democracia de la mano de un poder judicial libre como mecanismo de peso y contra peso al poder democrático, así como una multiplicidad de asociaciones en las que la ciudadanía recobraría el control social. Una “democracia como desarrollo”,<sup>156</sup> como un producto deseable y positivo en el liberalismo.

Democracia constitucional que como pusiera de relieve Salazar Ugarte, solamente es posible ubicándonos del lado del liberalismo, más necesario desde la perspectiva de la democracia.<sup>157</sup> Esta aseveración la realiza en oportunidad de poner entre dicho las cosmovisiones recaídas en las concepciones del individualismo y su postura frente a la colectividad, considerando así al individualismo ético como el fundamento del liberalismo constitucional y la democracia.

De esta forma los derechos de libertad negativa que pugnan por una visión del desarrollo del individuo fuera de la esfera estatal, así como los derechos de la libertad positiva que se originan en la imagen del individuo como colectividad desarrollada dentro del Estado, logran superponerse en una interdependencia en la que el constitucionalismo reivindica la libertad del individuo ante la sociedad como gobierno de la ley y la democracia reivindica la libertad del individuo en la sociedad, desde la labor del soberano como Poder Constituyente, generador de esa ley principal.

Es la relación ética del individuo lo que constriñe ambas posturas a su comunión dentro de la democracia constitucional. Postulado axiológico compatible en el que se requiere la garantía de la individualidad del sujeto que actúa en forma autónoma, reproduciéndose ésta autonomía en aquellas garantías fundamentales del liberalismo. Así, tanto liberalismo y democracia se vuelven presupuestos necesarios el uno del otro, entendiendo que la democracia de los modernos con sus derechos

---

<sup>156</sup> MACPHERSON, Crawford Brough, *La democracia liberal y su época*, Edit. Alianza, España, 1982, pp. 60-80.

<sup>157</sup> SALAZAR UGARTE, *op. cit.*, p. 146.

de libertades positivas, sólo son posibles sobre la base del liberalismo político<sup>158</sup> en el reconocimiento de ciertos derechos de libertad negativa.

De esta forma, no sólo una legalización por vía constitucional de la democracia, sino una democracia vista como contempladora de derechos fundamentales garantizados por la constitución, de aquellas garantías propias del liberalismo, con lo que logra plasmar en la norma fundamental los mecanismos del sistema de participación ciudadana, es decir, los derechos democráticos como principio constitucional.

[...] dotar la producción o proceso de los derechos democráticos con la idea de equilibrio entre las acciones del Estado y la participación del ciudadanos (sic) a efecto de garantizar el ejercicio del poder público bajo la toma de decisiones colectivas, elevando los principios democráticos a la supremacía constitucional para que el Estado tenga la obligación de respetar la expresión activa del ciudadano, dado que este último es quien faculta con su poder soberano la actividad del mismo Estado.<sup>159</sup>

La base teórica de la democracia constitucional radica esencialmente en convertir la concepción moral del individuo como persona democrática por vía del constitucionalismo, en una concepción democrática de derechos fundamentales cuyo titular es el mismo individuo en su concepción social. Noción que pone de relieve Robert Alexis al señalar que “el derecho del ciudadano frente al Estado de que éste no elimine una posición jurídica del ciudadano es, por tanto, un derecho a que el Estado no derogue determinadas normas.”<sup>160</sup>

Sólo teniendo al liberalismo constitucional como garantía de legitimación activa de todos los sectores sociales producidos por la pluralidad, se puede impregnar al Estado tanto el compromiso constitucional, como el principio democrático, generando así una naturaleza constitucional democrática.<sup>161</sup> Una moral vinculante en el principio democrático y el derecho nacido a partir del constitucionalismo, donde se aprecie la labor del soberano como poder constituyente

---

<sup>158</sup> Kelsen, Hans, “I fondamenti della democrazia”, en *La democrazia*, Edit. Il Mulino, Bolonia, 1998, p. 196.

<sup>159</sup> REYNA LARA, *op. cit.*, p. 35.

<sup>160</sup> ALEXIS, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 194.

<sup>161</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 13.



recaído en la totalidad de la sociedad, en la moral social, comprendiendo como lo hace Santiago Nino que “el valor de la democracia reside en su naturaleza epistémica con respecto a la moralidad social.”<sup>162</sup>

Puede observarse entonces, una democracia constitucional basada a la protección de derechos fundamentales y separación de poderes desde la pluralidad y sobre el control de la constitución como ley suprema, vinculando de esta forma el ejercicio del poder político y a su limitante inmediata que lo es el reconocimiento de derechos ciudadanos como actuaciones activas en la toma de decisiones desde el poder legislativo, ante los diversos órganos e instituciones del Estado, reconociendo y poniendo en marcha la funcionalidad del valor democrático de los derechos del ciudadano.

Constitución emergida a razón de un poder constituyente que enaltece la voluntad popular de los ciudadanos como soberano, agotado en la entrada en vigor de ese código constitucional, convirtiendo a la ciudadanía en un poder constituido más, amparado a partir de la labor inmediata del poder legislativo.

Todo derecho habrá de tener su fuente en la voluntad soberana del legislador político, en tanto representante de la colectividad,<sup>163</sup> más siempre en el entendido de ser éste igualmente un poder constituido limitado por el mismo derecho y en virtud del mandato representativo que se le ha confiado por parte de la democratización constitucional, que en palabras de Böckenfôrde implica que:

El poder constituyente del pueblo tiene que poner de manifiesto también, y de modo específico, su referencia al pueblo real como magnitud política... Tiene, pues, que definirse con la fuerza y la autoridad que corresponden al pueblo (en el sentido de una competencia preconstitucional) para establecer una Constitución con pretensión normativa de vigencia, para mantenerla y cancelarla. Y como tal no es algo que actúe de una vez por todas, en el acto de establecer la Constitución sino que se mantiene como algo dotado de existencia permanente. De él deriva el que las decisiones

---

<sup>162</sup> NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Edit. Gedisa, España, 1997, p. 154.

<sup>163</sup> HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Edit. Trotta, España, 1998, p. 572.

fundamentales de la constitución... se mantienen como algo dotado de existencia o se vean erosionadas. La fuerza normativa de la Constitución depende de ello.<sup>164</sup>

Por otro lado, es necesario advertir que aun cuando el principio democrático sea elevado a mandato constitucional, ello no implica necesariamente la consolidación del ideal de la democracia constitucional, pues como ya se ha dicho, esta pugna por la defensa irrestricta de derechos fundamentales es igualmente una lucha por un modelo de protección de derechos sociales derivado de la garantía de pluralidad dentro del régimen democrático.

En este punto, el constitucionalismo mexicano nacido en 1917, resulta el pionero en la instauración de un modelo de Estado Constitucional y Democrático de Derecho, ponderando la protección de derechos sociales, a lo que Elías Díaz mencionara como el actual Estado social y democrático de derecho.<sup>165</sup> Siendo el inicio de una democracia constitucional imperfecta que viera su culminación en la Constitución de Weimar de 1919, dentro de la que se ciernen los elementos que en la actualidad caracterizan a este esquema de Estado de Derecho:

- Constitución democrática emanada de un poder constituyente que expresa la soberanía del pueblo;
- Reconocimiento y protección de derechos individuales;
- Reconocimiento y protección de derechos sociales;
- Inviolabilidad de esos derechos por orden constitucional;
- Existencia de un control de la constitucionalidad de las leyes secundarias

Así, una concepción de igualdad no solamente formal, sino material, en la defensa de la igualdad de derechos de libertad y de derechos democráticos, es decir, esta protección de libertades tanto positivas como negativas, promotora del mismo derecho-poder de participación política. Mutación de la idea ética del individuo por

---

<sup>164</sup> BÖCKENFÖRDE, Wolfgang-Ernest, *Estudio sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trad. Rafael Agapito Serrano, Edit. Trotta, España, 2000, p. 137.

<sup>165</sup> Véase al efecto: GARCÍA DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y legitimidad democrática*, op. cit.

una de corte social, en la que plasma la superioridad del sujeto en lo colectivo por la del hombre aislado, permitiendo así un desarrollo individual del mismo.<sup>166</sup>

De esta lista concretada en la constitución de Weimar de 1919, pueden destacarse los cimientos necesarios para hablar de una democracia constitucional, específicamente en la tendencia protectora de derechos sociales y la instauración de mecanismos protectores de la constitucionalidad de las leyes secundarias que necesariamente tienen que seguir el ordenamiento fundamental.

Una Constitución como orden jurídico esencial del contenido material de la norma, en palabras de Hesse como “orden con un contenido determinado, recto y por ello legítimo”,<sup>167</sup> unión indispensable entre soberanía y derechos fundamentales, entre Estado Constitucional social y democracia, percepción legitimadora del Estado Constitucional que Llorente enuncia en su concepción de Constitución como aquella entendida en términos de “ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de un modo tal que estos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder.

No hay otra Constitución que la Constitución democrática”,<sup>168</sup> así la democracia resulta ser el principio legitimador del mismo Estado Constitucional, siempre organizado sobre las siguientes bases:

- El poder está limitado por el Derecho;
- La constitución organiza y delimita al poder;
- La constitución es la ley suprema del Estado;
- Todas las leyes derivan de ella en una sucesión piramidal en cuya cúspide está la ley fundamental;

---

<sup>166</sup> SALAZAR UGARTE, *op. cit.* P. 150.

<sup>167</sup> HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, p. 15. Cita en Aguilera Portales, Rafael Enrique, *op. cit.*, p. 18.

<sup>168</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco, “La Constitución como fuente del derecho”, en *La forma del poder*, Madrid, 1985, p. 87.

- El valor jurídico de superioridad o supremacía constitucional crea y determina la jerarquía de las normas jurídicas, las cuales están subordinadas las unas a las otras (constitución, ley, reglamento, sentencia, etc.).

## CAPÍTULO II. DIVISIÓN DE PODERES, ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA

### 2.1 Nota Introductoria

Las voces *democracia*, *constitucionalismo* y *Estado de Derecho* han concebido al *poder* como el elemento central que ha servido como piedra angular de soporte y unión en sus respectivas interacciones. Elemento que incluso ha superado la función originaria sobre la que se adoptó, incluso llegando a ser un requisito *sine qua non* del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Para muestra de ello basta con recordar que la existencia misma del Estado, el derecho y la democracia no son más que ocasiones en las formas del poder, algunas veces desde la tribuna con la voz viva pronunciada en busca del consenso, otras en la organización política de la sociedad y otras más en las formas de conducción de lo social respecto a lo idóneamente deseable.

La idea del poder presupone la concepción unitaria de éste, más para su conservación, adecuado manejo y desarrollo se requiere pensar en su forma de control. Al igual que sucediese con el derecho cuyo limitante lo es el Estado de Derecho y éste a su vez encuentra su límite concreto en su racionalización por medio de la ley fundamental, el poder requiere de control. La propia Constitución ha sido el mecanismo democrático que sirve de barrera de contención a la práctica del poder, forjando el sistema de frenos y contrapesos en las atribuciones y funciones de orden jurídico-político que desarrollan los sujetos sobre quienes recae la práctica del poder, lo que en términos concretos se ha denominado división del poder.

División del poder que en su momento enunciara Montesquieu en referencia a la forma de organización política del Estado, desarrollada sobre la distribución de atribuciones y competencias. Pluralidad que permite para efectos organizativos diferenciar las partes de la totalidad que representa el Estado, haciendo de cada parte en esta totalidad una entidad independiente, nunca innecesaria para las restantes que la complementan.

Garrafal entender que esta división de funciones se encuentre depositado en un solo individuo o perteneciente sólo a una parte de la sociedad representada dentro del Estado Democrático. A decir de la teoría de la división de poderes, la estructura del Estado se aprecia correlacionada en un Poder Ejecutivo, uno de corte Legislativo y el último de orden Judicial, logrando un adecuado equilibrio que postra al poder como una idea aceptable en la sociedad.

Más que una división del poder resulta observarse una separación de las funciones del poder que conlleva a su potencialización desde diversos focos de aplicabilidad, ya desde la administración estatal y la representación constitucional en ámbito legislativo, hasta la aplicabilidad normativa como orden de control de la constitucionalidad. Se da cuenta con ello, de un mecanismo complejo de balances y contrapesos que opera como fuerza productora de relaciones interconectadas en la configuración del Estado, implicando un adecuado constructo de funciones, facultades y límites de igual intensidad respecto a cada parte en que se deposita el ejercicio del poder.

La mecánica contemplada en esta separación como balance y equilibrio ha dejado de lado la idea de si el poder es necesario o no, pues en toda relación social inexorablemente resulta ser un elemento configurador; lo realmente importante en este punto es la interrogante de si ¿es posible el control del poder?, entendiendo a éste desde la imagen del Estado. En forma concreta de aquel tipo de Estado que se ha venido desarrollando desde los ideales liberales, un Estado Constitucional democrático y social de derecho.

Aunque resultaría fácil decir que es posible el control del poder desde su racionalización constitucional y su comprensión democrática. La realidad parece virar en sentido contrario, baste con observar el juego político de las élites partidistas, los excesos en la aplicación de la violencia legitimada que pertenece al Estado, el desapego constitucional de quienes ejercen el mandato representativo, la violencia política, etc., situación que nos lleva a replantear la facticidad del control del poder y ahora dirigir la mirada a la necesidad de controlar ya no el poder, sino el exceso desde él. Como lo mencionara Diego Valadés “separar los poderes o controlar el

poder es una necesidad para la subsistencia de la libertad. Tanto mayor sea la órbita de influencia del poder, tanto más restringida será la de las libertades individual y colectiva, y viceversa”.<sup>169</sup>

De esta forma, el principio de división de poderes se configura como el pilar fundamental de la soberanía estatal. Principio que bien podría tildarse como un derecho fundamental de la organización política, derecho perteneciente a la identidad del sujeto individual en colectividad y de tan alto rango que ha sido considerado como constitucionalmente indispensable en Estados que se digan democráticos de derecho. Principio cuyo fin último es la protección de la libertad individual y colectiva de la sociedad.

Cualquiera que sea la interrogante sobre la que se plantee el control del poder dentro de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, tendría que pensarse sobre la idea de su separación, ya para evitar su concentración, su exceso práctico o su desbordamiento. Separación de poder que requiere de mecanismos de autocontrol, en estricto sentido desde la constitucionalidad de éste en cuanto al poder jurídico, así como desde la legitimación democrática del poder político. En conclusión, dos claras formas de contención del poder, una derivada de su conformación autoaplicativa y la otra a razón de la actividad ciudadana.<sup>170</sup>

El escenario hasta aquí vertido, focaliza la práctica del control del poder desde su división, desde la pluralidad para la existencia democrática del Estado. Comunió n entre su contención interna y externa, específicamente en cuanto a la praxis institucional forjada históricamente por la ciudadanía en lo que se ha denominado partidos políticos, que a la evolución de estos como mecanismos externos de poder se han vuelto nuevos focos autoaplicativos de un poder en apariencia diverso respecto del que se pretende controlar, realizando una extensión desmedida del mismo.

Si bien puede hablarse de un solo poder Estatal dividido para su aplicación en tres instituciones, cierto es que la actualidad del país ve generada en las prácticas

---

<sup>169</sup> VALADÉS, Diego, *El control del poder*, UNAM-EDIAR, Argentina, 2005, p. 2.

<sup>170</sup> *Ibíd.*

políticas una nueva forma de aparición de este poder, ahora de la mano de la partidocracia, que más que servir como un mecanismo para el control del poder se ha vuelto una forma de lucha para la obtención del poder desde el poder, incluso gozando de protección constitucional más alejado del control democrático en forma interna.

Los partidos políticos como protagonistas de este poder dinámico de la sociedad, se presentan como el medio de control más eficaz pues son tan plurales como el número de agentes ciudadanos que lo integran. Sin embargo, como advirtiese Valadés, el problema de nuestros tiempos es que a veces los agentes políticos confunden sus papeles naturales, dándose casos de partidos políticos que entienden su función opositora en el discurso del disenso como medios dirigidos contra el poder, cuando tal función debiese ser direccionada contra el discurso partidista de los partidos contrarios.<sup>171</sup>

No es conveniente establecer que éste sea un nuevo poder independiente al ya configurado en el Estado, más bien habría que decirse que es una parte más del Estado, ante el cual los límites internos de corte autoaplicativo han sido obviados en esta lucha constante por su adquisición, lo que genera una crisis para el mismo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Esta presunta confusión en el direccionamiento de los agentes políticos resulta contraproducente pues en vez de figurar una opción al ejercicio de control del poder resulta ser un eje encaminado al ejercicio desmedido del poder. Por tanto, una lucha por el poder y en ocasión de la partidocracia, una lucha desde el poder.

En todas estas constantes sobre las que es apreciable el uso del poder y su invariable lucha para lograr su control, inminente ha sido el uso de las Constituciones como fenómeno excluyente de estas tendencias, en tanto al uso de mecanismos jurídicos que sirven como mecanismos conciliadores del ejercicio del poder eficazmente distribuido entre las diversas instituciones estatales del conglomerado social. Así el constitucionalismo ha atenuado los efectos desprendidos de las luchas

---

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 5



constantes contra y por el poder, normándolas mediante la imposición de reglas y límites mejor conocidos como separación de poderes.<sup>172</sup>

Infructuoso sería ejercer una lucha contra el poder, pues éste resulta vital en la vida social. Lo que ha hecho el constitucionalismo, consiste en establecer medios de arreglo en el poder, específicamente mediante la normativización de los caminos que han de seguirse para poder acceder a él, como lo son los procedimientos electorales. Las acciones democráticas de la ciudadanía, como consagración de derechos político-electorales, son libertades públicas decisionales y selectivas que llegan a fraguar en el intento de arreglo del poder desde las organizaciones partidistas para la integración de los órganos del Estado.

Sin embargo, esta integración constitucional hace de los agentes políticos configurados a partir de los partidos políticos, centros del poder desde dos enfoques diferentes; Por un lado, los contempla con funciones de control interno y, por el otro, con funciones de control externo, con la vulnerabilidad más radical posible de no estar completamente controlados, en orden constitucional. Lo que apertura en nueva cuenta una puerta para el exceso ejecutivo del poder, ahora partidista desde ambos sectores, interno y externo.

Los partidos políticos evolucionan a formas omnipresentes del poder, no en su contención sino en su control, con libertades ilimitadas para poder ejercerlo y decidir la mejor forma en su aplicación desprendida de la voluntad particular de quienes controlan tales organizaciones, configuración totalitaria de las élites partidistas. “El efecto concentrador del poder se potencia, y con ello lo hace también una suerte de impunidad para las elites, con lo que la funcionalidad de los controles, internos y externos, resulta más o menos atenuada.”<sup>173</sup>

Ahora, la democracia ya no es representada por mandatarios en estricto sentido, tal atribución ha recaído insólitamente en los partidos políticos que ejercen la doble función de gobierno y oposición, son así la base democrática o desdemocrática del Estado como quiera que pueda observarse. Organismos que controlan el poder

---

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 8.

frente a los electores, como se dijo, crisis del Estado Constitucional y Democrático de Derecho en el que ya no se discute si hay un gobierno de hombres o de la ley, ahora un gobierno de partidos políticos.

Tales aseveraciones pueden encontrar total concordancia con los tiempos que vive nuestro país, tiempos de fiestas electorales, de impunidades y desprestigios sociales. La prueba rotunda de este enfático control y lucha por el poder desde el poder, ha sido la constante en los últimos años de disputas electorales en las que la alternancia arrancada del hegemonismo partidista que la historia del país ha corroborado, ha dejado no una confronta de ideales o proposiciones a la configuración de directrices estatales, sino una vil confronta de desprestigio particular contra los opositores partidistas, llegando sin más a la violencia física, que ha llevado a situar al actual proceso electoral, sin duda, como el más sanguinario de la historia moderna de México.

Este fenómeno apolítico propio de la partidocracia actual, implica internamente el límite mayormente marcado para el control del poder y el adecuado asentamiento de la separación institucional de éste en el Estado, con lo que se hace indisociable el control, así como la misma idoneidad de las instituciones controladoras. Controles que lejos de asentarse en ámbito público se postulan como asuntos particulares centrado en los titulares de estas élites cuyo único propósito es el de bloquearse entre sí mismo en forma recíproca, haciendo de los asuntos públicos sólo un disfraz para el cuerpo electoral al que posiblemente nunca pretendan abocarse.

Menester resulta el recurrir a aquellos ideales liberales que en su momento se instituyeron como la mejor praxis de control del poder, ahora enfocados al control institucional y organizacional, teniendo como balaustral que separe su ejercicio a la misma constitucionalización y democratización de éste. Constitucionalismo que establezca los límites funcionales democráticamente aceptables.

Sistema constitucional democrático donde el poder sea efectivamente distribuido en forma institucional, que sea eficazmente regulado estableciendo sus límites por medio de frenos y contrapesos, sistema en el que la alternancia sea el

mecanismo idóneo para asegurar la certeza jurídica del cuerpo electoral, en que el poder pueda ser predecible incluso respecto de la actividad que los mandatarios puedan realizar y, sin duda, un sistema en el que el poder pueda ser controlado desde el poder absoluto de la soberanía nacional.

Niveles de equilibrio que pueden simplificarse en que el poder debe: a) estar distribuido, b) ser regulado, c) estar limitado, d) ser accesible, e) ser predecible, f) ser eficaz, y g) estar controlado<sup>174</sup>; patrones en los que debe primar la racionalización del poder por vía democrática en donde se gesten un ambiente de censo y no de desconfianza en el ejercicio temporal de las funciones de administración del Estado.

Dispositivos constitucionales de orden rígido donde el desborde y exceso del poder sea el mal menor. Control constitucional de las formas en que el Estado puede ejercer el poder, en el que sus instituciones no pueden hacer uso indebido de ellas. En conclusión, orden democráticamente constitucionalizado de la eficaz división del poder.

El mayor problema del control del poder se da en la vida institucionalizada de la sociedad por medio de las prácticas políticas, en los que intermitentemente se aprecia modelos de control que se alejan de lo político, como lo son los derechos humanos, las relaciones sociales, las culturas de paz, la descentralización administrativa y las nuevas formas de procedimientos electorales en los que los partidos políticos no son los únicos intervinientes. Contra estas nuevas propuestas de control, se ha generado una nueva división de poderes que se aleja incluso de la forma doctrinaria, apareciendo ahora como un poder político, un poder económico y un poder mediático.

Si bien no son nuevos poderes, sí son factores que condicionan el control del poder, factores que determinan la lucha por el poder. Bien podría decirse que las instituciones partidistas se enfocan ahora, al control y dominio de esta naciente forma de división del poder, olvidando en su paso la funcionalidad estatal como representantes de la sociedad.

---

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 9.

El camino se labra hacia la necesidad de controlar al menos dos de estas formas de intervención del poder con lo cual la tercera de ellas por inercia de sobrevivencia llega a su comunión. Los agentes partidistas que controlan ya el poder político se encuentran en constante lucha por el poder, mediático o económico, lo que los sitúa en una ventaja respecto de quien sólo pueda controlar uno de ellos.

Menudo problema encuentra el constitucionalismo actual en esta creciente división del poder y necesidad de controles eficaces para su contención; Por un lado, los poderes de orden administrativo: Ejecutivo, Legislativo y Judicial y, por el otro, factores reales de poder del orden social: Político, Económico y Mediático. En un espectro, instituciones necesarias para el sistema Estatal y, en otro, derechos que el Estado Constitucional ha tenido que defender como propósito de libertades e igualdades.

La pregunta a la necesidad de controlar el poder cobra mayor vigencia ante este panorama. En un Estado controlado por una partidocracia de instituciones como nuestro país, menester es el replantear el papel que debe tener la Constitución en el sentido de ser ésta la única expresión que fija las formas en las que el poder puede y debe expresarse, determinando los controles precisos a partir de la voluntad constitucional del pueblo expresado por medio de la soberanía nacional. Forjando así, medios estables, seguros, libres y justos.

Control fundamental que se expresa ahora en un sentido tanto jurídico como político a partir de la misma constitución, demarcando los alcances y límites de estos. Por una parte, la necesidad normativa de la división del poder y por el otro la configuración normativa-política de las instituciones partidistas con medios democráticos.

La normativización de la división de poderes no basta con su simple enunciación, evoca toda una gama de facultades como obligaciones de los representantes ante el cuerpo electoral como fundamento del control de la constitucionalidad respecto de leyes secundarias. Así mismo, de garantías procesales inminentes como formas de mantener el control en frenos y contrapesos

entre los órganos poseedores del poder. Garantías que se revisten de constitucionalidad incluso como controles internos del poder a nivel constitucional sin los cuales el ejercicio democrático no tendría funcionalidad, pues en razón democrática es donde se expresa con mayor pericia el control constitucional de las instituciones estatales en el ejercicio del censo y el disenso.

Sieyès expresa la distinción entre control político y control jurídico, y con relación a éste último propone un control de constitucionalidad enfocado al proceso de representación, sujetos a quienes se les tendría que mantener en “presencia de la masa, bajo la fuerza moral y física de ésta, sin la cual se desembrazarían pronto las normas constitucionales”.<sup>175</sup>

Este fundamento de control deriva pronto a la labor legislativa como la institución que controla el poder desde la legitimación de las leyes en beneficio de la soberanía. En coalición de este control constitucional que engloba al legislador cual representante del pueblo, se encarna el control político en la cohesión de la voluntad constitucional no representada en el partidismo sino en la generación democrática de sus electores. “En cuanto a los aplicadores de la ley, la solución es fácil, pues estos han de obedecer a aquélla (a la ley) y resultan así fácilmente controlables en caso de incumplimiento.”<sup>176</sup>

Una suerte de tribunal ciudadano ante el cual el representante habrá de comprometerse y responsabilizarse como su única fuente de emanación. Es esta la razón principal de control del poder residiendo en la protección de la libertad cuyo centro es la sociedad. En contravención a ello como enunciara Hegel se estaría ante la presencia de la tiranía. “Si la comunidad de los seres racionales fuera esencialmente una limitación de la verdadera libertad, entonces aquélla sería, en sí y para sí, la suprema tiranía.”<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, *Escritos y discursos de la Revolución*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1990, p. 249.

<sup>176</sup> *Ibíd.*

<sup>177</sup> HEGEL, Friedrich, *Diferencias entre los sistemas de filosofía de Fichte y Schelling*, Edit. Tecnos, España, 1990, p. 95.

El sistema constitucional y el sistema democrático son en conjunto un sistema de controles versátiles y dinámicos, por tanto, actos de poder. Controlar al poder es una manifestación de poder, por esa misma dualidad resultan ser sistemas de naturaleza bidireccional. Dable el concretar desde esta postura, que todo aquello que debilite o tienda a debilitar los instrumentos de control nacidos desde la constitucionalización y la democratización del poder, afecta en forma irreparable la legitimidad del poder.

Los instrumentos sobre los que la Constitución y la democracia actúan como controles son tan necesarios como sus productores. Instrumentos tales como las inviolabilidades, las inmunidades y los aforamientos, así como las independencias entre poderes estatales respecto de sus funciones y sus reciprocidades, garantías todas ellas pertenecientes al principio de separación y racionalización de poderes.

En términos de Ibsen<sup>178</sup> aquellos que tratasen de menguar estas garantías como instrumentos del sistema de frenos y contrapesos que sirven para el control del poder no serían más que enemigos del pueblo, partidarios del exceso de poder por medio de la ilegitimidad, lo que se traduce en el colapso del sistema constitucional y democrático.

El control más que un medio, se convierte por antonomasia en una garantía estatal en la relación entre Parlamento y Gobierno, garantías que protegen el adecuado funcionamiento constitucional en la labor del Estado. Sólo en la concepción del Parlamento como el máximo representante de la soberanía nacional emanada de la voluntad popular, puede entenderse que el control del poder sea efectivamente ejercido en su relación con el gobierno y su ejecutor.<sup>179</sup>

En las relaciones entre funciones del Estado y órganos constitucionales a quienes se encomienda el mandato representativo, es donde se aprecia la génesis del poder respecto de su titularidad y competencias para ejercerlo.<sup>180</sup> De esta forma, el poder Legislativo se postra como límite inmediato al gobierno, en específico del

---

<sup>178</sup> Citado por VALADÉS, Diego, *El control del Poder*, op. cit., p. 17.

<sup>179</sup> Cfr. MANZELLA, Andrea, *Il Parlamento*, Edit. Il Mulino, Italia, 1977, pp. 341-355.

<sup>180</sup> MORTATI, Constantino, *Le forme di governo*, CEDAM, Padua, 1973, pp. 81 y ss.

poder Ejecutivo,<sup>181</sup> permitiendo el control y la colaboración entre los poderes constitucionales. En palabras de Kent “el poder de legislar es el supremo poder de un Estado, y el departamento en que reside tiene naturalmente tanta preponderancia en el sistema político y pesa tanto en la opinión pública, que es necesario trazar con la mayor claridad y la más escrupulosa precisión la línea que lo separa de las demás ramas del gobierno.”<sup>182</sup>

El Parlamento se vuelve el estandarte de la democracia como poder instituido por el pueblo sobre el que recae su soberanía, poder central y predominante del sistema de gobierno encargado no sólo de contener el ejercicio del poder, sino de lograr la comunión entre los restantes depositarios de éste en forma coordinada y recíproca, impidiendo la concentración del poder. Piedra angular del sistema político que ofrenda la participación política, así un órgano de discusión política participativa.

Si de la historia se pudiese decir, no erraríamos al mencionar que el Parlamento ha sido el camino de la democracia representativa, mismo que le ha dado forma, desarrollo y consolidación. Baste con observar su generación en la Inglaterra medieval, la implicación del naciente sistema presidencialista de Estados Unidos, la razón liberal de la Francia Revolucionaria, incluso la fundamentación de la España constitucional.

En el Estado Constitucional y Democrático de Derecho inminente resulta la visión del binomio Parlamento-democracia, vínculo indisoluble que dota de naturaleza a esta forma de Estado.<sup>183</sup> Requisito *sine qua non* podría hablarse de instituciones representativas que busquen limitar el poder a través de la ley, pues sólo cuando todos los órganos del Estado se someten a la autoridad de la ley se puede hablar de Estado de Derecho.

---

<sup>181</sup> Cfr. PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, *El control del gobierno: Función del Poder Legislativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1996, pp. 43 y 44.

<sup>182</sup> KENT, James, *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América*, Trad. J. Carlos Mexía, México, 1878, p. 25.

<sup>183</sup> ALONSO DE ANTONIO, José Antonio y ALONSO DE ANTONIO Ángel Luís, *Introducción al Derecho Parlamentario*, Edit. Dykinson, España, 2002, pp. 11 y 12.

Dentro del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, el Poder Legislativo es la institución promotora de la participación política y el defensor de los derechos fundamentales, manteniendo el equilibrio constitucional del poder. Pilar principal de la democracia, entendida como “régimen que permite tomar decisiones con el máximo consenso de los ciudadanos, fundado sobre los principios de libertad, de modo que los ciudadanos puedan elegir a sus gobernantes y, al mismo tiempo, fundado sobre el principio del Estado de Derecho que es lo que obliga a los gobernantes a no exorbitar su poder y a ejercerlo en el ámbito de un sistema de normas escritas.”<sup>184</sup>

Por tanto, es el Parlamento el órgano primordial para el control de la constitucionalidad y pilar fundamental del Estado Constitucional, en el que el control se ve limitado desde la generación legislativa logrando una adecuada distribución del poder, un equilibrio entre órganos imponiendo controles internos y delimitando las competencias de cada cual, todas ellas tareas señaladas en la Constitución que dan identidad y legitimación al poder político.

El control del poder se escenifica a partir del Parlamento mediante la integración y publicitación del actuar público, garantizando y representando al pluralismo político.<sup>185</sup> La pregunta obligada es ¿hasta dónde el parlamento, hoy día, es el instrumento útil para resolver las necesidades sociales?<sup>186</sup> Un sistema democrático exige siempre de un Parlamento que desempeñe sus funciones en forma efectiva, contribuyendo con la división de poderes en mandato constitucional y siempre de su labor en beneficio del cuerpo electoral.

El Parlamento requiere de instrumentos idóneos que le sirvan como armas para el desempeño de sus funciones. Herramientas de protección ante la inevitable confronta por el control del poder del que pueden hacer uso los demás órganos del gobierno. Garantías que gozan de nombramiento constitucional propias del principio de división de poderes que bien podría decirse dan identidad y naturaleza a la misma

---

<sup>184</sup> BOBBIO, Norberto, *Fundamento y Futuro de la Democracia*, Edit. Edeval, Chile, 1990, p. 23.

<sup>185</sup> TUDELA ARANDA, JOSÉ, *El Parlamento necesario, Parlamento y democracia en el siglo XXI*, Congreso de los Diputados, Madrid, España, 2008, p. 83.

<sup>186</sup> KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Edit. Nacional, México, 1980, pp. 49 y 50.



tarea del Legislativo y, por tanto, tan necesarias como el mismo órgano al que protegen para poder hablar de democracia y Estado de Derecho.

Debe recordarse que cualquier forma de ejercicio del poder, incluso el mismo Parlamento, requiere de límites que controlen su función. El límite ante todas aquellas formas de expresión del poder habría que encontrarlo en la labor del poder constituyente como expresión de la soberanía popular, pues éste no es sólo ilimitado en sus contenidos de voluntariedad, sino en las propias formas de su ejercicio. Para Sieyès el poder constituyente es poder político, fruto del consenso del pueblo o nación, ilimitado y supremo, es decir, no sujeto a formas jurídicas sino creador de ellas y nunca encadenado a las mismas.<sup>187</sup> Una “suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo al darse, por su propia voluntad, una organización política y un ordenamiento jurídico.”<sup>188</sup>

La Constitución como poder originario, como suprema capacidad soberana, es en sí misma el límite jurídico y político de la representatividad democrática, instaurando instrumentos de expresión como los sistemas electorales y de partidos; y los instrumentos para conservarse como los controles políticos y sus garantías en forma de inmunidades. Al respecto señala Valadés que “sin estos se rompería el nexo entre el poder soberano y sus órganos de representación... Los controles, por ende, forman parte de los mecanismos que el constitucionalismo ideó para impedir la disolución del poder soberano, sin el cual los poderes constituidos carecerían de sustento a su vez.”<sup>189</sup>

El constitucionalismo se vuelve, además de un control jurídico del poder, un control del poder político. Constitución como poder político que prevé los mecanismos de acción del poder, que incluyen los controles y, por tanto, su ejercicio

---

<sup>187</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Edit. Alianza, España, 2003. Cita en AYALA, Javier Marcelo, “La Problemática del Poder Constituyente y la Reforma Constitucional”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Venezuela, 134 (2009), p. 61. Texto disponible en [http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/134/ucv\\_2009\\_134\\_57-89.pdf](http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/134/ucv_2009_134_57-89.pdf) [Consultado en fecha 18/04/2018]

<sup>188</sup> SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El poder Constituyente*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1975, p. 564.

<sup>189</sup> VALADÉZ, Diego, *El control del poder*, op. cit., p. 25.

se ve orientado a ser una manifestación más del poder político. Poder constitucional que, con base política, requiere igualmente de un límite concreto que sólo puede verse a través de la legitimidad de éste.

La Constitución es la expresión de la racionalización del poder, sin la cual el poder sería incomprensible e inaceptable. Sin tal, el poder soberano se transferiría a los titulares de los órganos del poder, cayendo en una soberanía estatal<sup>190</sup> claramente sin control alguno. El constitucionalismo carecería de fundamento y el derecho en general carecería de vigencia.<sup>191</sup>

Para evitar que el constitucionalismo se vuelva un instrumento más del poder por la vía política, se requiere de la legitimación por vía democrática. A la vez que la Constitución es la racionalización del poder, la democracia racionaliza al constitucionalismo otorgándole esa legitimidad nacida en el poder constituyente como voluntad general del pueblo.

Bobbio sintetizando las posturas de legitimación de Kelsen y Weber señala que “para Kelsen sólo el poder legítimo es efectivo, para Weber el poder es legítimo cuando es también efectivo. Poder y legitimidad corren uno tras otro. El poder deviene legítimo a través del derecho, mientras que el derecho deviene efectivo a través del poder.”<sup>192</sup> Es la democracia el control del poder que se encarga de su legitimación, de la única forma que éste puede ser legitimado, a partir de la voluntad general y con ésta la voluntad constitucional.

Es la democracia el componente indispensable para poder hablar de derecho y poder dentro del Estado Constitucional, sin la pluralidad, el censo y el disenso, el poder en efecto podría aparecer institucional o estatal, más nunca público, siempre aislado a las élites, ahora partidistas como es el caso mexicano. El control jurídico invariablemente depende de la Constitución, más el control político deviene siempre

---

<sup>190</sup> VYSHINSKY, Andrei Y., *The law of de Soviet State*, Longsmans, Green and Co., Londres, 1946, p. 321.

<sup>191</sup> Cfr. VALADÉZ, Diego, *El control del poder*, op. cit., p. 28.

<sup>192</sup> BOBBIO, Norberto, *De senectute*, Edit. Taurus, España, 1997, p. 212

de la voluntad general, específicamente al órgano constitucional del poder que es el Parlamento.

En teoría, el órgano encargado de ejercer el control de legitimidad es el cuerpo social a través del mandato representativo encomendado al Poder Legislativo, sin embargo, la realidad da cuenta contraria de ello, allá donde una parte de los órganos del poder constitucional es legítima y otra no. En un sistema presidencialista como el caso mexicano, en donde el control del poder es depositado en las élites partidistas, se abre la puerta a la ilegitimidad de los representantes del gobierno donde posiblemente algunos gocen de legitimidad social más otros muchos no. El ejemplo claro de esto se da en los procesos electorales que se han producido en el país a elecciones federales tanto para designio del Poder Ejecutivo, así como del Poder Legislativo en cuanto a los representantes no electos.

El sistema mexicano ha dejado el problema de la legitimación en el Poder Judicial estableciendo procedimientos e instrumentos para el control de la constitucionalidad, haciendo apreciar el control político desde el control jurídico, olvidando que éste en forma originaria corresponde al Legislativo por mandato constitucional por corresponderle la vigencia de resguardo social, de intereses colectivos frente a órganos hipotéticamente ilegítimos.

## *2.2 El Poder en la Democracia*

Los sucesos históricos surgidos en los países europeos han forjado el mejor de los campos fértiles para el futuro de la democracia. Después del asamblepismo nacido en la tercera república francesa y el totalitarismo nazi, contrastados con las ventajas observables en el parlamentarismo inglés, el sistema democrático se ha fortalecido y aparece como el mejor eje de conducción de un gobierno. Así lo considera Herman Finer<sup>193</sup> como una nueva forma de percepción de la democracia en la que los agentes centrales son los partidos políticos y la participación ciudadana.

---

<sup>193</sup> Cfr. FINER, Herman, *The Future of Government*, Mathuen & Co. Ltd., Londres, 1946, pp. 166-170.

Recordemos que las democracias son el espacio de las opiniones públicas, lugar donde las libertades sociales pueden hacerse valer en prácticas de paridad, en donde las responsabilidades políticas se hacen efectivas por medio de la constitucionalización de sus principios. Conjuntamente con los partidos políticos representa un control más del poder político.

Lo anterior es atinente desde la pluralidad con la que la democracia moderna es establecida, donde se aperturan las formas de acceso y ejercicio del poder. Sin embargo, tal amplitud que, con certero sentido, describía Robert Dahl como un gobierno de consenso y disenso desde la poliarquía,<sup>194</sup> en la actualidad se ha convertido en una especie de descentralización de los agentes políticos y de los campos en el que el poder puede ser ejercido.

Ya no existe un solo centro desde el que el poder político es accionado, hoy día éste se ve desprendido desde cualquier parte organizacional de la sociedad, ya desde la política por medio de sus ejecutores, ya incluso desde la academia en grupos cerrados, incluso desde la tan afamada sociedad civil. Descentralización del ejercicio del poder aparentemente dentro del mismo Estado Constitucional.

Este ejercicio no centralizado del poder aísla la percepción democrática. Mientras en la poliarquía el poder se da en base plural, dispersado en diversas manos de orden político siempre con base en la democracia; en la policracia este ejercicio del poder resulta ser plural no necesariamente desde bases democráticas sino elitista, aunque con la limitante de no poder excluir a ésta.

Se da un cambio en la forma de percepción de las relaciones entre gobernados y titulares ejecutivos del poder. Mientras en la poliarquía la pluralidad del poder se ejerce desde la democracia como un mando de gobernantes a representantes; en la policracia la puerta que se abre resulta ser totalmente contraria. En esta quien tiene la titularidad de la relación es el “detentador del poder”, mismo que establece los medios y mecanismos para las relaciones a la que los ciudadanos pueden tener acceso.

---

<sup>194</sup> Cfr. DAHL, Robert, *La Poliarquía*, Red Editorial Iberoamericana, México, 1993, p. 19.

Dese cuenta que ya no fungen más como personajes de la relación democrática en la que el ciudadano tiene el poder de elegir y establecer el mandato representativo, en donde se tiene la condición para designar titulares de los órganos del poder, la policracia hace aparecer a los agentes políticos no como portadores de la encomienda representativa sino como reales detentadores del poder, cuya función se basa en la multiplicación de órganos del poder mediante el desconocimiento de la creación soberana. Así, un gobierno delegante.

Se aprecia una multiplicación de centros de poder, centros autónomos de decisión alejados del caudal democrático; ya no un sistema monocéntrico en el que la democracia es el centro a partir del cual se genera el ejercicio del poder, mediante el control constitucional. Por el contrario, se genera un sistema pluricéntrico cuyo efecto inmediato se da en la sustracción de determinados ejes autónomos del poder, de las posibilidades institucionales de control político.<sup>195</sup> Supone una forma de autogobierno interno de cada institución, seleccionando para el caso, el derecho que puede y debe tutelarlos o bien generando mecanismos de cambio legislativo a conveniencia personal.

Tendencia que no puede verse sino como el cataclismo tanto de la democracia, como de la forma organizativa de la sociedad, pues como dijera Pelayo el riesgo de un sistema pluricéntrico radica “en el bloqueo de la capacidad selectiva del estado para fijar sus *policies* y seleccionar sus insumos y, con ello, en la sustitución en su función de dirigente de la sociedad.”<sup>196</sup>

Policracia que no se basa únicamente al poder político, sino que se difumina en la captación del poder económico con la finalidad de condicionar el poder social desprendido de la democracia. No cabe duda que el epicentro que genera esta nueva forma de apreciación del poder, fue la injerencia de los partidos políticos como el centro de la democracia, convirtiendo su función representativa en una real

---

<sup>195</sup> Cfr. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Edit. Alianza, España, 1995, p. 113 y ss.

<sup>196</sup> *Ibid.*

partidocracia de instituciones, que desde muy temprana edad en nuestro país, se postuló como el único control del poder interno.

### *2.2.1 Partidocracia y poder*

La partidocracia se alza como el verdadero depositario del poder, adopta el control de los factores económicos como contribución para la determinación de la probabilidad de pertenencia o reemplazo de diversos centros de poder, de oposiciones y minorías partidistas, pues como manifestara Linz<sup>197</sup> el factor económico es lo que legitima la funcionalidad partidista para el partido controlador.

De esta forma, a los partidos políticos se les garantiza libertad de autodeterminación y autorregulación, volviéndose instituciones que, las más de las veces, se alejan de las disposiciones constitucionales de control del poder y, por tanto, se tornan como un eje independiente de control constitucional y democrático, es decir, que si bien son contemplados por medio de la Constitución, no es ésta, la que fija sus límites, sino que es una legislación secundaria la que contempla su concreta configuración, alcances y capacidades.

Instituciones que funcionan como órganos estatales alejados de su regulación, pero que a la vez confeccionan la labor esencial del Estado. Centros de poder cuyo control sale de la esfera constitucional y se conforman como verdaderos detentadores del poder, un poder que bien pudiese decirse lucha contra el poder de control constitucional.

Este cambio de percepción del control del poder en nuestro país, se puede apreciar claramente desde la reforma suscitada al artículo 41 Constitucional mediante la cual se crea el Instituto Federal Electoral y con lo que se da la promulgación del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales

---

<sup>197</sup> LINZ, Juan y STEPAN, Alfred, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South American and Post-Communist Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1996, pp. 76-81.

(ahora LGIPE).<sup>198</sup> Instituciones y legislaciones que se dan alejados del marco concretamente constitucional.

Si como se ha dicho, los partidos políticos son los agentes necesarios para la representatividad dentro del sistema democrático del mismo nombre, inminente resulta el pensar que al ser agentes generadores de poder y dotados de funcionalidad de control del mismo, imperioso sería el darles una regulación desde la ley fundamental y no mediante una legislación secundaria en la cual se pueda viciar el proceso de control, como en la realidad aconteció.

Se dio en nuestro país una forma de desnormativización de los mecanismos de control del poder. El constitucionalismo como control máximo del poder pasó por alto que dentro de la democracia podría existir un enemigo formal de la misma democracia, que lo fue la partidocracia, dejando a una ley secundaria su control, más sin percibir que el organismo por excelencia de control político estaba supeditado a la fuerza vinculante de estas instituciones partidistas.

Los acuerdos políticos se volvieron los nuevos lineamientos para la descentralización y reparto del poder, incluyendo límites del poder que consideraron pertinentes, no como sujeciones jurídicas, sino como consideraciones metajurídicas de consenso interpartidistas. De esta forma, no son las instituciones constitucionales las que ostentan el control del poder, sino los agentes políticos, asumiendo la decisión de establecer los actos de poder que más les habrían de convencer, que como ya se dijo han sido amparados sobre el control del poder económico.

La función de control de la Constitución se ve trastocada e ilustrada como un dispositivo más de la lucha por el poder, puesto que a la vez que los acuerdos políticos se producen de manera no normativizada, la práctica del control por este medio queda condicionada al intercambio político y a la lucha del poder desde la partidocracia, en el entendido de que aquella élite que controle el poder económico y el poder político será quien determine en esencia el cauce estatal y, por tanto, la ocupación de los agentes políticos.

---

<sup>198</sup> Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Acuerdos políticos cuyo efecto inmediato es el de operar incluso alejados de la práctica constitucional, afectando así la idoneidad de los medios de control del poder que funcionan como racionalización de éste. Como advirtiese Valadés “lejos de contribuir a la racionalización del poder, y a preservar su legitimidad, los controles proveerían a los agentes políticos de un recurso para obtener subrepticamente concesiones que de otra forma sería inasequibles.”<sup>199</sup>

Aun cuando se habla de la existencia de un solo poder al que se tiene que controlar, se da la existencia de este nuevo poder autogenerado a partir de la salvaguarda de libertades democráticas y constitucionales representado mediante instituciones que ejecutan el poder primigenio. Este nuevo poder que no es controlado ni constitucional ni democráticamente, se sitúa en los partidos políticos, que sin ser órganos del poder, lo controlan. Por esta misma situación resulta factible el apreciar porqué estos centros plurales de ejecución del poder no son controlados por la Constitución.

El control del poder no puede ser entendido como sólo el control del poder formal. Del control del poder deben ser objeto todos los agentes que ejercen, con o sin investidura formal, funciones de poder. De no ser así, al lado del poder controlado constitucionalmente, encontraríamos, como encontramos de hecho, un poder ajeno al control. Este fenómeno significa una omisión que hace peligrar, en su conjunto, al constitucionalismo moderno.<sup>200</sup>

Desde el momento en que los agentes políticos por medio de sus acuerdos resuelven las presuntas diferencias ocasionadas con motivo de la lucha por el poder, se enajena el mandato representativo que el soberano habría de encomendarles, desconociendo incluso el poder soberano nacido en la relación pactista del poder, olvidando que éste tiene vinculación directa con el soberano. Se generan otros tipos de controles diversos a los instituidos por el soberano mediante el poder constituyente, es decir, se desconoce la fuerza normativa de la constitución como dispositivo de control.

Estos nuevos controles nacidos en una esfera diversa al soberano resultan ajenos a los intereses de éste, avocados a generar salvaguardas de intereses

---

<sup>199</sup> VALADÉS, Diego, *El control del poder*, op. cit., p. 35.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 51.



personales de los representantes, de aquellos que tienen dominio del poder y de sus controles. Por tanto, el control ha de subsistir, más no en la mecánica planteada por los ciudadanos. Se fractura la relación entre control del poder y soberanía, entre control del poder y Constitución y, por ende, entre control del poder y democracia.

Se deja de percibir que los controles son instrumentos que permiten garantizar el cumplimiento del pacto social, que tiene un carácter general, público y democrático, convirtiéndose a capricho partidocrático en instrumentos que garantizan pactos selectivos, adquiriendo con ello un carácter privado, secreto y oligárquico,<sup>201</sup> ocasionando un efecto privatizador de los controles.

### *2.2.2 Constitución, democracia representativa y control del poder*

Concebir a la Constitución como el único y legítimo control del poder, por medio del cual se consolida la idea de democracia, es la postura de Linz y Stepan, señalando de igual forma que, ésta no puede ser considerada nunca como subsidiaria, pues en esencia es el principal control sin el cual ni el Estado de Derecho, ni la democracia podrían tener valía como controles.<sup>202</sup>

Si bien es cierto que el antiguo panorama de Estado de Derecho no puede sustentar la base sobre la que la democracia pueda enaltecerse, ha quedado claro que la percepción de éste en forma constitucional es la manera idónea de conseguirlo. Un Estado que conciba el límite del derecho en el sentimiento generador de la Constitución como relación pactista del soberano, indiscutiblemente habría de figurar la consolidación de la democracia en específico de aquella generada a partir de la representatividad, en la que el máximo órgano de control del poder se sitúa en el Poder Legislativo mediante el mandato democrático de la representación social.

Sólo de esta forma se entiende que la verdadera eficacia de los instrumentos de control constitucional del poder tengan vinculación directa con el sistema representativo. Sistema que requiere de procedimientos que permitan que su función

---

<sup>201</sup> Cfr. VALADÉS, Diego, *El control del poder*, op. cit., p. 54.

<sup>202</sup> Cfr. LINZ, Juan y STEPAN, Alfred, op. cit., p. 30.

se realice de la mejor manera posible; haciendo uso de sistemas electorales, de regímenes partidistas constitucionalmente controlados, de culturas políticas diversas, de organizaciones no gubernamentales que sirvan de límite y control institucional, etc.

En este entendido, la democracia representativa, supone que los órganos del poder actúen dentro de los límites establecidos por esta, en total vinculación con el principio de división de poderes y mediante el uso constitucional de las prerrogativas que el orden fundamental ha dotado a cada órgano estatal. Esto sólo es posible mediante la generación de controles políticos y jurídicos eficaces.

El control político por excelencia dentro de aquellos Estados que se digan constitucionales y democráticos, se sitúa inexorablemente en el Parlamento. Es éste el único legítimamente establecido para consolidar el control gubernamental. Sin embargo, es el mayormente imbricado en el contexto partidista, pues a partir de éstos es que la representatividad se lleva a cabo en el Congreso.

Por tanto, habría que decirse que es del funcionamiento de éste donde se desprende la efectividad del sistema democrático como único estandarte de la representatividad del cuerpo electoral y, en consecuencia, es el camino directo de las formas de control del poder que la constitución puede establecer. Es a partir del Parlamento que la Constitución forja las directrices del uso, manejo y control del poder.

Al ser el Parlamento el encargado de guiar el control gubernamental, o mejor dicho de establecer los ejes sobre los que el control del poder se habrá de substanciar, es quien funge como vínculo entre sistema representativo y dispositivos de control y, en consecuencia, es con base en la democracia que el poder puede ser controlado.

Resulta importante el resaltar este punto, pues cobra vital importancia el señalar que el Parlamento al ser el órgano titular que demarca la guía de los controles que han de ser aplicados al poder para evitar su exceso, desde la perspectiva de vigilancia del gobierno, resulta ser el de mayor confronta con los

demás órganos sobre los que recae el ejercicio del poder. Ello derivado de que al ser el Poder Legislativo el principal órgano de representación soberana, imperioso es el establecer mecanismos de contención que sirvan como frenos y contrapesos.

Sistema de contrapesos que se postula a la luz de garantías tanto sustantivas como adjetivas en la labor del Parlamento, instituidas por el poder constituyente como medios de limitación y control del poder, no como privilegios institucionales, sino como garantías de los gobernados cual certeza jurídica en el ejercicio de representatividad.

Sin estas garantías se desnaturalizaría el sistema democrático representativo, pues prácticamente éstas son la salvaguarda de la misma democracia ante el ejercicio del poder y, por consecuencia, se estaría colapsando el sistema constitucional de un Estado de Derecho enfocado a su control interno por vía democratizante, pues la racionalización e instrumentalización del derecho no tendría mayor límite que el poder sin control.

Como lo señalara Diego Valadés: “Todo poder es objeto de control, pero no todo control del poder es una garantía de libertades. No se trata de una cuestión mecánica, porque los controles sólo son una garantía de las libertades cuando se producen dentro de un sistema democrático constitucional, esto es, dentro de un sistema representativo.”<sup>203</sup> Así entendido el papel del Parlamento en el juego democrático y la salvaguarda de libertades del ciudadano, atinente es el señalar que sólo con base en la protección del ejercicio de los parlamentarios como órgano de control, se puede llevar a cabo la labor de la democracia representativa en el Estado Constitucional.

Sólo a partir de un régimen democrático se puede llegar a la asociación de la conciencia individual, la conciencia colectiva y la conciencia del gobernante, que a decir de Durkheim mucho dista del régimen autocrático.<sup>204</sup> Para llegar a la comunión de estas tres conciencias interactuantes en el espacio político, necesario es el

---

<sup>203</sup> VALADÉS, Diego, *El control del poder*, op. cit., p. 43

<sup>204</sup> Cita en BEYME, Claus von, *Teoría Política del siglo XX. De la modernidad a la postmodernidad*, Edit. Alianza, España, 1994, p. 80.

establecer la forma en que los controles del poder habrán de operar y la naturaleza que han de ostentar, pues depende de ello el logro de los objetivos y utilidades propuestos.

Es en las legislaturas donde se establece el ejercicio de la soberanía como motor fundamental de los controles del poder, en específico aquellos nacidos de las libertades de expresión a crítica del sistema gubernamental en turno, ejercidas en atención a la salvaguarda de las potestades que debe ejercer la sociedad como ente soberano.

Si bien el Parlamento resulta ser el jugador principal en la contienda por el control del poder, de igual forma es el mayormente predispuesto al control generado a partir de los partidos políticos dentro de lo que se entiende como partidocracia. Élités autogeneradas con desapego al orden constitucional.

Sin los mecanismos de autoprotección de los que se ha hablado como prerrogativas sustantivas y adjetivas que procuren la protección de la labor representativa del Parlamento, éstos resultan ser entes susceptibles de convertirse en meros escenarios para el desarrollo partidista, para la autogeneración de aquel poder sin control constitucional que se posiciona como un nuevo control del poder, de aquel que ha sido legitimado por el soberano, y que, en esta vertiente no protege ya más las libertades de éste.

Se vuelve un escenario de acuerdos políticos practicados a partir de las élites del poder, en donde la representatividad ya no se da para el cuerpo electoral que le dio nacimiento e identidad, sino que ahora su única función radica en la protección y generación de espacios de desarrollo de intereses personales de los partidos políticos en la constante lucha por la permanencia del poder. Contundentemente desconociendo la fuerza normativa de la Constitución.

El mandato representativo se convierte en un mandato imperativo llevado de la mano de los partidos políticos, de sus dirigentes, que han posicionado a los parlamentarios en sus respectivos curules, limitando coercitivamente la

manifestación de éstos, no siendo ya mecanismos de representación ciudadano y mucho menos un control del poder político.

El nuevo control corre de la mano de los partidos políticos condicionando el poder social a través de la representatividad legislativa, limitada y coaccionada por sus medios internos de medidas disciplinarias y procedimientos sancionadores. No existiendo mecanismos legales que impidan la presión partidista a los representantes más que las otorgadas constitucionalmente para tal efecto, que recaen sobre la inviolabilidad, la inmunidad y el aforamiento. Garantías que postulan la única salida para el control partidista.

Los partidos cuentan con un control jurídico enfocado a disposiciones que regulan su actuación y su forma organizativa y funcional, más no un marco normativo constitucional que los contemple como mecanismos de control del poder. Situación que los exime de ser controlados, situación que apertura la posibilidad del ejercicio excesivo del poder.

Ha pasado por alto en nuestro país que, a decir de la democracia, los partidos políticos centran su funcionalidad en el direccionamiento de las instituciones constitucionales. Al carecer de control constitucional se postran como instituciones que salen del Estado y ejercen un poder ilimitado no sólo a la democracia y al constitucionalismo, sino en mayor medida a toda la estructura estatal, condicionando el ejercicio del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. “Si la Constitución es el estatuto jurídico del poder, debe serlo de todo el poder, no sólo de una parte del poder. El objeto del constitucionalismo moderno es dotar de un marco regulatorio al poder, para así garantizar la libertad individual y social.”<sup>205</sup>

Dentro de nuestro país, los partidos políticos fueron aceptados por vía de la legitimidad en amparo de las libertades de asociación y de toma de postura en la política interna, más nunca se pensó que a pesar de no atribuirles funciones constitucionales de poder, estos, en su evolución, no pudiesen adquirirlas por el mismo dinamismo democrático, pues al habérseles situado en la base de la

---

<sup>205</sup> VALADÉS, Diego, *El control del poder*, op. cit., p. 48.

legitimación de poder, se volvieron mecanismos de ejercicio y control del poder, más nunca con base constitucional.

Es precisamente ahí, donde radica el riesgo de quebranto del derecho, pues allá donde el control del poder se ejerce por medio de órganos constitucionales y por instituciones que salen fuera del orden constitucional, habría que pensarse en la eficacia y efectividad del constitucionalismo como único medio del control del poder. Si bien los partidos políticos encuentran legitimidad en el ejercicio de libertades de la ciudadanía, ello no implica que, derivado del pacto constitucional soberano, estas libertades tengan que estar alejadas del control constitucional.

Las instituciones partidistas sin ser órganos del poder, controlan a los órganos del poder constitucionalmente establecidos, y al no pertenecer a los mecanismos creados para tal efecto, estos salen del espectro de control constitucional, por tanto, se vuelven órganos sin control. Ello hace peligrar no solo a la democracia, sino al mismo Estado Constitucional, allá donde se aprecian agentes de control que no son controlados. Bien podría decirse que el nuevo Leviatán del Estado son los partidos políticos, mismos que condicionan, por un lado, el control del poder en forma constitucional y, por otro lado, en forma ajena funcionan como controles y ejecutes del poder, incluso en contra del primero de ellos.

Al ser ese Leviatán que contrala el ejercicio representativo de la democracia, no queda duda que sus técnicas de representación política no son más que ficciones jurídicas creadas a partir de los medios de control del poder, ahora mediático. Élités que detentan un poder no controlado y autogenerado. En forma atinente Bidart Campos afirma que “gobierna siempre un hombre o un elenco reducido de hombres, que son titulares o detentadores del poder político. Es así y no puede ser de otro modo... las fórmulas que atribuyen al pueblo el ejercicio del gobierno son meras creencias o representaciones colectivas...”<sup>206</sup>

Sólo a partir del Parlamento como control político del gobierno se logra una verdadera eficacia en dichos controles, pues el hablar de Parlamento es hablar en de

---

<sup>206</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *El régimen político de la “politeia” a la “res publica”*, Edit. EDIART, Buenos Aires, 1979, pp. 174 y ss.

soberanía. A partir de un sistema político con centralización de control parlamentario se garantiza el origen legítimo del poder y, con ello, la conjunción de las demandas participativas propias de sociedades plurales y abiertas. De esta forma al ser el Parlamento un órgano creado y controlado a partir de la Constitución, como ejercicio de la libertad política,<sup>207</sup> puede enaltecerse la eficacia de control democrático del poder político.

### 2.3 El poder en el Estado de Derecho

Se ha advertido que para que el poder pueda tener control y a la vez pueda ser organizado en bienestar de la comunidad, es inminente establecer controles que guíen su ejecución y, a la par, que direccionen a los organismos encargados de tal función. Por tanto, se establecen controles para los controladores del poder.

Uno de los puntos cruciales en la labor de control se centra inminentemente en el derecho y, por consiguiente, en el modelo de Estado de Derecho que se pretenda instaurar para tal efecto. El espacio vinculante que establece la punta de lanza en este tema, es lo referido a la naturaleza de la ley a la que el Estado de Derecho y la comunidad política están dispuestos a generar para autogobernarse.

El derecho al ser el mecanismo de conducción de la actividad social del sujeto individual, puede incurrir en extralimitaciones como constructo del poder y, para ello, requiere de límites concretos, que para su caso lo es Estado de Derecho por vía de su constitucionalización. Es ésta la *ratio legis* que determina la dimensión principal para distinguir la forma de gobierno operante, ya desde la participación de los individuos sometidos al ordenamiento normativo de corte *democrático* o ya desde su

---

<sup>207</sup> Respecto al tema de la libertad política véase, por ejemplo: E. Fromm, *EL miedo a la libertad*, Edit., Paidós, Barcelona, 1991; J. P. Sartre, *Los caminos de la libertad*, Edit. Losada, Buenos Aires, 1948; H. Marcuse, *UN ensayo sobre la liberación*, Joaquín Mortiz, México, 1968; N. Bobbio, *Igualdad y libertad*, Edit. Paidós-Universidad Autónoma de Barcelona, 1993; F. Oppenheim, *Political Concepts: a Reconstructions*, Edit. Basil Blackwell, Oxford, 1981; M. Salvadori, *Democracia liberal. Una respuesta liberal a los enemigos de la libertad*, Edit. Índice, Buenos Aires, 1962; C. Bay, *The structure of Freedom*, Stanford University Press, Stanford, 1958; B. Russell, *Los caminos de la libertad; el socialismo, el anarquismo y el sindicalismo*, Aguilar, Madrid, 1961; KELSEN Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1988; y, *Teoría general del Estado*, Edit. Labor, Barcelona, 1934; entre otros.

producción *autocrática* que prevé la exclusión del pueblo para la generación normativa y, en consecuencia, resulta un sometimiento arbitrario al orden jurídico determinado en forma centralizada.

Es decir, el problema se focaliza en la creación del orden jurídico predispuesto para llevar a cabo el control. A decir de Kelsen, dos son los modos en los que tal orden normativo puede ser creado; El primero se corresponde con el principio de *autonomía*, que implica el auto dotarse de leyes; El segundo corresponde al principio de *heteronomía*, que implica la existencia de la voluntad de un tercero que determina tal actuación.

Tanto autonomía como heteronomía son partes integrantes de formas de gobierno de leyes, de ocasiones configuradoras de las relaciones entre ciudadanos y gobierno, por tal, resultan ser paradójicamente principios correlacionados con la práctica dialéctica de tesis y antítesis existente entre democracia y autocracia. Dos panoramas sobre los que el Estado de Derecho está conminado a encausar sus leyes.

Los principios de autonomía y heteronomía se vislumbran como la tesis y la antítesis de la *libertad política*, de aquella forma de libertad social frente al Estado, libertad que puede verse como autónoma o como coercitiva. Kelsen afirma que “un individuo es libre si aquello que de acuerdo con el orden social ‘debe hacer’, coincide con ‘lo que quiere hacer’.”<sup>208</sup>

De esta forma la autonomía de la libertad política del sujeto se aprecia cuando aquello que la norma le impone a realizar corresponde con la voluntad de hacer del propio sujeto, así la voluntad del sujeto no se ve coaccionada de ninguna manera, pues existe una permisión a fin de confabulación con lo predispuesto en el ordenamiento normativo. Por el contrario, una figuración de la heteronomía se presenta cuando la voluntad del sujeto se ve permeada por el dispositivo normativo, pues ésta coacciona la realización de algo que el sujeto no quiere realizar.

---

<sup>208</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, op. cit., p. 337.



Puede concluirse que cuando la voluntad del individuo se concatena con el ordenamiento jurídico, el sometimiento de éste a aquella se da en forma libre, acorde al concepto de autonomía. Mientras que allá donde la voluntad del individuo se ve sometida en forma coercitiva a lo establecido por el mandato normativo, por tratarse de algo que el sujeto no quiere realizar en forma autónoma, se aprecia la obligatoriedad de realizar algo fuera del espectro de la libertad, en tanto que, la voluntad externa de la norma que le es ajena se impone a su propia voluntad; esto se compagina con el concepto de heteronomía del orden normativo.

En cuanto al Estado, en el primero de los casos citados, cuando existe una comunión entre la voluntad autónoma del individuo de someterse a la voluntad de la norma sin coerción, se aprecia una voluntad como autonomía política de integración, en la que éste es integrante participativo de la generación normativa del Estado. Es decir, en la medida en que el individuo ve identificada su voluntad con la voluntad estatal que se manifiesta por conducto de la norma, en estricto sentido cuando se siente identificado como el conformador del orden normativo por vía constitucional, puede hablarse de una voluntad constitucional como autodeterminación política, que implica una vinculación del sujeto en forma autónoma, y no como obligación heterónoma.

Esta vinculación tiene igual vigencia no sólo respecto de la voluntad constitucional, sino que resulta extensiva en la concreción de todo el arquetipo normativo del Estado Democrático de derecho. A la par de la existencia de la voluntad del sujeto compaginada con la voluntad estatal, se establece una conformación democrática de voluntad constitucional, de autodeterminación política, dentro de la cual el ciudadano en forma libre y autónoma refuerza en todo momento el pacto de sociedad política que ha aceptado firmar con los órganos del Estado encargados de defender la constitucionalidad del sistema gubernativo. Facultades que en forma indiscutible se constriñen dentro de la labor legislativa.

La gestación del problema se da cuando a partir de distorsiones surgidas dentro de los órganos de creación normativa, se precisa un cambio en la voluntad autónoma del sujeto, por la de una de carácter heterónoma, ocasionada a partir de la

creación normativa que se constriñe a la salvaguarda de intereses personales y no colectivos, fracturando con ello la idea de una voluntad constitucional por parte de los controles del poder.

De esta forma se explica que Kelsen situara dialécticamente a cada uno de estos principios (autonomía y heteronomía), dentro de las dos formas de gobierno descritas por él. Mientras que, para el caso de la concatenación libre de la voluntad del sujeto con la voluntad estatal, se erige el sistema de gobierno democrático; para el de la imposición de una voluntad externa a la del sujeto, se establece la autocracia como forma de gobierno.

Democracia significa que la “voluntad” representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos. La oposición a la democracia está constituida por la servidumbre implícita en la autocracia. En esta forma de gobierno los súbditos se encuentran excluidos de la creación del ordenamiento jurídico, por lo que en ninguna forma se garantiza la armonía entre dicho ordenamiento y la voluntad de los particulares.<sup>209</sup>

Por tanto, a decir de la forma en la que se instaura el ordenamiento jurídico dependerá el direccionamiento Estatal. La configuración de un esquema constitucional en el que se consagre la protección de la voluntad autónoma del ciudadano como motor fundamental sobre el que se erige el Estado, tendrá en todo caso que, establecer medios democráticos para la limitación del poder y, en todo caso, habrá de establecer los límites concretos de los órganos sobre los que tal poder ha de recaer, que en forma coordinada tengan que servir para el direccionamiento social.

Si los controles del poder no se instalan de la mano de la democracia, lógico es concluir que los mismos se centran en una forma autocrática de gobierno, en el que el poder es conducido por un hombre o un pequeño grupo de ellos, imponiendo en forma ajena a la voluntad autónoma del sujeto, el derecho y la forma de conducción estatal.

Un Estado es llamado democrático, sólo si dentro de su organización prevalece este principio, que implica la comunión de la totalidad de sus integrantes

---

<sup>209</sup> KELSEN, Hans, *La democrazia*, Edit. Il Mulino, Bolonia, 1984, p. 40.

en la toma de decisiones políticas. Sin embargo, será un Estado autocrático, si dentro de su organización predominan principios autocráticos, como la instauración heterónoma del ordenamiento jurídico.<sup>210</sup>

Dependerá de un *continuum* en la relación entre derecho y sociedad, lo que distinga la forma de gobierno imperante en un Estado. Es decir, entre más se acerque un ordenamiento jurídico a los principios democráticos, podrá decirse que éste se sitúa en la forma de gobierno democrática; mientras que en cuanto más se aleje de este principio, podrá aseverarse que se encamina a una forma de gobierno autocrática.

Si el Estado de Derecho es un control más del poder instaurado hacia la racionalización del ordenamiento jurídico, que cobra vigencia para tal efecto dentro de la constitucionalización del mismo, habría que decirse que el grado de democratización que la Constitución posea, determinará no sólo la forma de gobierno imperante, sino la calidad de los controles que ésta ejerza para limitar el ejercicio del poder.

Este grado de democraticidad de la Constitución, implica el grado de aproximación de un ordenamiento a la idea de libertad política, lo que significa una aproximación a la esencia de la democracia traducida en la idea de que “nadie pueda atribuirse el poder por sí mismo, que nadie pueda autoproclamarse [...]”.<sup>211</sup> Cuando este grado de aproximación democrática se ve debilitado, nada imposibilita para que el poder se reproduzca en miras de una auto-investigación,<sup>212</sup> propia del sistema autocrático.

Al ser el Estado una forma de organización política dotada de facultades para crear su propio derecho e imponerlo a sus ciudadanos, debe establecerse el mecanismo por medio del cual habría de realizar tal sometimiento, ya de la mano de la autonomía o la heteronomía política. Dentro del Estado de Derecho moderno que

---

<sup>210</sup> Cfr. KELSE, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, op. cit., p. 337.

<sup>211</sup> SARTORI, Giovanni, *Democrazia, Cosa è*, Edit. Rizzoli, Milán, 1993, p. 133.

<sup>212</sup> *Ibíd.*

se gesta a partir del constitucionalismo, prudente habría de ser el sometimiento normativo por vía democrática que implica en sí un mecanismo de control del poder.

A la par del control del poder que ejerce el constitucionalismo y la democratización de las instituciones y órganos encargados de ejercerlo, se posiciona ahora la idea de la voluntad política constitucional y en forma concordante, la idea de autodeterminación política cimentada en la base de la libertad política.

Coincidentemente, tanto el constitucionalismo, la democracia, la voluntad política constitucional, la autodeterminación política y la idea de libertad política propia del principio de autonomía del sujeto, coinciden en postular al Parlamento como el representante de la soberanía, cuyo papel principal lejos de la labor legislativa, es fungir como control del poder político, estrictamente como control del gobierno.

El papel que en la modernidad ha de desarrollar el Estado de Derecho, ha cambiado en esencia respecto de los controles establecidos en la idea de división de poderes enunciada por Montesquieu. Los poderes o la forma en que estos actúan en la actualidad distan de aquellas percepciones. Si bien a la fecha tal separación de atribuciones sigue siendo esencial para el adecuado constructivismo del poder estatal, cierto es que se han configurado nuevos agentes políticos y sociales que se posicionan en el juego democrático y que implican complicaciones para poder hablar de controles del poder sólo desde este principio.

Forzoso es el replantear la funcionalidad y la forma de operación de la división de poderes, ya no solo como motor fundamental del constitucionalismo liberal, sino como derecho fundamental de la soberanía a partir de la consagración y real aplicación de las garantías procesales que él mismo establece con el nombre de inmunidades parlamentarias, prerrogativas dotadas en esencia al órgano del poder estatal encargado constitucionalmente de establecer los frenos y contrapesos del poder político en tanto a la vigilancia del poder ejecutivo.

La simple enunciación de la separación de poderes no alcanza para explicar las circunstancias presentadas en la modernidad, pues a decir del nacimiento de tal

principio, nuestros tiempos están imbricados de una trama diversa de ejercicio y control del poder. La separación de poderes es un control de orden constitucional y, por tanto, de observancia obligatoria para todos los órganos e instituciones nacidas a partir del mismo texto, resulta indispensable focalizar el ejercicio de este principio a la existencia de las organizaciones político-sociales nacidas dentro de la democracia representativa, es decir, a los partidos políticos, a los sindicatos, organizaciones no-gubernamentales, etc.

Evoluciones propias de sociedades plurales que deben constreñir a este principio a instaurar nuevos límites a la denominada nueva división de poderes, que implica la aparición de medios de comunicación con mayor injerencia social depositada en un poder mediático; así como la generación de instituciones de control económico como las instituciones bancarias que se posicionan mediante un poder económico; y, por último, las instituciones partidistas que controlan el poder político. Todas ellas, circunstancias alejadas de las posturas establecidas por Montesquieu en su teoría de división del poder, más que en esencia se sitúan como entes susceptibles del mismo control constitucional de las ideas del principio en cita, como máximo medio de control práctico del poder.

Todas estas consideraciones hacen necesario replantear el papel que juega el Estado de Derecho en nuestros tiempos, pues o bien se tendría que reformular la existencia y forma de funcionalidad del Estado, o bien reestructurar el ejercicio del derecho. Ante esta afirmación no queda más que reiterar que la evolución de éstos debe llevarse de la mano del constitucionalismo democrático, en donde el imperio de la ley se siembre en la idea de la Constitución como máximo ordenamiento de la voluntad soberana, siendo la única que puede y debe establecer los medios sobre los cuales ha de controlarse el poder y la forma en que éste ha de dividirse para su adecuado funcionamiento, es decir, concibiendo una separación funcional del poder y de sus controles.

Sólo a partir del constitucionalismo democrático, el Estado de Derecho deja de someterse al mismo Estado como autogenerador de su propio derecho, y pasa a estar sometido en todo momento a la voluntad constitucional emanada del mandato

soberano, a partir del cual, por medio del órgano encargado del control del poder político, se ha de generar el derecho que rija la existencia del Estado.

El Estado de Derecho se ve controlado por diversos elementos, entre ellos el constitucionalismo, la democracia representativa, la descentralización del poder, el complejo sistema de controles del poder y, sin duda, el sistema de garantías propias de los controles del poder, correspondientes a los órganos del Estado en el sistema de frenos y contrapesos de los diversos poderes constitucionalmente establecidos. De esta forma, el Estado deja de establecer sus propias reglas del juego, impidiendo la fijación de su autolimitación y auto-fijación de atribuciones.

#### *2.4 División de poderes*

Cuando se pretende hablar de división y/o separación de poderes dentro de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, viene a colisión, en forma inminente, la figura del parlamentarismo en su función de representante del colectivo. Y es que cuando se trata de una organización política cuyo mando corresponde en forma esencial a la sociedad, mediante el ejercicio de la soberanía nacional, no cabe más que decir que, el gobierno de tal sociedad le corresponde en forma exclusiva a la misma, teniendo para el caso de hacerlo efectivo, el tener que delegar tal función.

Sin embargo, al tratarse de sociedades extensas y plurales, como la nuestra, tal gobierno tiene que llevarse de la mano de delegados encargados de gobernar a nombre y mando de estas. Se constituyen de esta forma, poderes cuya función radica en gobernar, administrar y establecer los lineamientos básicos de convivencia que dentro de la sociedad habrán de regir.

Poderes constituidos que deben entenderse como órganos subordinados a la voluntad soberana, que para el caso de la forma de Estado Constitucional, debe entenderse al límite expreso y único de la voluntad constitucional, postrada como aquel poder supremo que da no sólo nacimiento, sino sentido a los mismos poderes constituidos. Al ser la Constitución una elaboración emanada de la voluntad soberana, es ésta la depositaria de aquel poder sobre el que se ha inspirado.

Toda vez que se han generado nuevos depositarios de aquel poder soberano en órganos encargados del direccionamiento estatal, inminente resulta dividir este poder para su efectivo ejercicio, de lo contrario, en su unificación, irrisorio sería el no pensar en un gobierno despótico, gobierno en el que se reuniría no sólo todo el poder, sino toda la autoridad. En consecuencia, la libertad no sería ya un derecho, sino un privilegio de aquellos que pudiesen allegarse a la esfera del poder y la autoridad.

El principio de división de poderes surge con la finalidad de limitar el poder, mediante la distribución equitativa –que nunca igual- de éste, en el entendido de que sea éste el que se frene a sí mismo. Lo que se busca es crear una situación de equilibrio que garantice el respeto por los derechos de cada individuo y con ellos los de cada comunidad, en específico sus libertades.

Incuestionable es que este principio constituye un elemento clave en la dogmática del constitucionalismo, lugar donde se busca un Estado material de derecho que consolide las libertades subjetivas.<sup>213</sup> Si bien existe una correlación directa con el Parlamento, lo cierto es que como principio limitador del poder, su génesis se encuentra en el constitucionalismo liberal.

Tradicionalmente ha sido el situar la autoría del principio de división de poderes como obra de Montesquieu, sin embargo, pertinente es el señalar que es Locke quien por vez primera advierte el peligro que supone la concentración del poder, al afirmar que “el poder puede suponer una tentación excesivamente fuerte para la fragilidad humana, demasiado afecta ya de por sí, a aferrarse a él.”<sup>214</sup>

De esta cita puede afirmarse que, si bien Locke no hace referencia en forma concreta a la división del poder, sí establece el parámetro sobre el cual habría de posicionarse, es decir, su fundamentación y objetivo, que no es más que impedir la concentración del mismo en una sola mano. En forma concreta, podría decirse que

---

<sup>213</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, “División de Poderes en la historia constitucional española”, en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, N° 5, 2009, España.

<sup>214</sup> LOCKE, John, *Dos ensayos sobre el Gobierno civil*, Colección Austral, Espasa-Calpe, Madrid, 1991, p.310.

Locke al hablar de la monarquía como forma de Estado, enfoca el origen de la división de poderes a la postre de éste, como elemento necesario para combatir el totalitarismo.

Dentro de su obra *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Locke combate desde la división de poderes a la monarquía absoluta, aquella monarquía instaurada a partir de la creencia del origen divino del poder, del cual el monarca era el único titular, afirmando que sólo desde aquella organización realizada a partir de hombres libres e iguales puede concebirse al Estado. Organización política de hombres que son los únicos generadores del poder, capaces incluso de retrotraer el mandato dado al monarca, allá donde el fin para el cual esto se realizó, fuese incumplido, reafirmando con ello que “la comunidad retiene a perpetuidad el poder supremo de substraerse.”<sup>215</sup>

Incluso podría decirse que el autor en cita, postula ciertos panoramas sobre los que el liberalismo se sustenta, principalmente lo relacionado a la génesis del poder y la forma en que éste tiene que ser controlado, lo que a la postre se denominaría constitucionalismo. Esto es así derivado de que es el propio Locke quien establece la relación necesaria de división de poder y poder legislativo, para poder hablar de sistema de gobierno.

Al respecto afirma que lo indispensable es dirigir la fuerza de la república hacia la preservación de la comunidad y ello sólo puede lograrse mediante la creación de un cuerpo legislativo como primera ley política imperante en la república.<sup>216</sup> Poder que será el centro de representación del pueblo en contra del poder coercitivo del Estado. Es el legislativo el que demarca en principio de cuentas el límite al poder de tutela de la sociedad que recae sobre el ejecutivo.

No es Locke quien crea doctrinariamente el principio de división de poderes, postula una separación de funciones erogadas a partir del pueblo, donde el papel más importante<sup>217</sup> lo tendría siempre y en todo momento el Poder Legislativo, al ser

---

<sup>215</sup> *Ibidem*, p. 313.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 310.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 313.



la expresión de la voluntad ciudadana, más nunca olvidando que éste a la vez sólo es un poder fiduciario dependiente del poder supremo que lo constituye la voz del pueblo, pudiendo incluso alterar o disolverlo en casos en que se considere traicionada la voluntad de la colectividad.

Como ya se adelantaba, resulta ser Montesquieu quien desde la doctrina crea a la división de poderes, precisamente sobre las mismas razones de las que Locke daba cuenta, una lucha contra la monarquía absoluta, la necesidad de frenar el abuso del poder observable en ella. En forma contundente dentro de su obra *El espíritu de las leyes*, señala la existencia de dos poderes, el ejecutivo y el legislativo, dejando al poder judicial como un desprendimiento del primero de los mencionados, encargado de la regulación de las relaciones civiles respecto a la labor generada a partir del legislativo; así señalaba que “hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil”,<sup>218</sup> postura que consolida su afirmación de que por la disposición de las cosas, el poder debe frenar al poder.

Resulta coincidente afirmar que la diferencia entre Locke y Montesquieu radica en la postura de división y separación, mientras para el primero en mención lo que debe ocurrir es separar las funciones del poder, para el segundo de ellos, lo indispensable es separarlos en forma contundente, pues sólo mediante este mecanismo de oposición y confronta, es que el poder puede verse efectivamente controlado.

Las posturas realizadas por el autor en cita, dentro de *El espíritu de las leyes*, en ningún momento son establecidas como principio universal, pues tales disertaciones son concretamente enfocadas al tiempo y espacio para los que se hicieron valer. Sin embargo, ello no resta importancia para poder sostener que en las democracias modernas y, en los países como el nuestro, siguen y en máximo esplendor teniendo total vigencia y obligación de observancia.

---

<sup>218</sup> MONTESQUIEU, *El Espíritu de las leyes*, Introd. E. TIerno GALVÁN, Trad. M. BLÁZQUEZ y P. VEGA, Edit. Tecnos, Madrid, 1987, XI, VI, p. 107

Si bien dentro de nuestro país no se vive constitucionalmente una monarquía, no puede obviarse el predominio de las instituciones partidistas que, en nuestra época, se postran como el mayor control del poder estatal.<sup>219</sup> Recordando a Gramsci,<sup>220</sup> se ha generado la existencia de un nuevo príncipe de la mano de las instituciones partidistas. El partidismo en México, ha confirmado lo mencionado por este autor, en sus *Notas a Maquiavelo*, respecto a la aparición de un nuevo monarca, un nuevo príncipe, sobre el que descansa el direccionamiento del país, ya no necesariamente de la mano de un Ejecutivo, sino de un sistema de partidos políticos, de élites, que alejados del control del poder controlan no sólo las consecuencias constitucionales del país, sino el poder en sí mismo, a los tres niveles predispuestos por Montesquieu en la Inglaterra medieval.

El poder ejecutivo, el legislativo y el judicial, se ven controlados por la injerencia directa del partidismo político que prima en donde la desdemocratización del sistema ha producido un Estado no de derecho, sino un Estado de Partidos. Régimen en el que la concentración del poder ha llegado a ser inminente, corrompiendo no sólo la teoría de la división y/o separación de poderes, sino que el trasfondo del mismo ha hecho colisionar la imagen de la democracia.

Contra esta concentración del poder, es que tanto Montesquieu y Locke posicionaron sus postulados, ambos en el entendido de que sólo mediante la separación de éste se podría garantizar la libertad de la sociedad, pues la unión de cualquiera de ellos o de los tres a la vez representaría sin más al absolutismo. Si la función primordial de este principio es la protección de la libertad, “[...] el poder legislativo no puede en ningún caso estar unido al ejecutivo porque de ser así no habría libertad. [...] tampoco la habría si el poder judicial [...], estuviera unido al legislativo y al ejecutivo.”<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> Años atrás mediante la concepción de un hegemonismo partidista. En el reciente proceso electoral, mediante el control electoral absoluto por un nuevo partido político. En democracia, tanto el consenso como el disenso son rotundamente necesarios, sin embargo, si el consenso es pleno y no hay garantía de que el disenso tendrá cabida, nada separa a éste con el absolutismo. La democracia corre el riesgo de volverse autocracia.

<sup>220</sup> GRAMSCI, Antonio (1929-1935), *Quaderni del carcere*, op. cit.

<sup>221</sup> BOBBIO, Norberto, *Locke e il diritto naturale*, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1963. p. 263.

Podría establecerse que el resguardo de la libertad del sujeto en sociedad es el motor fundamental de la división de poderes, más ello no implica que no pueda darse un equilibrio en ejercicio de sus respectivas atribuciones, fehacientemente separadas por el ordenamiento constitucional. La finalidad de la división de poderes y la especificación de funciones, es la armonía del ejercicio del poder y los órganos sobre los que se deposita.

Menester es que el poder ejecutivo se encuentre en relación con el poder legislativo, sólo de esta forma aquel podrá frenar las aspiraciones autoritarias del segundo de los mencionados, al ser el mismo el que cobija la responsabilidad más grande que lo es la voluntad soberana. Sólo mediante esta oposición y medios fijos para ello, podrá evitarse que el legislativo adquiera tanto poder, presuntamente legitimado, que llegue a aniquilar a los dos restantes.

De la misma forma, en esta dialéctica de frenos y contrapesos, es necesario que el poder legislativo se encuentre relacionado en forma íntima con la labor del ejecutivo y a la par con la del judicial, pues sólo así se estaría en facultad de examinar la forma en que son cumplidas las leyes que han sido promulgadas, con lo cual cubriría su labor de control de la constitucionalidad, en su función de garante del cuerpo electoral.

Por tanto, la función orgánica de la división de poderes estriba en el sistema de controles y límites entre los depositarios del poder soberano, no pudiendo decirse que alguno de ellos pueda tener primacía respecto de los dos restantes. Entendido así una división de controles del poder, en un juego de reciprocidad de desconfianza por el exceso del poder.

El seno de estas ideas y las aportaciones realizadas por Rousseau, enervan el sustento material sobre el que se postró el liberalismo revolucionario, específicamente en dos elementos indisolubles y necesarios a saber: la soberanía nacional y la división de poderes de la que se ha hablado. Con la protección de la soberanía y la división del poder se disocia la sociedad del Estado. La primera

representada por el Parlamento y el segundo por el Poder Ejecutivo, así una escisión entre Parlamento y Ejecutivo, entre poder público y libertades.<sup>222</sup>

Al darse tal disociación entre sociedad y Estado, el primer punto necesario para la conservación del poder es establecer los lineamientos sobre los que la división del poder habrá de operar. Por un lado, resulta entendible la división horizontal realizada, pero aún más importante resulta el ponderar una división vertical del mismo. Escisión propia del liberalismo que implica la apariencia de un poder primigenio, del cual se desprenden los antes enunciados en la apreciación horizontal.

El liberalismo da cuenta con la creación de un poder constituyente como único detentador del poder, único capaz de establecer los parámetros sobre los que la disociación podrá efectuarse. Así el primero de los elementos mencionados propios del liberalismo cobra protección a partir de la división del poder, es decir, la soberanía nacional. Es a partir del poder constituyente que los poderes constituidos pueden cobrar vigencia y respecto de donde encuentran su primer y máximo límite material y formal.

Es este poder creador el que realiza la distribución de funciones dentro del Estado y posiciona los límites que podrán aplicarse entre sí los poderes constituidos. Ejercicio que lleva en este esquema de frenos y contrapesos a la incubación de mecanismos de protección entre los mismos poderes constituidos, mecanismos que impidan el abuso de ese poder de autolimitación y concentración del poder.

El principio de división de poderes actúa desde una doble materialidad orgánica, la primera en la separación del poder en forma horizontal y vertical; y la segunda, en la creación de dispositivos jurídicos de autoprotección en la lucha constante de control y limitación recíproca. Esta segunda operatividad, se da de la mano de garantías procesales de las cuales goza cada poder constituido en el seno de su ejercicio.

Propio resulta concluir que los derechos generados a partir de la labor de cada forma de ejecución del poder soberano (ejecutivo, legislativo y judicial), no es más

---

<sup>222</sup> Cfr. FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *op. cit.*, p. 175.

que una garantía de la misma soberanía. En forma contundente estas garantías de protección procesal, denominadas inmunidades, se configuran como elementos de salvaguarda de la soberanía nacional. Si lo que implica la división del poder horizontal es la disuasión del Estado y la sociedad, y la sociedad es amparada por el Poder Legislativo, necesario es que éste en la expresión máxima de la voluntad soberana, guarde en su institución aparatos protectores de su actividad.

De esta forma, el principio multicitado deja de ser visto como una mera separación y/o distribución de competencias, para pasar a ser el principio protector de la soberanía nacional, que en el liberalismo se enaltece al amparo de la Constitución. Un Estado que no garantiza fehacientemente la división de poderes, puede decirse que no garantiza en ningún momento la soberanía nacional y, con ello, las libertades sociales, indiscutiblemente asemejado al totalitarismo.

Conforme al constitucionalismo, se aprecia una nueva división de poderes, una forma de comunión entre estos, si bien separados respecto de sus atribuciones y funciones, combinados en un espectro de igualdad, a merced de controles recíprocos que hace del régimen un gobierno de equilibrios. Precisamente estos controles recíprocos son sustentados mediante las inmunidades, que nunca propias de uno de los poderes del estado, sino que son constitucionalmente generadas para los tres. Los tres poderes se hayan divididos, más no separados. Como acertadamente lo señalara Sieyès, “la Constitución comprende a la vez la formación y la organización de los diferentes poderes públicos; de su necesaria correlación y de su recíproca independencia.”<sup>223</sup>

En la actualidad, la función de este principio se ha puesto de entre dicho. A decir de los representantes de nuestro país, la división de poderes en un Estado Democrático poca injerencia ha de tener. Basta con observar la constante de reformas tendentes a fracturar el objetivo del mismo, mediante la desaparición de la garantía de aforamiento constitucional, específicamente en reproducción a aquella garantía referida al poder legislativo.

---

<sup>223</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, *op. cit.*, p. 326.

Ha pasado por alto que la función de estas garantías procesales de las que la división de poderes echa mano para el logro de sus fines, tienen una razón constitucional de ser, que no se basa en el privilegio de uno o en la permisón para defraudar la norma. La función primordial es impedir la concentración del poder, a fin de evitar excesos en el ejercicio de éste dentro de los tres órganos entre los que el poder es repartido.<sup>224</sup>

El Parlamento es el control político del Ejecutivo, el Poder Judicial es creado para controlar la constitucionalidad de las leyes expedidas por el Parlamento. En forma recíproca, cada aparición del poder lleva una funcionalidad de limitación respecto de los dos restantes con los que logra su funcionalidad. Si lo que se pretende conservar es una partición equitativa del poder, indispensable es el postular medios de protección de los mecanismos de control del poder. Precisamente estos medios de protección de la función de control es una de las medidas predisuestas por el Poder Constituyente en el sentido generador de los poderes constituidos.

La crisis del principio de división de poderes en nuestro país, se sitúa desde el descrédito político de los parlamentarios y los dirigentes estatales, mancilla que han propiciado a partir de sus constantes conductas desplegadas hacia la corrupción y la impunidad. Sin embargo, se ha hecho caso omiso e incluso se ha inobservado el papel que juegan los partidos políticos en la democracia y este juego de frenos y contrapesos constitucionales al poder.

La presencia de estos agudiza la crisis mencionada puesto que, al ser instituciones que sirven al control del poder, pero que a la par gozan de una inmunidad ante el control constitucional al no ser objeto de control de ésta, eliminan la funcionalidad de la división de poderes en sus dos aspectos. A partir de éstos no puede apreciarse una división de poderes, pues lo que domina es una totalidad del espectro político, ya desde el ejecutivo, ya desde el legislativo y la inevitable fusión de estos desde el interés particular de los partidos políticos. De esta manera, son los

---

<sup>224</sup> De lo que se trata por tanto, no es de una escisión clara, sino de una organización equilibrada que busca la libertad y cree poder conseguirla a través del establecimiento de la posibilidad de que los distintos poderes puedan controlarse entre sí. OTERO PARGA, Milagros, "División de Poderes. Antes y ahora", *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, España, N° 12, 1997, p. 131.

caciques dirigidos por los partidos políticos quienes a la vez controlan la vida política de la nación.<sup>225</sup> En términos de Gramsci,<sup>226</sup> la división de poderes puede definirse no ya en términos políticos, sino históricos, como mecanismos de la burguesía, un partidismo burgués que sujeta a la clase proletaria.

#### *2.4.1 Control parlamentario*

Dentro de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho en el que se vele por la protección de libertades, debe hablarse de una división de poderes como mecanismo de control del poder y, a la par de ello, situar al Parlamento como el principal mecanismo de control del poder político.

Este control es una de las facultades esenciales a todo Parlamento en un auténtico Estado de Derecho. No cabe duda que la creación del poder legislativo es y debe ser el primero y fundamental acto de toda sociedad que se diga ser democrática. Constitución de un órgano del cual emanen las fórmulas normativas que han de limitar el actuar social y que han de regir las relaciones entre gobernantes y gobernados.

Sin embargo, dentro de un Estado Constitucional, el primer acto realizado por la sociedad es la creación de un Poder Constituyente representante de la voluntad soberana, siendo a partir de éste que se crean en forma subsecuente y subordinada los poderes constituidos sobre los que se distribuye el poder público, de entre los cuales se postula el Parlamento o Poder Legislativo, que encabezará la voluntad soberana acorde a los lineamientos y límites establecidos por el poder constituyente.

Por medio de la función constituyente, el poder encuentra su epicentro en el concepto de soberanía popular. Concepto que se postula como “el único, supremo e

---

<sup>225</sup> Cfr. MACÍAS PICAVELA, Ricardo, *El problema nacional. Hechos, causas y remedios* (1899), Seminarios y Ediciones, Madrid, 1972, pp. 100 y ss.

<sup>226</sup> GRAMSCI, Antonio, *The italian parliament* (1921), cita en Fernández Sarasola, *op. cit.*, pp. 195 y 196.

inapelable, instrumento de control del poder, cuya permanente presencia simbólica inhibe o estimula, [...] la toma de decisiones.”<sup>227</sup>

Aunque el Parlamento se basa externamente en la función legislativa, el papel más importante sobre el que ha sido creado es el servir como medio de control político. Control que realiza a la actividad gubernamental, de esta forma, un control del poder ejecutivo consistente en vigilar y corregir los actos y omisiones de éste. Por tanto, su función se concreta a ser una “exigencia ineludible que asegura que el poder ejecutivo no se convierta en una amenaza para los principios que sustentan todo Estado de Derecho”.<sup>228</sup> Se asegura la existencia de un sistema de controles recíprocos, de frenos y contrapesos que impiden el ejercicio ilimitado e irresponsable de las actividades públicas.

Históricamente el control parlamentario había estado sujeto a dos responsabilidades del ejecutivo, la responsabilidad política y la responsabilidad penal (el *impeachment* inglés).<sup>229</sup> Es hasta la constitucionalización de la responsabilidad gubernamental, donde se amplía el marco de acción del control parlamentario. Se deja de lado la amenaza penal y se concibe a tal control como un instrumento que fija las relaciones entre gobierno y Parlamento.

El periodo democratizante o de racionalización del control parlamentario se da con el llamado *indirizzo*<sup>230</sup> político, con el cual el Poder Legislativo adquiere una fuerza vigorizante que no se basa sólo al control político, sino ahora se posiciona como instrumento de direccionamiento de la vida política del Estado. Es a partir de esta concepción que, al menos en las democracias parlamentarias, el control llevado por éste se efectúa respecto de todas sus actividades como un control plenamente

---

<sup>227</sup> VALADÉS, Diego, *El control del poder*, op. cit., p. 99.

<sup>228</sup> AGUILAR BLANCAS, Carlos Alberto, “Alcances y perspectivas del control parlamentario en la democracia mexicana”, en *Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Colombia, N° 51, julio-diciembre, 2017, p. 38.

<sup>229</sup> Cfr. MORA-DONATO, Cecilia, “Instrumentos constitucionales para el control parlamentario”, en *Cuestiones Constitucionales*, UNAM-IIJ, México, N° 4, enero-junio, 2001, p. 87.

<sup>230</sup> Al respecto véase: “Indirizzo político”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXI, Milán, Giuffrè, 1973, pp. 134-171; CANOSA, Raúl, “La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 67, enero-marzo de 1990, pp. 125-152.



político del gobierno, en específico como función de las minorías parlamentarias y cuyo objeto se traduce en la fiscalización de la acción gubernativa del Estado.

Desprendida de esta democratización y constitucionalización parlamentaria, puede concebirse que en un sistema de corte presidencialista, la labor de control por parte del parlamento se vea investida de importancia en la vida política estatal. Facultad que corre de la mano de las minorías parlamentarias. Lugar donde se garantiza en forma fidedigna la libertad de expresión en tanto a la crítica contra el gobierno en turno.<sup>231</sup> Al respecto Rubio Llorente menciona que:

...el control parlamentario es desempeñado por todos los grupos a través de todos los procedimientos, pero como el contraste de la actuación gubernamental con el criterio de la mayoría lleva necesariamente la defensa de aquella actuación para la que el gobierno se suele bastar a sí mismo, la gran protagonista del control parlamentario es la minoría, cuya apreciación crítica de la acción gubernamental debe ser inexcusablemente ofrecida a la sociedad para que ésta continúe siendo políticamente abierta y, por tanto, libre.<sup>232</sup>

Al ser el Legislativo un control político por excelencia, resulta ser un control de orden subjetivo, es decir, tal control no puede verse como desprendido de una norma fija y de la cual se vea determinado, pues el mismo se corresponde con la garantía de libertad de apreciación que realiza el órgano controlante. En estricto sentido, esta facultad subjetiva de valoración en la fiscalización de la actividad gubernativa, sitúa al Poder Legislativo como un órgano de poder institucionalizado donde sus agentes tienen reconocida por la norma constitucional su competencia como potestad jurídicamente establecida, más esta regulación no lo convierte *per se* en un control jurídico. Su función no radica en sancionar o destruir el gobierno, sino en controlar las áreas en las que éste interviene.<sup>233</sup>

Esta visualización del parlamento como eje central del control político en forma subjetiva, hace del mismo una forma representativa del Estado Democrático de

---

<sup>231</sup> ARAGÓN REYES, Manuel, "Prólogo", en Mora-Donatto, Cecilia Judith, *Las comisiones parlamentarias de investigación como órganos de control político*, UNAM-Cámara de Diputados, LVII Legislatura, México, 1998, p. 13.

<sup>232</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 256. Cita en: MORA-DONATTO, Cecilia, "Instrumentos constitucionales para el control parlamentario", *op. cit.*, p. 94.

<sup>233</sup> Cfr. RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder...*, *op. cit.*, pp. 250 y ss.

derecho. Sin embargo, debe advertirse que tal postura tiene repercusión inmediata en democracias de corte parlamentario, situación que no obvia la necesidad de postrar al parlamento como eje rector de control en sistemas presidencialistas como es el caso del Estado mexicano, entendido éste amparado en aras del principio de división de poderes.

Como mencionara Kelsen,<sup>234</sup> es a partir del ámbito democrático que el Parlamento se postra como el estandarte de la voluntad decisiva del Estado, al margen de haber sido instituido por el cuerpo electoral mediante el sufragio universal y, con ello, se encuentra vinculado a la responsabilidad política del gobierno, siendo éste el encargado de ejercitarla en todo momento.

Con esta concepción de control político del Legislativo, es que se amplía su espectro de acción, incluso operable en sistemas presidencialistas como es el caso de nuestro país. Aun cuando el presidencialismo implica una rigurosidad en la observancia del principio de división de poderes, que impide la intromisión de los poderes en las funciones de los restantes, la función democrática como racionalización del poder, vincula al legislativo para que ejerza sobre el ejecutivo un control político de vigilancia respecto de las actividades de direccionamiento estatal.

En consecuencia, el control parlamentario resulta ser no sólo una parte indispensable en las democracias parlamentarias como formas de Estado, sino incluso un elemento imprescindible en los regímenes presidencialistas. Su función se reduce a la protección integral de las libertades, ante aquella disociación del Estado y la sociedad, con la finalidad de mantener en todo momento el sistema de controles recíprocos existentes en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Dentro de sistemas políticos como el mexicano, el control parlamentario se ha visto como una catapulta de las instituciones partidistas para tomar postura en la vida política del país. En principio los partidos políticos nacen como mecanismos auxiliares del parlamento en el control del poder, por esa razón se encuentran legitimados en su funcionamiento, sin embargo, la democratización del Estado ha

---

<sup>234</sup> Cfr. KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, Colofón, 1977, p. 50.

dado pauta a que los partidos políticos se legitimen como medios de control del poder, generado en ellos un poder no controlado constitucionalmente y ahora nuevos detentadores desde las cúspides de las élites partidistas.

Es en este contexto, que el control parlamentario ha tenido que virar a situaciones para las cuales en principio no habría sido creado, puesto que tal control ha sido catalogado como ineficaz, pues precisamente la presencia de estas instituciones partidistas ha debilitado la importancia del procedimiento legislativo. Evidente resulta el afirmar esto, allá donde la mayoría partidista que confabula con el ejecutivo frustra la función de fiscalización del Parlamento en las labores del ejecutivo.

Es con esta incursión que la postura clásica del control parlamentario se ve superada, dejando de abocarse a una responsabilidad político-penal, ahora sustituida por la acción de control de los partidos.<sup>235</sup> Los partidos políticos se sitúan como partícipes de los controles del poder, situación que produce que la mayoría dominante en el órgano legislativo se compagine con quien encabeza el gobierno, con lo que el control material forzosamente tiene que verse desplazado a los sectores que ostentan las minorías disidentes. Por lo que, a decir de Sánchez Navarro, esto más que un control entre Parlamento y Ejecutivo, se vuelve un control entre mayorías y minorías.<sup>236</sup>

Es aquí donde la función parlamentaria se ve mermada, teniendo que controlar no sólo al ejecutivo, sino a aquellas instituciones que en principio nacen para auxiliarle en tal ejercicio de control. En forma paradójica, de esta situación se enaltece la función legislativa como control del poder, ahora de la mano de las libertades de expresión llevadas a cabo por las minorías, en contra de las labores del ejecutivo. Como señalara Fernández Sarasola “el control no sólo se encuentra en la

---

<sup>235</sup> Cfr. RUBIO LLORENTE, *La forma del poder (estudio sobre la constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 209 y ss.

<sup>236</sup> Cfr. SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel, “Control parlamentario y minorías”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 88, abril-junio, 1995, pp. 224 y 253.

decisión, sino también en el debate, y, por tanto, en manos de la minoría”,<sup>237</sup> es a partir de éstas, donde el control parlamentario sitúa su actual funcionamiento.

En consecuencia, la labor fundamental del parlamento en esta nueva imagen del poder, respecto de la representatividad que goza derivada de la voluntad general, es proteger en todo momento los derechos fundamentales de los ciudadanos y mantener el control de las instituciones del Estado, entre ellas el ejercicio de los partidos políticos.

Necesario es que el parlamentario cuente con medios de protección que le aseguren la no venganza política de lo mismo que controla. Es decir, para que el Parlamento logre su función de control ha de contener para el caso, garantías del estilo de la inviolabilidad, la inmunidad y el Fuero Constitucional, que siempre en forma concatenada hacen de ellas garantías de certeza jurídica no sólo de la función de control, sino en estricto sentido, garantías de certeza jurídica de la sociedad en general.

A decir de Lucas Verdú el Parlamento contemporáneo tiene como función central, “controlar y criticar”,<sup>238</sup> lo que hace de éste un órgano fundamentalmente de control a partir de su base constitucional, enaltecendo con ello la vitalidad de la división de poderes. Así se vincula en forma concreta el sistema de controles políticos recíprocos entre los depositarios del poder. De aquí nace lo que Valadés denomina como paradoja de los controles políticos, “por un lado la libertad social se garantiza si los poderes están separados, pero por otro lado la libertad social exige que los poderes se controlen entre sí”,<sup>239</sup> de esta forma el sistema de frenos y contrapesos implica no una negativa de concurrencias, sino una mecanización de balances.

Atendiendo a la racionalización constitucional y democrática del control del poder político, el principio de separación de poderes no puede verse como un dogma

---

<sup>237</sup> FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, “El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento español”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 20, Nº 60, 2000, págs. 89-114.

<sup>238</sup> Cfr. VALADÉS, Diego, *El control del poder*, op. cit., p. 94.

<sup>239</sup> *Ibidem*, p. 95.

absoluto, sino como un medio de equilibrio entre los órganos que lo ejercitan. Sólo de este modo puede evitarse la concentración del poder por cualquiera de sus depositarios, es decir, al ser un sistema recíproco debe entenderse que tanto el ejecutivo como el legislativo son entes tendentes a acaparar el poder, máxime acompañados como en la actualidad, de las entidades partidistas.

No debe olvidarse que propio a su naturaleza política, los sistemas constitucionalmente democráticos, postulan en el control del poder una función esencialmente deliberante, pues estos son instrumentos que permiten garantizar el cumplimiento del pacto social, teniendo para tal efecto un carácter general y público.<sup>240</sup>

Al efecto, si los controles políticos se encuentran investidos de una función deliberante y ésta en esencia se lleva a cabo por el Poder Legislativo, coincidente es el señalar que en un sistema presidencialista el poder es controlado mediante su racionalización, abocándose a limitar la discrecionalidad con la que éste se erige, actuando directamente en la manera en que son ejercitadas las facultades del ejecutivo. Al respecto, Rubio Llorente<sup>241</sup> señala que la forma en que son aplicados estos controles políticos, se da mediante la publicidad de la política y el control de la administración.

---

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>241</sup> RUBIO LLORENTE, *La forma del poder...*, op. cit., p. 209.

## CAPÍTULO III. ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS GARANTÍAS PARLAMENTARIAS EN MÉXICO Y ESPAÑA

### *3.1 Aforamientos e Inmunidades*

En el seno del pluralismo democrático ventilado a la luz de la libertad de expresión en pro de un adecuado constructivismo del discurso social, político y jurídico, se han creado figuras para la operatividad del Estado, entendido éste como ese ente organizador de la vida social de la colectividad, que en forma específica actúa mediante la postura democrática de representatividad del cuerpo electoral que clama por una voz que sea portadora de su voluntad popular.<sup>242</sup>

De esta búsqueda de participación en los asuntos organizadores del Estado, nace la figura jurídico-política del Parlamento en la Inglaterra Medieval, estableciéndose, a la postre, dentro de un régimen constitucional (liberal) luego de la revolución Industrial en Francia y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. A diferencia de la generación inglesa, Francia instauro su posición como un mecanismo formal en contra del monarca, conservando a la vez la esencia de aparición ante el Estado y los poderes que en él interactúan como motor organizacional.

A la par de la creación de este órgano representativo y con la finalidad de proteger la integridad del cuerpo electoral como manifestación de voluntad soberana, motor y esencia del Estado, nacen determinadas figuras jurídicas de orden constitucional que establecen una protección fundamental para la manutención del sistema gubernativo y para la desconcentración del poder del Estado, interactuando en su conformación como mecanismos de pesos y contrapesos al autoritarismo y centralización del poder, en apreciación del principio de División de Poderes.

---

<sup>242</sup> Así por ejemplo en HELLER, Hermann, *Teoría del Estado. Teoría política*, ed. 39, Edit. Porrúa, México, 2005.

Estas figuras jurídicas<sup>243</sup> sirven como herramienta básica en el desempeño de la labor del Parlamento y fueron creadas para lograr un equilibrio político en la operatividad del Estado, son contempladas por la Constitución como instituciones jurídicas que sirven de protección a éste, contra eventuales persecuciones jurídicas y políticas frente a las manifestaciones que los parlamentarios puedan realizar del sistema gubernativo en turno, así como respecto de los distintos órganos de funcionamiento estatal.<sup>244</sup>

Estas protecciones de orden constitucional que existen desde la creación del parlamentarismo en sede inglesa,<sup>245</sup> han sido conocidas con el nombre de inviolabilidad e inmunidad parlamentaria, dentro de la doctrina que se denomina de la *freedom of speech* y la *freedom from arrest*. Ambas instituciones controlaban la protección parlamentaria respecto a la libertad de expresión en los asuntos del Estado y la prohibición de arresto por conductas de orden civil.

La inviolabilidad e inmunidad parlamentaria han sido foco de múltiples y constantes confrontas jurídicas en torno a su idoneidad y utilidad, llegando a convertirse en impedimentos jurídico-políticos para la impartición de justicia, en privilegios que se contraponen al principio de igualdad ante la ley que propugna el Estado de Derecho, más no necesariamente así perceptible en el Estado Democrático.

Situación que conlleva a que estas figuras de protección, conjuntamente con la institución del aforamiento, hayan sido mal usadas por la sociedad política al grado de representarse como privilegios más allá de la función pública, concretamente en ámbitos particulares, como un uso desmedido de ellas incurriendo en actividades que salen del espectro constitucional, convirtiendo a sus poseedores en personas impunes ante la ley y facilitando la comisión de actividades delictivas sin que exista

---

<sup>243</sup> Cabe señalar como se hará *infra*, que las mismas pueden denominarse y con justa razón figuras de orden político más que jurídico.

<sup>244</sup> Manifestaciones que, a decir de Pedro de Vega en comentario a Schmitt, resultan ser el espíritu del parlamentarismo. DE VEGA GARCÍA, Pedro, "El Principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional", en *REP*, N° 43, enero-febrero 1985, España, pp. 45-65.

<sup>245</sup> Se establece que se han dado aparentemente, puesto que parte de la doctrina parlamentaria ha establecido que el parlamento tal como hoy se establece no tiene nacimiento en Inglaterra, sino que se da en Francia dentro del siglo XVIII.

repercusión legal alguna sobre ellos. Por medio del aforamiento se ha llegado al extremo de proteger no solo a los representantes estatales, sino también a sus cómplices en hechos ilícitos.

Al ser considerados los representantes de la sociedad como sujetos que gozan de una posición privilegiada ante la ley y ante sus propios electores, se ha producido inevitablemente un discurso iracundo por parte del cuerpo electoral que pugna por la desaparición de esos permisos para delinquir que han sido representados sobre la base de las inmunidades parlamentarias respecto de su uso mal intencionado en miras a la impunidad y la corrupción.

Los problemas que presentan estas instituciones son comunes en el ejercicio político de México y España, países en donde el Parlamento se corresponde en obligaciones y prerrogativas. De forma semejante, en ambos territorios los miembros de esta institución suelen padecer de la animadversión social que los identifica como corruptos y delincuentes<sup>246</sup> protegidos por la ley. De esta suerte, el presente capítulo se basa al estudio comparativo entre España y México en lo que refiere a la actualidad de las figuras de inmunidad, inviolabilidad y aforamiento.

En un primer momento caracterizamos dichas figuras jurídicas en razón de los antecedentes medievales y modernos, para luego analizar sus implicaciones en los sistemas democráticos de los países propuestos, haciendo hincapié en los obstáculos que encuentran, tanto en su interpretación como en su uso. Finalmente se ha tratado de establecer la pertinencia de las protecciones parlamentarias a la luz de los principios de División de Poderes, Proporcionalidad y Representatividad.

### *3.2 Del Parlamento y sus instituciones de protección*

Establecer un diálogo respecto a temas de cause jurídico y político resultan siempre controvertido, no sólo por las diversas posturas en pro o en contra de las que se

---

<sup>246</sup> Discurso que, si bien es pregonado socialmente, no implica que *per se* la condición de parlamentario implique una calidad delictiva en el sujeto político, más la extensión injustificada del alcance material de las inmunidades, ha hecho ver en el discurso político a los representantes como sujetos intocables ante la ley.



pueda dar cuenta, sino por la misma naturaleza de poder y control que instauran en el ejercicio estatal. No resulta extraño el hecho de que la formación de lo que hoy se conoce como Parlamento y sus respectivas prerrogativas y/o mecanismos de protección, se vuelvan igualmente motivo de arduas confrontaciones y opiniones disímiles en su apreciación y ejercicio en pos de la voz popular que las comenta.

Vaya que ello resulta complicado, no sólo su entendimiento actual, sino su misma razón de existencia, ya no sólo de sus mecanismos de defensa, sino de la misma institución sobre la que residen, que lo es el Parlamento. Desde doctrinas que hablan del nacimiento en la esfera de la Inglaterra medieval, la cual se establece como la primera etapa estamental en la que se sitúa el nacimiento del mismo. Pues de sobre está decirlo, en la época medieval de Inglaterra donde el Monarca era el único titular de poder y, por tanto, soberano de la nación, no había opinión que pudiese importar sin la plena voluntad de éste.

Era el Monarca el centro de atención de la opinión pública y el único centro de poder sobre el que residía la omnipotencia de la sociedad, que no tenía más voto que la palabra del soberano, y no toda la sociedad, sino sólo aquella que representaba un fiel súbdito en términos monetarios, residiendo la representación popular en el consejo que el Monarca establecía, sin mayor opinión que la de acatar las decisiones de éste, sirviendo éstos sólo como portavoces de la voluntad indiscutible del Rey.

Es hasta la recisión económica, propia del medievo inglés, lo que ocasiona que el monarca incapaz de mantener financieramente el coste ocasionado por su ejército, se vea en la necesidad de adoptar medidas externas para lidiar con la crisis económica que colisionaba el orden político del momento.<sup>247</sup> Medidas que llevan a la regeneración del consejo consultivo del Monarca, obligándose a admitir en él “a representantes de los únicos entre sus súbditos capaces de pagar impuestos”,<sup>248</sup> que

---

<sup>247</sup> Cfr. GARCÍA, Eloy, *Inmunidad Parlamentaria y Estado de Partidos*, Edit. Tecnos, España, 1989, pp. 22 y 23.

<sup>248</sup> *Ibíd.*

lo eran solamente los burgueses, convertidos ahora en la *Curia Regis* en el Parlamento Inglés.

A partir de la colisión política de la época, la burguesía de la sociedad inglesa comienza a formar parte operativa dentro de la toma de decisiones del Reino, ya con voz propia dentro del consejo y no como meros espectadores de las proposiciones del Monarca, situándose aquí –a decir de los autores–,<sup>249</sup> históricamente el nacimiento de las franquicias más conocidas del parlamentarismo medieval conocidas como *freedom of speech* y el *freedom from arrest*, concretamente lo que tendría que entenderse como libertad de expresión y garantía de no ser aprisionados por deudas de orden civil.<sup>250</sup>

De esta forma, el Rey ya no subordina a la *Curia Regis*, sino que pasa de ser un órgano de consulta, a un poder constituido, capaz de realizar contra proposiciones a lo expresado por el monarca, consolidando su posicionamiento dentro del Bill of Rights de 1689, consagrando dentro su artículo 9<sup>o</sup><sup>251</sup> lo que se denominaría la doctrina del *freedom of speech*.

El *freedom of speech*, se erigía como el derecho del parlamentario a no ser llevado ante el tribunal a causa de las opiniones vertidas en el consejo o sus votos emitidos en el ejercicio de su función, que no fuera otro que el mismo Parlamento. Mientras que el *freedom from arrest* se establecía como el derecho de dejar sin efectos todo aquel mandato de arresto contra del parlamentario por razones de cause civil.

Si bien este acontecimiento histórico ha sido uno de los postulados de mayor algidez respecto a la fundamentación no sólo de la creación del parlamento, sino de las figuras jurídicas que nacen como formas de protección especial de ellos, cierto es que el mismo forma parte fundamental del cimiento jurídico con el que la modernidad

---

<sup>249</sup> Esmein-Nezard, Barthélemy-Duez, Biscaretti di Ruffia, Pérez Serrano, Fraga, Carro, etc.

<sup>250</sup> GARCÍA, Eloy, *op. cit.*, p. 23.

<sup>251</sup> La libertad de expresión y de los debates y procedimientos en el Parlamento no podrá ser incriminada ni cuestionada en ningún tribunal fuera de este Parlamento. Art. 9º del Bill of Rights de 1689.

da cuenta de la protección parlamentaria vía inviolabilidad e inmunidad,<sup>252</sup> que si bien distorsionada en medida a su actual apreciación, innegable resulta el tratar de evitarla del caudal histórico como antecedente inmediato.

El Parlamento nacido dentro de la Inglaterra medieval, si bien no funge en forma totalitaria como un representante de la sociedad, si lo hace como un representante de cierta parte de ella, al menos de aquella clase que compagina con su postura económica, burgo que lo ha enviado para lograr una representatividad, es decir, un parlamento clasista y selectivo. De igual forma, es apreciable que el modelo de inmunidad que en su momento se presenta, no se instituye con la misma finalidad que en la modernidad se retoma, pues se constituía en vía de causas de tipo civil y no de orden penal<sup>253</sup> como hoy día se aprecia.

Incuestionable resulta que para ese momento, la inmunidad parlamentaria se constituye en dos visiones bien definidas: 1) Como necesidad de voz representativa en los asuntos del reino; y, 2) Como individualización del poder judicial y la opresión del rey. Esta última en tanto que antes de esta facultad de las *curias regis*, de poder emitir opiniones en el consejo del monarca, sólo eran consultores sin voz ni voto y que estaban en todo momento subordinados a la decisión del Rey.

Desde esta postura, la apreciación de división de poderes se observa en todo su esplendor, pues se habla de la necesidad representativa con la que da cuenta la creación del Parlamento, que servía precisamente a cierta parte del burgo que lo había encomendado para ello. Por otro lado, no puede desconocerse que a la par de este poder, existía el poder de enjuiciamiento real, a través de cual se gozaba de ciertas inmunidades, que en sentido concreto puede entenderse como independencia del poder tanto monárquico, como parlamentario, colisionando en la apreciación de un poder judicial.

---

<sup>252</sup> Así por ejemplo en: I. Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights (A Critical Introduction)*, 4.ª ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2006, p. 264.

<sup>253</sup> Respecto al tema de la "*civil arrest*", véase también: A. W. Bradley y K. D. Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 13.ª ed., Essex (England), Pearson-Longman, 2003, p. 215.

En estos términos, el Parlamento medieval más que un auténtico representante político de la totalidad del cuerpo social, se presentaba y actuaba únicamente como un comisionado jurídicamente vinculado a las instrucciones del burgo que lo propone, de aquellas personas que los posicionaban en tal lugar.

Al ser un portavoz de cierta parte de la colectividad, se hace necesaria la aparición práctica de ciertos derechos singulares que garantizaran esa libertad de opinión ante el monarca dentro de las decisiones de la sociedad, sin las cuales en otro momento habrían ocasionado fácilmente una sentencia rotunda contra de las manifestaciones vertidas, máxime en aquellos casos en que se contrapusieran las proposiciones del Rey y que a contentillo de éste no tuviesen cabida dentro de su opinión.

Estas inmunidades o derechos singulares surtían el efecto de llevar ante el monarca las instrucciones de la burguesía por vía de sus encomendados, que como bien lo señala Eloy García:

Su misión consistía, por tanto, no en participar en la formación de una voluntad colectiva inexistente, sino en transmitir fielmente, de manera casi literal, las opiniones de sus comitentes, de modo que perseguirlo judicialmente a causa de sus comportamientos parlamentarios, equivalía, poco más o menos a negar, al burgo o corporación que lo había enviado, el derecho a formular proposiciones y a emitir votos en materia que le afectaban directamente, derecho que según el viejo aforismo <<no taxation without representation>>, se consideraba como una justa contraprestación al deber de pagar impuestos.<sup>254</sup>

El parlamento no era un órgano de toma de decisiones, sin embargo, establecía un hito preponderante respecto de la funcionalidad de la nación. Si bien el parlamento no era un poder político formalmente constituido, sino más bien una institución consultiva derivada de que no tenía funciones legislativas, si era un poder de opinión consultiva para los intereses del reino, de aquellos intereses de los que disponían los burgos.

De esta forma, la inmunidad en términos de *freedom of speech*, es entendida no como una defensa o garantía judicial del parlamentario frente a la presencia del soberano, sino más en el sentido de una garantía que en forma personal otorgaba el

---

<sup>254</sup> *Ibidem*, pp. 26 y 27.

monarca a aquellos grupos sociales que gozaban del derecho a emitir opiniones de consulta para los asuntos del reino, que primeramente garantizaba que las opiniones vertidas en el consejo habrían de ser escuchadas y consideradas al momento de emitir las decisiones pertinentes a los asuntos sociales y, que por otro lado, otorgaba la seguridad de que las opiniones establecidas por los parlamentarios no serían utilizadas en su contra en forma legal para amedrentar a las personas que las transmitían, como medio de amenaza penal.

De esta singular postura de trato en la inmunidad como derecho subjetivo ante determinaciones del monarca y su establecimiento como una garantía de órgano consultor y no legislativo, es que se suscita una de las discusiones más preponderantes en tanto a la racionalización del entendimiento histórico del parlamento y sus prerrogativas como lo es la antes dicha.

Es congruente señalar que, “el orden político medieval, como cualquier otro de esta época, desconoce los supuestos básicos en que se asienta el concepto moderno de inmunidad”<sup>255</sup>. De esta forma puede comprenderse que, dos son las razones por las que históricamente aparece la inmunidad parlamentaria:

- Postura que se sitúa respecto a los privilegios de la historia medieval inglesa.<sup>256</sup>
- Postura que desconociendo a esta primera, sitúa el concepto inmunidad – al menos a su actual percepción–, en atención a la revolución francesa, misma que se difunde por toda Europa para el siglo XIX.<sup>257</sup>

Si bien la fundamentación dada por el antecedente medieval sitúa al parlamento en tintes diversos a los actualmente concebidos, como bien lo manifiesta

---

<sup>255</sup> García, Eloy, *op., cit.*, p. 27, citando a SURLESE, Laura, *Il Re e i Lords nel Parlamento medievale inglese*, cit. Cap. VIII, p. 27.

<sup>256</sup> En referencia a la defensa de esta tesis del nacimiento históricamente justificado de la inmunidad parlamentaria se tiene entre otros a May, Anson, Pérez Serrano, Fraga, Carro, etc.

<sup>257</sup> Para mayor claridad y ejemplificación de ello, véase BOCKELMANN, *Die Unverfolgbarkeit der Abgeordneten nachdeutschen Immunitätsrecht*, Gotinga, 1951; FERNÁNDEZ-MIRANDA, Alfonso, “Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, N° monográfico 10, 1986, pp. 176 y ss; RECODER DEL CASO, Emilio, “Comentario al Artículo 71 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución* dirigidos por Garrillo Falla, Madrid, 1987.

Surlese, notoriamente apreciable resulta también, el establecer que debe dársele crédito al mismo por ser el momento que denota por vez primera el privilegio de la inmunidad como medida de protección para la libertad de expresión ante los asuntos políticos de organización estamental, ya bien ante la presencia de un rey o ante la de un poder ejecutivo dentro del cual recae el privilegio de direccionamiento social.

El presente escrito centrará su estudio respecto de la apreciación moderna de la concepción de la inmunidad parlamentaria, estrictamente del fuero, que se sitúa dentro de la segunda postura que se desprende de la revolución francesa a partir del decreto de 20 de Junio de 1789, misma que encabeza el primer vestigio de una inmunidad concebida como prerrogativa modernamente aceptable, insistiéndose, no en el entendido de desconocer a la hasta aquí comentada que vaya, por sí sola, marca el hito principal de la protección representativa de la sociedad<sup>258</sup> a través del órgano parlamentarista, sino en el sentido de no ser ésta la mayormente compaginable con la que actúa en la modernidad.

Desde 1789, con la Constitución del Tercer Estado francés, se incorpora la institución jurídica de la inmunidad por vía de la inviolabilidad parlamentaria. Institución que como señalara Barthélemy perseguía sin más, transferir a las Asambleas representativas del liberalismo constitucional una parte de los beneficios del viejo axioma absolutista: *the king can not do wrong*.<sup>259</sup>

Sin embargo, el aporte francés de la inmunidad se centra no en términos de *freedom of speech*, pues ésta se deja para la inviolabilidad, sino en la categoría del *arrest*, pero referido a las prácticas de corte penal por parte de los parlamentarios, precisando que ésta no entrañaba una traslación de competencia jurisdiccional, sino la necesidad de la autorización de la Asamblea para procesar a uno de sus miembros.

Precisamente el decreto de 20 de junio de 1789, declaraba dentro de sus disposiciones que:

---

<sup>258</sup> Al menos aparentemente, puesto que como ya se dijo, sólo se representaba cierta parte de ella, que era la que controlaba el poder financiero del reino vía tributación.

<sup>259</sup> J. Barthélemy y P. Duez, *Traité de Droit Constitutionnel*, Dalloz, Francia, 1933, p. 569.

“La Asamblea proclama que la persona de cada Diputado es inviolable. Cualquier individuo, organización, tribunal, magistratura o comisión que durante o después de las sesiones parlamentarias osara perseguir, investigar, arrestar o hacer arrestar, detener o hacer detener a causa de alguna propuesta, parecer o discurso, manifestado o pronunciado en los Estados Generales, e igualmente quienes prestaran colaboración a los anteriores atentados, fuere quien fuere la autoridad que los hubiere ordenado serán considerados infames y traidores a la nación y culpables de crimen capital. La Asamblea Nacional establece que en los casos precedentes tomará todas las medidas necesarias para investigar, perseguir y castigar a los representantes, instigadores y ejecutores.”<sup>260</sup>

Esta preocupación de los revolucionarios franceses, respecto a la protección de los parlamentaristas, sitúa el margen de apreciación de la inmunidad parlamentaria como una garantía del legislador, que en forma contundente reprimía el caudal penal. Sin embargo, sería hasta el decreto de 26 de junio de 1790, cuando completando la proclamación anterior, la Asamblea Nacional permite en cierta medida la aparición del enjuiciamiento penal, señalando que: “[...], los miembros de la asamblea Nacional pueden, en caso de flagrante delito, ser arrestados conforme a las ordenanzas que, igualmente, pueden –salvo en el supuesto anteriormente indicado– ser demandados e investigados judicialmente, pero no detenidos, antes que el Cuerpo Legislativo, a la vista de las informaciones de las piezas de convicción, decida que hay lugar a la actuación.”<sup>261</sup>

Siguiendo a Fernández-Miranda, el antecedente inmediato de la inmunidad, alejada de lo entendido por los privilegios medievales,<sup>262</sup> se encuentra en la

---

<sup>260</sup> Proclamación que obviamente marca una clara necesidad por parte de los revolucionarios de salvaguardar en todo momento la inmunidad de los representantes del parlamento contra de cualquier tipo de violación ya jurídica o política que tuviesen por motivo de la emisión de sus votos en el ejercicio de sus funciones.

<sup>261</sup> Textos de los decretos tomados del *Courrier de Provence*, de 10 de octubre de 1789, p. 10, y de los *Archives Parlementaires, première série*, t. XVI, p. 470. Cita en García, Eloy, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

<sup>262</sup> Véase para mejor explicación: FERNÁNDEZ-MIRANDA, Alfonso, “Artículo 71. Inmunidad e Inviolabilidad Parlamentarias”, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, Dirigidos por Oscar Alzaga, Edit. Edersa, España, 1989.

“Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, N° monográfico 10, 1986.

“La Inmunidad Parlamentaria en la práctica de la II República y de las Cortes Constituyentes”, en *REOP*, n° 47, 1977.

Constitución francesa de 1791, donde el fundamento y naturaleza en que nace la misma es totalmente diferente, siendo una suerte de protección para el Parlamento que consiste en impedir que sea controlado por el resto de los poderes del Estado, que en palabras del autor en cita, implicaría que “surge la inmunidad como fruto de un enfrentamiento histórico concreto entre un Parlamento revolucionario que se siente en peligro y un ejecutivo y un judicial emanación directa de la voluntad del rey.”<sup>263</sup>

Es la Constitución del 3 de septiembre de 1791 donde se concretizarán los dos institutos de la inviolabilidad e inmunidad, dentro de sus artículos 7 y 8 de la Sección Quinta, del Capítulo I, del Título III, que al efecto señalan que:

*Artículo 7. Les représentants de la Nation sont inviolables: ils ne pourront être recherchés, accusés ni jugés en aucun temps pour ce qu'ils auront dit, écrit ou fait dans l'exercice de leurs fonctions de représentants.*<sup>264</sup>

*Artículo 8. Ils pourront, pour faits criminels, être saisis en flagrant délit, ou en vertu d'un mandat d'arrêt; mais il en sera donné avis, sans délai, au Corps législatif; et la poursuite ne pourra être continuée qu'après que le Corps législatif aura décidé qu'il y a lieu à accusation.*<sup>265</sup>

Esta consolidación en las percepciones de lo que se entiende por inviolabilidad e inmunidad, resultan ser rotundamente el eslabón indispensable dentro de la teoría de las prerrogativas parlamentaria como protecciones al sistema gubernativo del Estado Democrático. Teniendo como principal fundamento del derecho de libertad de expresión a la inviolabilidad, piedra angular que protegerá el auténtico ejercicio político del parlamentario en pro de su libre opinión y emisión de voto. Mientras que por lo que hace al ejercicio externo como medio de protección

---

<sup>263</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA, Alfonso, “Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, N° monográfico 10, 1986, pp.176 y ss.

<sup>264</sup> Artículo 7. Los representantes de la Nación son inviolables: No podrán ser investigados, acusados ni juzgados en ningún momento por lo que hubieran dicho, escrito o hecho en el ejercicio de sus funciones de representantes.

<sup>265</sup> Artículo 8. Podrán por hechos criminales, ser detenidos en caso de flagrante delito o en virtud de un auto de detención; pero se dará aviso, sin dilación, al Cuerpo legislativo; y la persecución no podrá continuarse más que después de que el Cuerpo legislativo haya decidido si ha lugar a la acusación.



extraparlamentaria a la libertad de expresión, la protección de no ser arrestado por causas criminales, salvo el caso de flagrante delito.

Cabe resaltar que a lo que se refiere en esencia la inmunidad parlamentaria como límite al *ius puniendi*, respecto a la prohibición de arresto por el comportamiento del parlamentario, se avoca a aquellos ilícitos penales encuadrados respecto a la reproducción del ejercicio parlamentario en su comportamiento ante la cámara, por tipos realizados contra terceros miembros de la organización estamental, en el ejercicio de la inviolabilidad como estandarte de la libertad de expresión.

En la estructura organizacional de la Francia revolucionaria, se aprecia una transición del poderío del Monarca como soberano a la soberanía entendida como la Nación, que en términos de Carré de Malberg,<sup>266</sup> simboliza el hito decisivo de transición de la soberanía del Monarca a la Nación; donde se enaltece por vez primera el principio de soberanía nacional, que sustraía al rey el poder absoluto de orden unipersonal, para situarlo en forma colectiva dentro de la nación.

Justamente esta apreciación de la Nación, en el surgimiento del principio de supremacía nacional, no mejor ejemplificado, puede expresarse en palabras de Schmitt, que al efecto señala que: “Cuando la Nación como sujeto de Poder Constituyente se enfrenta con el monarca absoluto y suprime su absolutismo, se coloca en su puesto de la misma absoluta manera. Lo absoluto queda subsistiendo, con invariable, incluso con incrementado vigor, porque ahora el pueblo se identifica políticamente consigo mismo en el Estado.”<sup>267</sup>

Este principio fue el más importante de las conquistas realizadas por la revolución [...]. La Asamblea Nacional de 1789, al fundar el principio de soberanía de la nación, se proponía, esencialmente, retirarle al rey su antiguo poder absoluto. Con este objeto, la constituyente le negaba al rey toda soberanía personal y colocaba la fuente de la soberanía en la nación misma, de manera que el rey no podría ya, en adelante, ejercer el poder sino en nombre, por cuenta y obra de la nación, la única soberana.<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> Vid. DE MALBERG, Carré, *Contribución a la Teoría General del Estado*.

<sup>267</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934, cit., p. 58.

<sup>268</sup> DE MALBERG, Carré, *Contribución a la Teoría General del Estado*, cit., pp. 887 y 892.

Cambio paradigmático que comporta la ejecución del poder en un ente incorporado denominado Nación, donde la única forma de expresar la voluntad del mismo lo es a través de la representatividad parlamentaria como órgano constituido que resulta ser el portavoz de la colectividad denominada Nación, ejercicio mediante el cual la asamblea deviene como “el único órgano capaz de hacer presente y operante la voluntad del sujeto titular de la soberanía.”<sup>269</sup>

Como bien lo expresara en su momento el maestro Pedro de Vega “al ser la Nación un ente abstracto, que sólo puede expresar su voluntad a través de representantes, la potestad constituyente sólo podrá actuarse a través del mecanismo de la representación. El poder constituyente deja de ser el poder en el que el pueblo directamente participa, como titular indiscutible de la soberanía, para convertirse en el poder de las Asambleas, en el que la nación delega sus competencias.”<sup>270</sup>

Este efecto de soberanía nacional encabezada por ese único órgano capaz de lograr la representatividad de la voluntad popular, llega en ese momento de proceso revolucionario francés a situarse en una irremediable postura de un cambio de soberano por otro, en términos de absolutismo.<sup>271</sup> Ahora no se hablaba de un absolutismo monárquico, sino de un autoritarismo por parte de la Asamblea que llega a confundirse como la Nación en sí.

Como ya adelantaba Bousnard, el Parlamento así entendido, se siente soberano y ocupa una posición de mando respecto a los demás órganos del Estado y, por consecuencia inmediata, se subordinan a éste. Ante lo cual postula que se debiese evitar tal confusión, de lo contrario nada impediría que la Asamblea usurpara

---

<sup>269</sup> GARCÍA, Eloy, *op. cit.*, p. 31.

<sup>270</sup> DE VEGA, Pedro, *La Reforma Constitucional y la Problemática de Poder Constituyente*, Edit. Tecnos, España, p. 32.

<sup>271</sup> En contraposición a esta libertad de representación parlamentaria que se ve equivocada, señala Constant que: “Del mismo modo, los pueblos, que con el objetivo de gozar de la libertad que les conviene recurren al sistema representativo, deben ejercer una vigilancia activa y constante sobre sus representantes para ver si cumplen exactamente con su encargo y si defraudan a sus votos y deseos. CONSTANT, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos” (1819), *Del espíritu de conquista. De la libertad de los antiguos comparadas con la de los modernos*, Madrid, 1988, p. 90; Cita en: RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *Libertad Civil e Ideología Democrática*, *op. cit.*, p. 49.

los derechos de la misma nación,<sup>272</sup> en un juego indiscutible de absolutismo al puro estilo del Monarca, que pretendidamente se combatía.

Es este acontecimiento de la Asamblea Nacional como ente representativo de la nación, lo que hace surgir la idea de protección parlamentaria, que resulta ser un reclamo del Parlamento a propio derecho, pero en beneficio del cuerpo electoral al que representa la institución propia de la soberanía nacional que lo es la “inmunidad”. Reclamo que se pretende necesario por las razones vertidas, en el intento de que los demás órganos del Estado intenten confrontar tal decreto representativo a fin de apoderarse del mismo, garantizando en forma jurídica, una supremacía fáctica de protección.

No solo se legaliza la institución de la inmunidad parlamentaria, en sentido estricto se legitima el uso de esta institución jurídica que sitúa a sus depositarios al margen de la ley. Como lo señalara Esmein, al efecto de considerar no a la palabra inmunidad, sino a la de inviolabilidad, que el Parlamento, al igual que el monarca, se situaba por encima y al margen de la ley.<sup>273</sup>

Esta legitimación prontamente resonaría dentro del sistema representativo liberal en una ya anunciada desproporción de la igualdad nacional que tanto se pretendía con el proceso revolucionario, llegando a generarse una clase de Parlamento soberano, lograda a través del uso desmedido de la inmunidad parlamentaria como una barrera de protección de orden no sólo político, sino injustamente jurídico, contra los demás órganos estatales, incluso contra el mismo cuerpo electoral, del cual se había sustraído la soberanía por parte del Parlamento.

La primera incursión de la inmunidad parlamentaria en contenidos actualmente aceptables, se deja de lado respecto a lo pugnado por el Constituyente del Decreto de 21 de junio d 1789, que concebía al término inviolabilidad, única y exclusivamente

---

<sup>272</sup> *Archives Parlementaires*, première série, t. VIII, París, 1963, p. 579. Véase al respecto; GARCÍA, Eloy, *op. cit.*, p. 31.

<sup>273</sup> ESMEIN, Adhémar y NÉZARD, Henry, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, vol. II, p. 380.

Blasckstone, *Comentarios*, Libro I, Capítulo II, Sección 3ª: “This Bering the place where that absolute despotic power wich must all governments reside somewhere, is entrusted by Constitution of this Kingdom”

como institución protectora del Diputado frente al poder estatal, y no así frente al cuerpo electoral. Concepción que el sistema representativo liberal no llegó a consolidar, tergiversando tal mandato, atribuyendo a la inmunidad la finalidad de garantizar la naturaleza política y no jurídica, en la relación representante-representado. Con ello se evitaba que los electores pudieran exigir judicialmente al representante las motivaciones de su comportamiento.<sup>274</sup> Por tanto, se habla de una inmunidad entendida en contraposición al argumento de la División de Poderes como estandarte fidedigno del Estado Democrático constitucional.

Ante esta postura que extiende desmedidamente la protección de la inviolabilidad, cabe citar las expresiones de Mallouet y Robespierre, respecto a sus posturas en los *Archives Parlementaires* y el *Courrier de Provence*, dentro de los cuales reivindican y establecen las bases sobre las que deben ser entendidas estas instituciones que se otorgan al parlamento. Al respecto Mallouet con certeza señala que:

Sé que existen multitud de personas que hablan de la inviolabilidad como si se tratase de la cabeza de aquella Medusa que convertía en piedra todo cuanto regalaba con la mirada.<sup>275</sup> Uno de vuestros decretos ha establecido la inviolabilidad de los miembros de la Asamblea, pero me temo que no acabáis de comprender el alcance de este término: inviolabilidad... La inviolabilidad no puede ser concebida más que como un instrumento de defensa frente a los encausamientos judiciales o de origen ministerial, sin que quepa ninguna otra inviolabilidad. ¿Qué diferencia puede existir entre nosotros y un ciudadano cualquiera? Queréis que se os injurie, pero yo tiemblo de miedo de pensar en que se pueda castigar a nadie por el simple hecho de llamarme necio.<sup>276</sup>

Postura similar que se aprecia en el discurso de Robespierre de 25 de junio de 1791, con el que da cuenta expresamente de la distinción de la inviolabilidad como el marco reverenciador del principio de división de poderes, como principio rector del sistema representativo democrático en el que el parlamentario no es más que el fiel

---

<sup>274</sup> En atención a la dicotomía liberalismo y democracia, en que la libertad individual se vuelve en una libertad política que equivoca el parlamento en esta relación representante-representado, cabe señalar como lo hace Ruipérez en cita a Constant, que los ciudadanos en ningún momento pueden abandonar definitivamente los asuntos políticos y dejarlos en manos de los representantes, pues el sistema representativo de elección parlamentaria, no “[...] garantiza que sea la voluntad de los representados la que se convierta en ley.” Cfr. RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *Libertad Civil e Ideología Democrática*, op. cit., p. 49

<sup>275</sup> *Le Courrier de Provence*, nº LII, 10 de octubre de 1789, p. 8. Cita en García, Eloy, op., cit., p. 34.

<sup>276</sup> *Archives Parlementaires*, première série, t. IX, pp. 387-389. Cita en García, Eloy, op., cit., p. 34.

representante de la sociedad respecto a la voluntad soberana de ésta; arguyéndolo desde su discurso en los siguientes términos:

Invoco en favor del diputado Lautrec –había dicho de *El Incorruptible*– o, mejor, en favor, del representante de la Nación, el fundamental principio de Derecho público, según el cual se rigen la libertad y los intereses nacionales. No quiero examinar los indicios que han llevado a la incriminación de Lautrec. Es imposible, sin arruinar el edificio de la libertad pública, imaginar que un tribunal cualquiera pueda, sin previo consentimiento de la Nación, incriminar y juzgar a un Diputado. Porque ¿qué es la inviolabilidad? No es en absoluto un privilegio y, sin embargo, es algo que se distingue del Derecho común vigente para los otros ciudadanos. Desciende del principio según el cual ningún centro de poder podrá elevarse por encima del cuerpo representativo de la nación, ningún sujeto podrá decidir el destino de los representantes [...] si nosotros no establecemos este principio, consentiremos que la Asamblea legislativa quede subordinada a un poder inferior, que para amedrentarla no tendrá más que acusar a sus componentes.<sup>277</sup>

Muy a pesar de las manifestaciones vertidas tanto por Mallouet y Robespierre, respecto a la necesidad de conservar la cordura en el uso desmedido de la inmunidad parlamentaria, el sistema liberal representativo de la Francia revolucionaria colapsa en contrasentido a esto, estableciendo para el efecto una soberanía parlamentaria.

Panorama que posiciona a la inmunidad, como una prerrogativa protectora del Parlamento en último término y como una prerrogativa en sentido singular<sup>278</sup> que se establece de igual forma para el parlamentario en su individualidad, capaz de contrarrestar a los demás poderes del Estado, incluso de generar una auténtica irresponsabilidad tanto jurídica como política del parlamentario respecto a sus representados,<sup>279</sup> olvidando que la finalidad de la inmunidad es que “está destinada a mantener al Diputado el *status* de persona privada insertada en público también en el plano parlamentario.”<sup>280</sup>

---

<sup>277</sup> *Archives Parlementaires*, première série, t. XVI, pp. 460-463. Cita en García, Eloy, *op. cit.*, p. 35.

<sup>278</sup> “La inmunidad fue concebida originariamente de acuerdo con la teoría clásica de la representación, como una protección del parlamentario (del Parlamento en último término, pero también del parlamentario) frente a las agresiones del ejecutivo”. LLORENTE, Rubio, “Parlamento y representación política”, en *Primeras Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, 1985, p. 157.

<sup>279</sup> Por tanto, esta teoría de la soberanía parlamentaria, hace observar a la inmunidad, como un Derecho Subjetivo del parlamentario singular, situando al Bien Jurídico Tutelado por la prerrogativa, no sólo al órgano representativo, sino al representante en cuanto persona individual.

<sup>280</sup> HABERMAS, Jürgen, *Historia y Crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1981, p. 325.

Con ello se hace alarde a lo establecido por los teóricos del liberalismo que instan por el establecimiento en último sentido del mando representativo, reproduciendo para ello los procedimientos, modos y pautas de comunicación que sirvan para la comunicación colectiva desde la perspectiva de las sociedades burguesas, a lo que acertadamente Habermas señala como la formación de categorías burguesas de publicidad.<sup>281</sup>

Por tanto, son dos los argumentos que explican el sentido de la inmunidad parlamentaria dentro de su captación derivada del constitucionalismo del siglo XVIII:

- La primera que se erige desde la perspectiva de la relación entre representantes y representados, para la cual, la inmunidad es una consecuencia más de la independencia del parlamento que permite llevar hasta sus últimos extremos el principio de la irresponsabilidad jurídica del diputado respecto de su elector.<sup>282</sup>
- La segunda, desde la perspectiva propia de la institución parlamentaria, provista como que la inmunidad cumple también con la finalidad de garantizar la total y absoluta libertad de palabra del representante individual,<sup>283</sup> en el mayor sentido del *government by talking*.<sup>284</sup>

La presencia de este parlamento liberal instituye una doble finalidad de la inmunidad: 1) Como derecho objetivo del parlamento en ocasión de órgano constitucional de representación; y, 2) Como derecho subjetivo perteneciente al parlamentario individual como expresión de su voluntad. Como bien señalara Eloy García en cita a Pedro de Vega, “se trataría de recordar que el concepto jurídico de inmunidad descansa sobre un substrato histórico para el que tan importante es la defensa del Parlamento-corporación como garantizar la libre formulación y expresión de la voluntad del representante individual.”<sup>285</sup>

---

<sup>281</sup> *Ibíd.*

<sup>282</sup> GARCÍA, Eloy, *op., cit.*, p. 47.

<sup>283</sup> *Ibíd.*, p. 48

<sup>284</sup> La palabra actúa como medio y forma del parlamento. Para éste, las libertades de palabra, reunión y de discusión, no son tan sólo útiles y convenientes, sino instituciones vitales para el constitucionalismo liberal

<sup>285</sup> GARCÍA, Eloy, *op., cit.*, p. 61.

De esta manera se da cuenta *grosso modo* de la historicidad que circunda la creación tanto del modelo representativo denominado parlamentarismo, como de las diversas instituciones jurídicas que se crean para la pretendida protección de su propósito, ya desde alcances objetivos y/o subjetivos. Aspectos históricos que fungen como cimientos sustantivos y adjetivos en la apreciación de países como México y España, mismos que comparten identidad de posturas garantistas a los representantes de la soberanía nacional, recaída en el cuerpo electoral. Ambos en el entendido de un Estado Constitucional, democrático y social de derecho.

### *3.3. Concepción de las inmunidades parlamentarias*

Dentro del aspecto constitucional sobre el cual las inmunidades parlamentarias tienen su génesis, se han abordado en forma indistinta diversas figuras jurídicas de protección que los parlamentarios tienen como contrapesos a los demás poderes estatales. Instituciones que si bien se sitúan en la misma función protectora, no necesariamente han de entenderse con la misma significación y mucho menos respecto a la misma operatividad que el constituyente habría de haberles asignado.

La tendencia tanto procesalista como doctrinaria, las ha situado como meros sinónimos aduciendo que el desencadenamiento oscila en la misma dirección y con igualdad de consecuencias. Esta problemática es la que ha situado una constante crítica respecto a que puedan o no llamarse derechos, privilegios, prerrogativas o garantías, o bien situarlas como sinónimos en el debate jurídico.

El punto central sobre el que se puede establecer el análisis comparativo del presente, puede bien enfocarse a esta postura de separación de significados terminológicos, en los que se aprecia como figuras jurídicas diferentes a las principales prerrogativas parlamentarias, todas ellas encuadradas bajo el nombre de inmunidades. Dentro del Estado mexicano, su poca doctrina al respecto lo ha puesto de manifiesto, incluso el máximo tribunal constitucional así lo ha hecho presente dentro de su jurisprudencia. Por su parte, cosa medianamente contraria pasa en el caso español, cuya doctrina sí que hace manifiesto una división terminológica, sin

embargo, en la operatividad la situación cambia y se vuelve a esta tradición de igualar en su ejecución y procesamiento.

Estas instituciones resultan ser en específico tres: Inviolabilidad, Inmunidad y Aforamiento.<sup>286</sup> Se sitúan como el máximo estandarte protector de la independencia del Parlamento en la consagración del principio de división de poderes y, por tanto, como marco rector del Estado Constitucional y democrática de derecho, del que pretendidamente dan cuenta tanto México, como España.

Resulta inminente el concretar el alcance terminológico de estas instituciones de origen contundentemente constitucional –más concretamente del derecho parlamentario–,<sup>287</sup> pues si bien son producto directo del constituyente como voluntad del soberano, igualmente cierto resultan ser instituciones que resuenan y, con mayor vigor, en diversas ramas del derecho, en un sentido más adjetivo, tales como en el Derecho Penal, el Derecho Administrativo, Derecho Procesal y hasta en Derecho Internacional.<sup>288</sup>

La inmunidad, la inviolabilidad y el fuero, son figuras jurídicas que otorgan garantías constitucionales de distinto orden y, por tanto, figuras totalmente distintas, que debiesen apreciarse en ese sentido. Históricamente las tres –y en específico las dos primeras– se han utilizado en forma indistinta, para contemplar una misma garantía, haciendo óbice total a su verdadera significación.

Ello ha conducido a que se les conozcan con diversidad de vocablos o locuciones, que contemplan claramente alcances igualmente diferentes, algunas de las veces como privilegios, otras —las más— como prerrogativas, garantías o

---

<sup>286</sup> En el Estado mexicano conocida como Fuero Constitucional.

<sup>287</sup> Cfr. VIANA BALLESTER, Clara, *Inmunidades e inviolabilidades: naturaleza jurídica y concepción dogmática*. Especial referencia a la inviolabilidad parlamentaria, Congreso de los Diputados, serie monografías, número 84, España, 2011, p. 35.

<sup>288</sup> Más en este sentido no precisamente como inmunidades parlamentarias, sino como inmunidades diplomáticas.



derechos,<sup>289</sup> incluso al límite de llamarles excepciones a la igualdad, antejuicios, condiciones objetivas de punibilidad, etc.

Resulta conveniente realizar un breve análisis de los diferentes vocablos empleados en la denominación de estas instituciones constitucionales de orden parlamentario, ya como privilegios sobre la concepción del medievo inglés, ya como prerrogativa en sentido de la revolución francesa, ya como derecho en sentido amplio como consagración de un constitucionalismo democrático, incluso aún como una garantía en la terminología de protección fundamental del Estado Democrático de derecho, una clara evolución histórica que ha tratado de justificar la operatividad del derecho de excepción otorgado constitucionalmente a los representantes de la nación soberana.

El término privilegio —en total homenaje a la fundamentación histórica de la Inglaterra medieval, respecto a la creación del Parlamento y la inmunidad—, se establece como un espectro proteccionista que sale del alcance jurídico y se sitúa en una suerte de excepcionalidad o exclusividad, que denota una clara diferenciación social respecto de quien postula la ejecución del poder representativo, que se ejercita en miras de una preeminencia social. Recordando en este sentido, era el monarca quien establecía por designio la calidad de parlamentario como miembro de su consejo consultivo. Concepción que hacia el entendimiento al mundo jurídico no mucho ha cambiado, situándose al menos socialmente con tintes negativos.

Respecto a esta interpretación de las inmunidades como privilegios, Sieyès señalaba que éstos sólo tenían como esencia última, la de conceder un régimen jurídico exclusivo, fuera de todo derecho común de la sociedad. Régimen que sólo podía conseguirse por dos medios, a través de dispensa de la ley, o bien, a través del otorgamiento de un derecho exclusivo taxativamente indefinido por la ley a una cosa o persona. Por tanto, todo privilegio en sentido político-social resulta ser odioso,

---

<sup>289</sup> En específico esta percepción encabeza una especial ambigüedad, ya desde la terminología de Derecho Objetivo o Derecho Subjetivo, que bien puede emparentarse con lo expuesto por Hohfeld, en el entendido de ser considerado no como tal, sino como deber jurídico del representante. CARRIÓ, G. R., en "Nota Preliminar" a la obra de W. N. HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, por GARZÓN VALDÉS, Ernesto y VÁZQUEZ, Rodolfo (Dirs.), 3ª ed., México, 1995, pp. 9 y 10.

injusto y contradictorio,<sup>290</sup> fácilmente equiparable a la desigualdad intolerable, incluso a la discriminación vía excepcionalidad, propia de los regímenes burgueses como desigualdad clasista y, por tanto, de regímenes jurídicos.

El uso del término privilegio, socio-políticamente ha conjuntado todos los derechos atribuidos a las cámaras parlamentarias, que al efecto bien pudiesen dividirse en 2 modalidades.<sup>291</sup>

- Aquellos derechos colectivos propios del Parlamento,<sup>292</sup> que consagran su autonomía normativa y de organización, subordinándose únicamente a la norma constitucional.
- Derechos individuales, contemplados como pertenecientes en el sentido de privilegios de orden subjetivo al parlamentario, dentro de los cuales puede englobarse a la inviolabilidad, la inmunidad y el aforamiento.

Cabe resaltar que precisamente dentro de la primera modalidad de derechos concebidos por la terminología parlamentaria de tradición inglesa, a decir de Esmein,<sup>293</sup> se integran 5 garantías contundentes, que a saber son: la fijación de las condiciones de elegibilidad de los miembros de la propia Cámara; la libertad de elección de la Mesa de la Cámara, así como de su Presidente; la libertad de elaboración y modificación de los Reglamentos de régimen interno de cada Cámara; la libertad de celebración pública de las sesiones, que consecuentemente traen aparejada la libertad de prensa y publicación de los Debates en Diarios Oficiales; y el establecimiento de la sede de las Cortes.<sup>294</sup>

---

<sup>290</sup> SIEYÈS, Emmanuel-Joseph, “Essai sur les privilèges”, en *Écrits politiques*, Choix et présentation de ZAPPERI, Roberto, EAC, París, 1985, p. 93.

<sup>291</sup> De la misma forma, FRAGA, que retomando la doctrina inglesa expuesta por Erskine May, manifiesta los “privilegios parlamentarios” bien pueden clasificarse en: colectivos (autonomía, autarquía financiera, libertad de debate e inviolabilidad de la sede de las Cortes) e individuales de los miembros (inviolabilidad, inmunidad, fuero y compensación económica). FRAGA IRIBARNE, M., “Los Privilegios de los Procuradores y el nuevo Reglamento de las Cortes Españolas”, en *REP*, nº 99, mayo-junio 1985, pp.57-82. Y en: *El Reglamento de las Cortes españolas*, Madrid, 1959, pp. 57-70

<sup>292</sup> Conocido también como privilegios de las Cortes o de la Asamblea Nacional.

<sup>293</sup> ESMEIN, A., *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 6ª ed., Sirey, París, 1914, pp. 928 y ss.

<sup>294</sup> Nótese en este sentido, que la figura de la inviolabilidad contempla aquí una doble protección, tanto del parlamento-corporación, como del parlamentario individual, es decir, es una protección operante en una doble vertiente como prerrogativa colectiva y prerrogativa individual de los miembros de las

En la mayoría del lenguaje parlamentario se ha establecido el término privilegio como el mayormente detentador del posicionamiento habitual en la designación de las —llamadas por Lucas Murillo— “técnicas de protección”<sup>295</sup> del Parlamento y sus miembros. Sin embargo, debe considerarse que el hecho de que se establezca en forma común la denominación de privilegios parlamentarios, no implica que tal terminación hoy día, aparezca referido a un residuo del *Ancien Régime*. Si bien la apariencia de la denotación puede parecer así, cierto es que el uso de ésta no implica que deban producir la escandalización social.

Ejemplo de esta posición se puede encontrar en el artículo 67.3 de la Constitución Española, al proclamar que los parlamentarios reunidos sin previa convocatoria reglamentada no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios. Proposición que puede verse aún más agravada en el sentido de que su propio artículo 71.1 establece el verbo “gozar”, que en su armonización conjunta enaltece el posicionamiento singularizado del término privilegio hacia el representante singular.

Sobre la apreciación gramatical de la palabra empleada por el constituyente español, se estaría dando por sentado, en la pugna terminológica, que sin más las inmunidades son una derogación del derecho común,<sup>296</sup> pues conducente resulta señalar que los privilegios recaen indiscutiblemente sobre personas concretas que los ostentan, que lo son los representantes, en sentido de sujeto parlamentario, constituyendo ventajas injustificadas.

Siendo los privilegios una especie de derechos o facultades discriminadores y por encima de la norma general, cuya esencia se presume de corte personal,

---

Cámaras. Esta postura es defendida por vez primera por JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pp. 161-162. Así en: C. BRUNO, *De la Garantie politique des membres du Reichstag pour faits accomplis hors de leurs fonctions*, Thèse, París, 1905, pp. 111-112.

<sup>295</sup> DE LA CUEVA, Lucas Murillo, “Garantías de los miembros del Parlamento Vasco”, en REP, nº 46-47, 1985, p.245.

<sup>296</sup> TRAVERSA, J., “Immunità parlamentare”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XX (Ing-Inch), Milán, 1970, p. 178.

subjetiva, y marginal a la Ley común,<sup>297</sup> para el panorama democrático corrompe en medida la constitucionalización de las instituciones protectoras del parlamento.

Para el caso mexicano, en ámbito constitucional no se hace uso de la terminología “privilegio”,<sup>298</sup> no obstante ello, el uso es igualmente acaparado y utilizado sin mayor justificación. El uso indistinto de esta palabra la han llevado al campo procesal —no por el máximo Tribunal de orden Constitucional—, las resoluciones de Tribunales Colegiados a través de tesis aisladas, estableciendo la negativa de las inmunidades en términos singulares, que como ya lo hemos comentado, resulta irrisorio sujetar a estas protecciones a denominaciones de privilegios y pensar que los mismos tienen uso exclusivo de la colectividad parlamentaria y no así del parlamentario singular.

Sobre esta temática, se señala que la inmunidad parlamentaria no puede concebirse como un privilegio personal, esto es, como un instrumento que únicamente se establece en beneficio de las personas de Diputados o Senadores para sustraer sus manifestaciones del conocimiento o decisión de los Jueces; sino como una medida de protección al órgano legislativo, a efecto de enfrentar la amenaza de tipo político y que consiste en la eventualidad de que la vía civil sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular.<sup>299</sup>

Así mismo puede ser interpretado dentro de la Tesis Aislada 1a. XXX/2000 emitida por la Primera Sala del más alto Tribunal del Estado mexicano, al momento de señalar que las inmunidades parlamentarias como protección a los legisladores sólo operan por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos, pues aquéllos lo realizan y hacen de la palabra —del discurso— el instrumento motriz y la

---

<sup>297</sup> CARRO MARTÍNEZ, Antonio, “La Inmunidad Parlamentaria”, en *RDPol*, n° 9, 1981, p. 89.

<sup>298</sup> Más que para referir precisamente la negación de otorgamiento de los mismos, en presencia del principio de igualdad ante la ley.

<sup>299</sup> INMUNIDAD PARLAMENTARIA, ÁMBITO CIVIL DE LA., 9ª Época, 168111, Tribunales Colegiados de Circuito, T. A., Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

forma privilegiada para ejercer su función pública.<sup>300</sup> Y a la vez, pero en diversa resolución LXXXVII, refiriéndose a la figura jurídica del Fuero Constitucional (Aforamiento), la misma sala señala que en éste no se trata de un privilegio otorgado a su persona, sino de una prerrogativa parlamentaria de orden público.

Infructuoso, al menos para el caso mexicano, sería tratar de realizar desde las resoluciones jurisprudenciales un análisis de la pertinencia en el uso de la terminología que aquí se plantea, pues a la par de lo aquí descrito, existen igualmente resoluciones de Tribunales Colegiados que tratan de aducir una desigualdad procesal en la administración de justicia por vía de las inmunidades parlamentarias sujetas a un trato de privilegio. Precisamente ante ello se llega a establecer que la inmunidad debe considerarse como un derecho sustantivo, pues se trata de un privilegio por virtud del cual se permite a quien lo goza no sujetarse a la jurisdicción de los tribunales ordinarios.<sup>301</sup>

No obstante, cabe resaltar que el uso gramatical que pueda dársele a las instituciones de protección legislativa, lejos está de significar lo que la historia medieval inglesa constreñía, bien puede señalarse que ya con este nombre o con el de prerrogativas, garantías o derechos, la doctrina actual ha dejado de pronunciarse al respecto, en afán de discusiones infructuosas, pues realmente la prevalencia en el uso de los estos términos se ha debido más a razones histórico-políticas que a fundamentos jurídico dogmáticos.<sup>302</sup>

En consecuencia y obviamente en miras de situarnos en el campo de un Estado Democrático de Derecho, valioso sería realizar el cambio terminológico al de prerrogativas constitucionales, puesto que éstas se dotan de un sentido constitucional, son acompañadas en todo momento del ejercicio del poder constituyente, convirtiéndose en poderes o potestades inherentes al Estado.

---

<sup>300</sup> INMUNIDAD LEGISLATIVA. OBJETO Y ALCANCES DE LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 61 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL., 9ª Época, 190591, Primera Sala, T.A., 1a. XXX/2000.

<sup>301</sup> INMUNIDAD JURISDICCIONAL. AMPARO INDIRECTO PROCEDENTE CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE LA DESCONOCE., 9ª Época, 186538, Tribunales Colegiados de Circuito, T.A., Tesis: I.8o.C.33 K.

<sup>302</sup> TRAVERSA, S., "Immunità parlamentare", *op. cit.*, p. 178; *Il Parlamento... op. cit.*, p. 69.

Como afirmara Gabino Bugallal, la prerrogativa no es más que “la determinación de condiciones especiales que una persona u organismo necesita para realizar una misión pública o social, impuesta o reconocida por la misma ley.”<sup>303</sup> Las inmunidades en sentido concreto resultan ser prerrogativas de carácter objetivo, permanente y general, concerniente a funciones constitucionales, que no sirve nunca a intereses de *ius singulare*, o en la mecánica de derecho o poder excepcional, ya que “no sólo se inserta como un eslabón en la cadena de la coherencia del sistema constitucional y se configura como un aspecto de garantía de la organización jurídica, sino que se caracteriza como un instrumento de salvaguarda de algún pilar fundamental del ordenamiento.”<sup>304</sup>

Siguiendo la doctrina de las prerrogativas, la jurisprudencia mexicana hace alarde a la necesidad de no mencionarles como privilegios, sino como prerrogativas legislativas. Al respecto, lo mismo se corresponde con la doctrina y la jurisprudencia constitucional española, en las que se afirma que “las prerrogativas parlamentarias no se confunden con el privilegio, ni tampoco pueden considerarse como expresión de un pretendido *ius singulare*, pues en ellas no concurren las notas de desigualdad y la excepcionalidad”.<sup>305</sup>

Desde un punto de vista doctrinal, la inmunidad parlamentaria es una típica prerrogativa funcional, lo que es compatible con las propias esencias de la idea de inmunidad, encajando por completo en la concepción de Estado igualitario y democrático,<sup>306</sup> entendiendo que éstas consisten en sustracciones al derecho común, pero justificadas al estar conectadas a una función, teniendo un carácter instrumental en relación a la función misma.<sup>307</sup>

Siguiendo con la evolución terminológica, toca por último punto, tratar a estas instituciones desde la óptica del garantismo, como producto de derechos

---

<sup>303</sup> BUGALLAL, Gabino, *Inviolabilidad Parlamentaria*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1921, p. 6.

<sup>304</sup> ZANGARA, A., “Prerogative Costituzionali (Notazioni e spunti)”, en *Scritti in onore di G. Ambrosini*, III, Milán, 1970, p. 2.228.

<sup>305</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1997, de 11 de febrero, FJ 5º, III.

<sup>306</sup> CARRO MARTÍNEZ, Antonio, *op. cit.*, p. 89.

<sup>307</sup> PUNSET BLANCO, R., *Las Cortes Generales*, Madrid, 1983, p153; y *Estudios Parlamentarios*, Madrid, 2001, p. 256.

constitucionales propios de un Estado Democrático de derecho, contemplándolas como garantías contundentes del Parlamento,<sup>308</sup> no en el sentido de autonomía o independencia del órgano representativo, sino en su conjunto como garantías del propio sistema representativo, que mediante el uso de prerrogativas parlamentarias que utilizan como medio a las cámaras y sus miembros, se devienen como instrumento de garantía de la propia institución legislativa y concretamente de su función en el seno de un Estado social y democrático de derecho.<sup>309</sup>

Tanto España como México son coincidentes en establecer que estas prerrogativas resultan ser garantías constitucionales, a modo de señalar que tanto la inmunidad y la inviolabilidad de los senadores y diputados por las manifestaciones de sus opiniones en el desempeño de sus cargos, es un precepto universalmente admitido, por estar vinculadas en ellas la garantía de que los representantes del pueblo puedan proponer toda clase de modificaciones a las leyes existentes.

Como lo señalara Fernández-Miranda “el fundamento de la inmunidad se encuentra, al igual que el de la inviolabilidad, en la necesidad de garantizar la Independencia del Parlamento frente al resto de los poderes. Responde a un postulado racionalista de organización del poder y es instrumento de soberanía para un órgano, el Parlamento, que se siente representante exclusivo de la nación soberana”,<sup>310</sup> por tanto, garantías indiscutibles del orden constitucional del Estado de Derecho.

[S]i el derecho histórico dio a las inmunidades parlamentarias la importancia de una conquista, el derecho moderno las mira como garantía preciosa, hasta el punto de constituir elemento indispensable de toda Constitución escrita, condición *sine qua non* de la existencia de toda representación nacional.<sup>311</sup>

---

<sup>308</sup> Este término ha sido utilizado con total normalidad en el ordenamiento italiano, precisamente refiriéndose a las “garantías constitucionales”. V. gr. MOHRHOFF, F., “Camera dei Deputati”, en *Novísimo Digesto italiano*, II, 3ª ed., Torino, Az-Cas., 1957, p. 803; ZAGREBELSKY, Gustavo, *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionali*, Turín, 1979.

<sup>309</sup> Así en: FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “La Inmunidad Parlamentaria en la actualidad”, en *Revista de estudios políticos*, nº 215, 1977, p. 207-249.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>311</sup> CONDE DE TEJADA DE VALDOSERA, *De la índole y extensión de las inmunidades parlamentarias*, Madrid, 1894, p. 533.

El discurso consistente en concebir a las instituciones parlamentarias como garantías constitucionales de organización nacional, lleva inmerso beneficios tendenciosos a evitar confusiones como las expresiones antes comentadas, que pueden suscitar debates de orden social y político, más que jurídicos, revistiendo a estas instituciones de un carácter técnico que enaltece el fin último de protección que las instituciones persiguen con su naturaleza funcional e instrumental.<sup>312</sup>

Este término de garantía ha sido adoptado por ambos países en comento, como la terminología de mejor investidura para las instituciones parlamentarias, derivado de su actuación como derecho plenamente objetivo, como de derecho procesal, instituciones de orden público que se representan como cimientos al Estado Constitucional. Parcialmente en contra de esta manifestación cabe señalar la postura de Martínez Sospedra, para quien no existen razones sólidas para preferir esta denominación a las otras, antes mencionadas, al menos no razones técnicas, ante lo cual sostiene que:

Es adecuado llamar “privilegio” a tales institutos y a la red de interacciones que entre ellos se establecen, porque, a la postre, se trata de un conjunto de reglas de Derecho cuyo destinatario inmediato y directo —a veces exclusivo— son los parlamentarios, de una legislación que sólo a ellos tiene por destinatario, y que, por ello, puede calificarse sin dificultad como una verdadera *lex privata* de estos. Tampoco es erróneo definirles como “garantías”, porque efectivamente tienen una finalidad tutelar del oficio del miembro del Parlamento y del libre ejercicio de las facultades que a dicho oficio corresponden, son institutos diseñados e implantados precisamente para ello. Finalmente aún es menos inadecuado denominarles “prerrogativas” porque buena parte de ellos se definen por una atribución de facultades que el ordenamiento establece con carácter finalista, para la obtención de determinados bienes o la garantía de determinados intereses, de tal modo que es su *telos* el que viene a establecer el parámetro a los efectos de la valoración de sus concreciones normativas y sus concretos supuestos de aplicación.<sup>313</sup>

---

<sup>312</sup> En estos mismos términos, por ejemplo: DE LA CUEVA, Lucas Murillo, “Garantías de los miembros del Parlamento Vasco”, *op., cit.*, pp. 243-244; FIGUERRUELO BURRIEZA, A., “Opinión pública, principio de publicidad y garantías parlamentarias”, en RCG, nº 14, 1988, pp. 7-37; ABELLÁN-GARCÍA GONZÁLEZ, *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Madrid, 1992, p. 31; ALFONSO DE ANTONIO, A. L., “El suplicatorio como manifestación de la inmunidad parlamentaria”, en RFDUC, nº 86, curso 1994-1995, Madrid, 1996, p. 36.

<sup>313</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Privilegio Discutido: La Inmunidad Parlamentaria en Derecho Español*, Cuadernos del Senado, España, 2004, pp. 20-21.

Aceptable sería el pensar que “la Constitución admita alguna situación privilegiada o de soporte a lo que sin eufemismos bien puede calificarse de privilegio” así en: L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “El amplio margen de libertad en el uso de los privilegios parlamentarios y su incidencia sobre los derechos fundamentales”, en REDC, nº 11, 1984, pp. 130, 131-133.



Aún con lo antes señalado, nos decantamos en mayor medida por la denominación de “garantías”, en estricto sentido por la concreción que predispone la palabra misma, que se observa en que éstas son funcionales. Precisamente el carácter funcional de la inviolabilidad, la inmunidad y el aforamiento, son una medida de salvaguarda de la función pública, instauradas como instituciones jurídicas de garantía concedidas *ratio functionis*.<sup>314</sup> Garantías que si bien corresponden de igual forma a una connotación personal, en tanto que descansan a la par en personas concretas, ello no implica que se usen en forma singular, pues la garantía constitucional descansa en todo momento en la imagen del Parlamento colectivo, como institución de creación constitucional para el equilibrio de los poderes estatales, de la vida democrática.

Si la inmunidad, la inviolabilidad y el aforamiento resultan ser instituciones nacidas en consecuencia inmediata de ponderación de la división de poderes, para dar autonomía e independencia al Parlamento respecto de los demás poderes de la nación; Y, a la vez, esta división de poderes concreta la democracia constitucional, entendiendo para ello que sin control democrático no existe Estado de Derecho; En consecuencia, al ser estas instituciones una garantía necesaria para el Parlamento, igualmente resultan ser garantías del cuerpo electoral, es decir, de la misma nación soberana y, por tanto, un presupuesto necesario para el propio Estado Democrático de derecho y no sólo un elemento esencial del orden jurídico, sino un cimiento obligado de éste en la estructuración nacional, que bien pudiese señalarse incluso como un *ius cogens* de la democratización estatal.

Concluyendo con este apartado, restaría el mencionar que a decir del ordenamiento constitucional mexicano, las garantías parlamentarias resultan ser garantías de orden público, encargadas de salvaguardar el adecuado funcionamiento estatal desde la postura parlamentaria, en clara figura de contrapeso al poder ejecutivo y judicial, propio del sistema presidencialista. Sin embargo, no debe dejarse

---

<sup>314</sup> VIANA BALLESTER, Clara, *Inmunidades e inviolabilidades...*, op.,cit., pp. 52-53.

de lado que la palabra inmunidad no existe en el vocabulario constitucional de nuestra nación, no al menos referida al ámbito parlamentario.

Es tanto la doctrina como las resoluciones de los tribunales constitucionales, los que han dotado de identidad sobre los panoramas de inmunidad a aquellas garantías establecidas como medios obstaculizadores de la impartición de justicia a parlamentarios, que se subrogan a partir de los mecanismos de procedibilidad que la constitución ordena para el caso de que se pretenda iniciar un proceso judicial a algún miembro de la legislatura, como lo es el Juicio de Procedencia o el Juicio Político, instaurados a similitud de lo que para España sería el Supplicatorio y la garantía de Inmunidad.

El caso Español difiere del mexicano ya que su ordenamiento constitucional sí consagra las garantías de inmunidad e inviolabilidad de las Cámaras y sus miembros, mismas que se instituyen con toda fuerza y vigor en sentidos estrictamente diferenciadores respecto a su finalidad y funcionalidad, pues mientras la primera hace de protección por vía penal, la otra funciona en miras de protección de libertad de expresión.

Sin embargo, —en el caso español— la garantía de aforamiento no se establece en el ordenamiento constitucional, no obstante, como en el caso mexicano, la misma se desprende de la redacción constitucional que en sentido procesal se requiere para poder enjuiciar a algún miembro del parlamento. Garantía que se consolida, desprendido de la garantía de inmunidad.

### *3.3.1 Inviolabilidad e Inmunidad*

Las garantías de inviolabilidad e inmunidad del parlamento, han sido las que en el campo de la doctrina han producido las más álgidas confrontas, en tanto a la significación, alcances, funciones y finalidades que se les ha de reconocer como mandatos constitucionales, pues se sitúan indiscutiblemente en la operatividad diversa del derecho común, más que como ya lo hemos señalado, resulta necesario que así se lleve a cabo para el adecuado funcionamiento organizacional de un Estado que se diga ser democrático y de derecho.

Para el caso del Estado mexicano las inmunidades no operan como conformación constitucional del sistema normativo, empero ello no ha implicado que tanto la doctrina como los comentarios de los constitucionalistas internacionales hayan realizado una suerte de interpretación que posiciona a ésta en el campo de acción procesal como garantía parlamentaria. Por tanto, habremos de dar por sentado que ambas figuras, inmunidad e inviolabilidad, son igualmente apreciables y operantes dentro de los dos Estados en comento. Cabe aclarar que nos limitaremos a analizar estas dos, dejando para el último apartado lo que hace al Fuero Constitucional, garantía que tiene un trato específico del que en mayor se puede discurrir.

La inmunidad e inviolabilidad han significado para los ordenamientos constitucionales un estandarte de legalidad del Estado Democrático de derecho, sin duda como mástil del principio de división de poderes que, si bien no se establecen como un derecho fundamental del sujeto social, sí que lo hace como derecho fundamental de la nación soberana. El trato que de éstas se tiene, aun cuando pudiesen parecer bien definidas, es forzoso se haga con minuciosa prudencia pues los límites entre ambas suelen ser mal entendidos y, por consiguiente, suelen confundirse llegando a extremos de situarlas con la misma funcionalidad y finalidad.

Para el derecho español, ambas figuras resultan ser por demás conocidas y diferenciadas, pero han sido utilizadas sin las precisiones técnicas necesarias, posicionándoles genéricamente en el mismo término de inmunidad. En sentido amplio debe entenderse que la inmunidad parlamentaria es un derecho inherente a la condición de parlamentario, en virtud de la cual se le otorga al representante una cierta protección respecto a las acciones judiciales que se le pretendan incoar en su contra, ya los órganos estatales o bien los particulares.<sup>315</sup> Prerrogativa que variará en su sentido, respecto de la que se trate, ya como inviolabilidad o bien, como inmunidad en *stricto sensu*.

---

<sup>315</sup> BARTHELEMY-DUEZ, *Traité de droit constitutionnel*, p. 565; PORTERO, *Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias*, Málaga, 1979; GÓMEZ BENÍTEZ, "La inviolabilidad e inmunidad parlamentarias", en *Rev. F. Derecho*, nº 64, 1982.

Para la diferenciación técnica de éstas, la inviolabilidad se constriñe a ser una garantía que se encarga de salvaguardar las actuaciones, opiniones y votos que los representantes parlamentarios emitan en el pleno ejercicio político de sus funciones. Actuaciones que en ningún momento podrán ser consideradas como hechos constitutivos de delito y, en consecuencia, de ninguna manera podrán ser impugnables en sede judicial.

Por su parte, la inmunidad consiste en la salvaguarda constitucional que tiene por finalidad impedir que el parlamentario sea sujeto de arresto, por autoridad alguna, o bien, vinculado a juicio o encausado, por actuaciones realizadas al margen de su función legislativa, sin que para ello pueda mediar con antelación, la previa autorización de la Cámara a la que pertenezca, salvo en aquellos casos que el parlamentario sea aprehendido en flagrancia de la comisión de un hecho que la ley señale como delito.

No cabe duda que las dos instituciones resultan ser coincidentes entre sí y que innecesario sería realizar una diferenciación entre ellas, más la cosa no resulta tan sencilla, si bien resultan ser instituciones jurídicas singularizables, con semejanzas e identidades, máxime en su fundamentación histórica, de igual forma sus diferencias de fondo son totalmente apreciables, en específico sobre su objeto, naturaleza y efectos, que con ellas se procura dentro del orden constitucional.

Puede decirse, y con razón analítica, que la inmunidad resulta ser un complemento garantista de la inviolabilidad, máxime en aquellas circunstancias en las que el legislador ha realizado actuaciones fuera de su recinto parlamentario, que puedan o no pertenecer a sus funciones representativas. Puesto que la inviolabilidad sólo protege la actividad pública del parlamento, dentro de la cual, a decir del sistema liberal clásico, se engloban sólo aquellas funciones tendentes a la conformación de la voluntad del parlamento.

En este tenor Zagrebelsky<sup>316</sup> se cuestiona si la protección de la inviolabilidad protege al diputado sólo en el parlamento o alcanza también a aquellas actuaciones

---

<sup>316</sup> ZAGREBELSKY, *Le immunità parlamentari, op., cit.*, pp. 41 y ss.

públicas y que se efectúan fuera del parlamento. Considerando que en efecto, la labor garantista de la inviolabilidad surte sus efectos *in frontera*, siempre que las actuaciones del legislador versen explícitamente a las manifestaciones públicas realizadas en la Cámara y reproducidas textualmente en público, así como de aquellas que si no representan una manifestación de la expresión en sede parlamentaria, si se sitúen en función de la voluntad parlamentaria como actos políticos externos,<sup>317</sup> pues la función del parlamentario no se constriñe sólo al voto en las Cámaras, sino que los actos políticos pueden ser extensibles siempre en sede pública-política.

La inviolabilidad termina siendo un derecho no personal, sino un reflejo del que el parlamentario goza en ocasión de ser miembro de la institución parlamentaria y que sólo se justifica en cuanto condición del funcionamiento eficaz y libre de la institución.<sup>318</sup> Apreciable para el caso mexicano, como una protección de la libre discusión y decisión parlamentarias, decayendo tal protección cuando los actos hayan sido realizados por su autor en calidad de ciudadano, fuera del ejercicio de competencias y funciones que le pudieran corresponder como legislador.

En el sentido de que el bien jurídico protegido a través de la inviolabilidad parlamentaria es la función del Poder Legislativo, por lo que, mediante esta figura no se protege cualquier opinión emitida por un diputado o por un senador, sino únicamente cuando lo haga en el desempeño de su función parlamentaria, es decir, que al situarse en ese determinado momento, el legislador haya acudido a desempeñar una actividad definida en la ley como una de sus atribuciones de diputado o de senador, pues sólo en este supuesto se actualiza la función parlamentaria como bien jurídico protegido en términos del artículo 61 constitucional.<sup>319</sup>

---

<sup>317</sup> Así para el caso español en la STC 51/1985, del 10 de abril, FJ 6.

<sup>318</sup> Así para el caso español en el ATC 526/1986, de 18 de junio, FJ 4.

<sup>319</sup> INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA. SÓLO PROTEGE LAS OPINIONES EMITIDAS POR LOS LEGISLADORES EN EL DESEMPEÑO DE SU FUNCIÓN PARLAMENTARIA, 9ª Novena Época, Pleno, T.A.

Ejemplo de esta facultad extensible de la inviolabilidad, respecto a la ampliación del ámbito material de la inviolabilidad, se aprecia en el ejemplo Suizo,<sup>320</sup> dentro del cual existe la figura jurídica de la inviolabilidad (*irresponsabilité relative*), misma que protege a todas las actividades políticas del diputado que se realicen fuera del parlamento.<sup>321</sup>

Para el caso de España, la inviolabilidad es totalmente referida hacia la tendencia de la doctrina del *freedom of speech*, al manifestar que todas las actuaciones no previstas por ésta, son parte de la inmunidad parlamentaria. Es decir, que se constriñe rotundamente a la libertad de expresión de los parlamentarios en el ejercicio de su función representativa, a la libertad plena de la palabra.

Justificable como se hace ya desde la Constitución Española de 1837, que la inmunidad sea un complemento de la inviolabilidad, ésta protegiendo directamente la libre formación del Parlamento, mientras que la inmunidad salvaguardando que esa pretensión no sea frustrada por detenciones arbitrarias de alguno de sus miembros.<sup>322</sup> Esenciales efectos en su conjunto, pues claro es que el parlamentario en el ejercicio de su función no puede sentirse atemorizado o coaccionado por ulteriores acciones que las autoridades gubernativas o judiciales<sup>323</sup> puedan llegar a realizar con la finalidad o de entorpecer el ejercicio democrático, o bien por rencilla política en el interés personal.

En consecuencia, pareciera que la inmunidad es la garantía de la garantía de la inviolabilidad, una emanación inevitable de ésta, pues el hecho de que un representante no pueda ser detenido, ni procesado, sin la previa autorización de la Cámara correspondiente, establece *prima facie* una protección constitucional de la inviolabilidad. Que en inmejorables palabras de Sánchez Román se entiende que “la inmunidad parlamentaria es un corolario de la inviolabilidad, un complemento

---

<sup>320</sup> Artículo 14 de la Ley Federal sobre responsabilidad de la Confederación de sus miembros, autoridades y agentes, de 14 de marzo de 1958.

<sup>321</sup> Una explicación *in extenso*, en: SANTSCHY, *Le Droit Parlementaire en Suisse et en Allemagne*, Neuchâtel, 1982, pp. 142-143.

<sup>322</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, “La inmunidad Parlamentaria en la actualidad”, en *Revista de estudios político*, nº 215, 1977, p. 210.

<sup>323</sup> Cfr. CARRO MARTÍNEZ, Antonio, “La Inmunidad ...”, *op., cit.*, p. 92.

necesario y una manera de hacerla efectiva. Son ideas estrechamente relacionadas, pero no idénticas: la primera es un principio; la segunda una consecuencia; aquélla es un atributo del representante en Cortes por razón de su función, y ésta un derivado necesario para mantener aquélla.”<sup>324</sup>

### 3.3.2 Naturaleza, finalidad y efecto de la inviolabilidad e inmunidad

Ambas instituciones jurídicas se instituyen como garantías, con la concreta diferencia que la inviolabilidad dispensa al parlamentario una protección de fondo, es decir, simboliza una garantía de irresponsabilidad jurídica como un derecho de naturaleza sustantiva por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones,<sup>325</sup> sin la cual, el ejercicio de las funciones parlamentarias podrían resultar mediatizadas y frustradas, por tanto no podría existir la formación de la voluntad del parlamento.

En el contexto mexicano, la inviolabilidad dispensa al legislador una protección de fondo, absoluta, llevada al grado de irresponsabilidad, perpetua por cuanto que sus beneficios no están sujetos a periodo alguno; de tal suerte que prácticamente lo sitúa en una posición de excepción, en todas aquellas circunstancias en que éste ejercite su función de representante público, pues automáticamente opera una derogación, es decir, una pérdida de vigencia y eficacia de los preceptos constitucionales que imponen a los poderes públicos el deber de responder a sus propios actos y de los que garantizan a todos los ciudadanos una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, lo que obliga al gobierno y a los particulares a soportar las manifestaciones que viertan en su contra los legisladores, aun cuando subjetivamente puedan considerarlas difamatorias.<sup>326</sup>

Al igual que en el panorama mexicano, para el derecho español, la inviolabilidad ocasiona una derogación normativa y, por consiguiente, una pérdida de la vigencia y eficacia de los preceptos constitucionales que imponen a los poderes

---

<sup>324</sup> Dictamen del fiscal del Tribunal Supremo, D. F. S. R., con motivo de la consulta formulada por Real Orden de 26 de octubre de 1898, Madrid, 1898, p. 5.

<sup>325</sup> STC 243/1988, 19/10, FJ 3.B.

<sup>326</sup> T.A. 1a. XXX/2000, *op., cit.*

públicos el deber de responder de sus propios actos y de aquellos que garantizan a todos los ciudadanos mediante la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, obligando al gobierno y a los particulares a soportar la difamación parlamentaria, “sans avoir aucun moyen juridique de se défendre contre celle-ci.”<sup>327</sup>

Situando al diputado en una posición de excepción siempre que actúe como representante, produciendo en forma inmediata la derogación de los preceptos constitucionales.<sup>328</sup> Como mejor manifestara Eloy García, el logro más preponderante de la inviolabilidad parlamentaria es el de “convertir al diputado [...], en un fugitivo del Derecho, lo que, dicho sea de paso, significa y supone la quiebra más radical y profunda que imaginarse pueda de uno de los principios medulares sobre los que se levanta el edificio del Estado Constitucional: la total y absoluta juridificación de todas las actuaciones del Estado o, lo que es lo mismo, la conversión en jurídicas de todas las relaciones del poder.”<sup>329</sup>

Ante ello, cobra vigencia la expresión schmittiana consistente en el enfoque político del derecho, como motivador del Estado, en el entendido de que en “el Estado de Derecho, pese a toda su juridicidad y normatividad, sigue siendo un Estado y contiene siempre otro elemento específicamente político”,<sup>330</sup> no pudiendo negar la corriente sociológica del aparato constitucional, que prima cada vez más que el mismo enfoque jurídico. No se desconoce la división de poderes, pero si se ve mermada por el hecho de ser un mero trasunto de división sociológica de poderes fácticos, en términos de la moderna dogmática de esta división, sobre la percepción de un Poder Político, un Poder Mediático y un Poder Económico, no más que el reflejo de una sociedad sociopolítica, caracterizada por la percepción de dos centro de poder antagónicos: por un lado la sociedad civil, que es representada por el

---

<sup>327</sup> BARTHELEMY-DUEZ, *Traité de droit constitutionnel, op., cit.*, p. 565.

Sin tener ningún medio legal para defenderse de ella.

<sup>328</sup> *Ibíd.*

<sup>329</sup> GARCÍA, Eloy, *Inmunidad Parlamentaria...*, *op., cit.*, p. 74.

<sup>330</sup> SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución, op., cit.*, p. 145.



“Parlamento”, y del otro, las aristocracias tradicionales encaramadas en el aparato del Estado, representadas en mayor medida por la clase política oligárquica.<sup>331</sup>

En esta interpretación de la inviolabilidad, se centra la mayor diferencia existente entre ésta y la inmunidad, pues es la primera de ellas la que simboliza un óbice de legalidad en el margen conductual del parlamento, pues la inmunidad sólo es representada como la garantía visible en sector procedimental, más no de quebrantamiento constitucional. Pese a ello, al ser parte de la ejecución de la primera, aun cuando sea sólo como protectora de ella, no implica la plena irresponsabilidad constitucional que se aprecia en la inviolabilidad, al menos en el exceso de su uso no referido a actos políticos.

No obstante, esta apreciación se ve justificada en el entendido de que la libertad del ciudadano y no la gloria del Estado es el principio inspirador del Estado de Derecho: “Quoique tous les États aient en général un même objet qui est de se maintenir, chaque État en a pourtant un qui lui est particulier. L’agrandissement était l’objet de Rome [...] sa gloire et celle de l’État celui des monarchies [...], Il y a aussi une nation dans le monde qui a pour objet direct de sa Constitution la liberté politique.”<sup>332</sup>

Por su parte, la inmunidad *stricto sensu*, se establece como una garantía de corte formal, cuya finalidad consiste en congelar, retardar la eficacia del proceso judicial, fungiendo como una barrera de protección que obstaculiza el enjuiciamiento de un parlamentario, en tanto no se obtenga la autorización por parte de la Cámara para realizarlo. A diferencia, de la inviolabilidad, ésta no quebranta el orden

---

<sup>331</sup> Así en la discusión de la sociedad del siglo XIX, en: KELSEN, Hans, *Teoría General del Estado*, pp. 337-338.

<sup>332</sup> MONTESQUIEU, *De L’Esprit des Lois*, Libro XI, Cap. V. Aunque todos los Estados tienen en general el mismo objeto de mantenerse, cada Estado tiene uno que le es peculiar. La ampliación fue el objeto de Roma[...] su gloria y la del Estado la de las monarquías [...]. También hay una nación en el mundo que tiene el objeto directo de su Constitución, que es la libertad política.

constitucional. En términos de Barthémely “l’inviolabilité concerne la produire, l’irresponsabilité touche au fond.”<sup>333</sup>

La inmunidad se limita a ser una prerrogativa de orden procesal, que carece de contenido material, precisamente como una autorización, que salvo los casos de delito flagrante, deberá conceder el Parlamento, previo a toda detención o arresto o persecución judicial, que fuese tendente a desembocar en una privación de la libertad por encontrarse el parlamentario sujeto a un juicio de orden penal. Situación que a decir de la doctrina dominante, no actúa como una institución de fondo, pues no implica un prejuicio de la culpabilidad del sujeto determinado, respecto al juicio de reprochabilidad que se le pretende incoar. Sino más bien, es una autorización, cuya materia de estudio resulta ser la examinación fundada o infundada de los cargos reprochados.

Una inmunidad vista más como una exención en su pleno significado etimológico, que más que actuar como protección, implica un no sometimiento –al menos momentáneo– a determinadas obligaciones judiciales, que de ordinario se tendrían que acatar, a decir del ordenamiento común vigente.

Puede advertirse que la inmunidad guarda en sí dos acepciones:<sup>334</sup> 1) De fondo o sustancial, que se refiere propiamente a la garantía constitucional de protección de *freedom from arrest*; y, 2) De contenido procesal, comprendida en la tipología de exención, como mecanismo de procedibilidad. Siendo la segunda, la que en el Estado mexicano se refiere a la práctica del fuero legislativo, respecto a la declaración de procedencia como forma para despojar al parlamentario de sus protecciones, ante la posible comisión de un hecho delictivo.

Esta segunda concepción de la inmunidad es la habitualmente captada como medio de debate en el ámbito de protección parlamentaria, pues prácticamente en ella se concede al Parlamento la decisión sobre la procedibilidad o no de los

---

<sup>333</sup> BARTHÉMEY-DOUZ, *Traité de droit constitutionnel, op., cit.*, p. 570. Para tal caso, léase a la “inviolabilité” como inmunidad; y a la “irresponsabilité” como inviolabilidad.

La inviolabilidad concierne al producto, y la irresponsabilidad toca el fondo.

<sup>334</sup> SAAVEDRA GALLO, P, “Privilegios personales de carácter jurisdiccional y procesal en materia penal”, en *RUJP*, nº 0, 1988, p. 60.

parlamentarios, ya mediante la autorización o denegación, de lo que en España se llama “supplicatorio” o de la “declaración de procedencia” para el caso de México, por tanto, una inmunidad-autorización.<sup>335</sup>

A decir del Tribunal Constitucional Español, la inmunidad actúa como una condición de procedibilidad (ATC 340/1993, de 15 de noviembre, FJ 4º), o bien como un requisito inexcusable de procedibilidad para inculpar o procesar a miembros de las Cámaras (SSTC 123 y 124/2001, de 11 de junio, FJ 4º, VI).

En el constitucionalismo mexicano, la garantía de inmunidad es mal interpretada y, habría que decirlo, inexistente, al menos en lo que hace al texto constitucional, puesto que no se contempla en ninguna forma dentro de éste. Lo que para el presente estudio bien pudiese considerarse como una de las diferencias de mayor peso.

Lo que ha realizado el Estado mexicano para posicionar y poner en ejercicio la garantía de la inmunidad, ha sido el situarla en una triple percepción desde la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en estricto sentido desde la opinión de la Primera Sala:

1. Como sinónimo de la inviolabilidad, al señalar que, el interés a cuyo servicio se encuentra establecida la inviolabilidad o inmunidad legislativa es el de la protección de la libre discusión y decisión parlamentarias [...].<sup>336</sup>
2. Como garantía propia de la inviolabilidad en el entendido de impedir que el parlamentario sea detenido sin previa autorización de la Cámara, es decir, como garantía de la garantía de inviolabilidad, respecto al *freedom from arrest*, y,
3. Como requisito de procedibilidad, a la par de ser sino sinónimo de fuero legislativo, si de ser la razón de éste. Específicamente respecto a ser

---

<sup>335</sup> Cfr. VIANA BALLESTER, Clara, *Inmunidades e...*, op., cit., p. 106.

<sup>336</sup> Así en: INMUNIDAD LEGISLATIVA. OBJETO Y ALCANCES DE LA GARANTÍA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 61 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, 9ª Época, Primera Sala, T.A. 1a. XXX/2000. INMUNIDAD PARLAMENTARIA. CONSTITUYE UNA GARANTÍA DE ORDEN PÚBLICO INDISPONIBLE PARA EL LEGISLADOR, QUE DEBE INVOCARSE DE OFICIO POR EL JUZGADOR, 9ª Época, Primera Sala, T.A. 1a. XXVIII/2000.

considerada desde la postura de inmunidad-autorización que simbolizaría la necesidad de autorización de la declaración de procedencia.

El punto en que podría coincidir con el panorama español, radica esencialmente en la segunda concepción, en tanto al sentido formal de la inmunidad y, en consecuencia, respecto a la tercera como condicionante de procedibilidad, que baste con decir, para ambos ordenamientos constitucionales, la inmunidad al ser un requisito para proceder, no implica en ningún momento un límite contundente al *ius puniendi*, ni mucho menos a la exclusión de jurisdicción, sino sólo como un requisito que condiciona la aplicación procesal de la ley por la previa autorización de la Cámara.

Garantía que protege la libertad personal de los representantes populares contra detenciones y procesos judiciales que puedan desembocar en privación de libertades, evitando que por manipulaciones políticas se impida al parlamentario asistir a las reuniones de las cámaras y se altere indebidamente su composición y funcionamiento (STC 90/1985; STC243/1988, del 19 de diciembre, FJ 3).<sup>337</sup> Aplicable ante la eventualidad de que se haga uso de la vía penal con la intención de perturbación del funcionamiento de las cámaras.

De la inmunidad parlamentaria, bien se podría desprender una doble composición garantista: 1) La que implica la formulación del *freedom from areest*; y 2) La de mecanismo obstaculizador del proceso penal.<sup>338</sup> En cualquiera de ellas la finalidad consiste en el adecuado funcionamiento de las cámaras y el respeto a la voluntad popular. El principal receptor de tales garantías en ningún momento lo es el diputado singular, sino la misma Cámara, como cuerpo colectivo, quien tiene la atribución de poder legal, sobre la que recae la funcionalidad en la autorización de la inmunidad.<sup>339</sup>

---

<sup>337</sup> CID VILLAGRASA, Blanca (Dir.), y RECODER VALLINA, Tatiana, *El Parlamento ante los Tribunales*, España, Edit. Aranzadi, p. 327.

<sup>338</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Privilegio Discutido...*, pp. 26 Y 27.

<sup>339</sup> Con esta misma percepción Martínez Sospedra realiza una crítica a Eloy García, en términos de señalar que sus posturas se encuentran fuera de lugar, ante la especulación de señalar que la inmunidad puede definirse como un Derecho Subjetivo. *Ibidem*, p. 33.

Es pertinente detenernos un poco en este punto respecto del análisis de la figura en cita, pues como se ha mencionado, tiene una especial cualificación consistente en su operatividad, que se constriñe a la materia penal, respecto a la prohibición de detención, salvo el caso de flagrante delito, debiendo mediar para procesar la previa autorización de la cámara.

Resulta ser esta la diferencia contundente que la inmunidad consagra respecto de la inviolabilidad, pues mientras ésta se reserva exclusivamente en atención a la libertad de expresión enfocada a los actos políticos que desempeñe el legislador en sus funciones de representante, que traería como suerte la irresponsabilidad absoluta del mismo; La inmunidad no resulta ser absoluta, pues sólo se constriñe al ejercicio de una aplicación postergada en el tiempo, del cauce judicial, no realizando en ningún momento una valoración *in fondo* de la culpabilidad o inculpabilidad del legislador.

Si bien, dentro del uso de la palabra viva, es decir, de la palabra hablada, el parlamentario goza de una plena inviolabilidad por lo que pueda decir ya en el ejercicio de su función política o desprendido de la emisión de sus votos públicos, no implica que con tal garantía de no reconvención por lo dicho, no puedan apreciarse *per se* hechos ilícitos, totalmente tipificables ante la ley penal, empero ello no la sitúa a la par de la inmunidad, pues tendría que decirse de alguna forma que, el ejercicio de la inviolabilidad por parte de los parlamentarios en el ejercicio de sus actos, a la par de poder incurrir en la tipificación de hechos delictivos, éstos no son considerados como ilícitos de impacto social alto, que puedan trascender al fondo de la función estatal, aun cuando dentro de este amparo se incrusten no sólo opiniones o expresiones acordes con el ordenamiento jurídico, sino incluso opiniones antijurídicas o delictivas, pues dentro de los ilícitos que se podrían configurar, sólo cabrían tipos del calce de las calumnias, injurias, amenazas, falsedades, descubrimiento y revelación de secretos,<sup>340</sup> por mucho, llegar a la apología del delito, más ellos a nivel de disvalor de acción, no implican una mayor lesión de bienes jurídicos al grado de requerir el uso total del *ius puniendi*.

---

<sup>340</sup> ATS, 2ª, de 23 de enero de 2003, FJ 3º, III.

No se trata de justificar la plena irresponsabilidad que ocasiona la inviolabilidad, sino simplemente poner en relieve que tal garantía está encaminada a su uso político y social, que implica la libertad de expresión. Si la inviolabilidad no fuese plena, sería el Poder Judicial quien definiera cuándo una opinión parlamentaria ha contribuido o no a la formación de la Cámara y, con ello, se daría una suerte de judicialización de la actividad parlamentaria, que sería una presión externa sobre los parlamentarios.<sup>341</sup>

Allá donde se pretenda a la inviolabilidad como una completa irresponsabilidad penal, implicaría la apreciación de la Cámara como órgano fiscalizador, con facultades para decidir qué tipo de opiniones parlamentarias se sitúan dentro del estricto rango de funcionamiento político de representación y cuáles salen de su esfera jurídica de aplicación, lo que resulta coincidente en que la inviolabilidad realiza un pre-judicio de la responsabilidad penal del representante, lo que simbolizaría un quebrantamiento del principio de división de poderes. A *contrario sensu*, de no ser así, “el parlamento se sentiría limitado o coaccionado ante una posible intervención judicial que fijara, desde fuera, el límite de las posibilidades de expresión, que aunque merecieran el calificativo de delictivas, poseen una protección absoluta que, a su vez, es garantía de división de poderes o no interferencia entre los mismos.”<sup>342</sup>

Por su parte, el uso de la inmunidad como limitante de procedibilidad, se encauza a ese remanente que la inviolabilidad desconoce como protección parlamentaria, que se aleja del ámbito de la libertad de expresión u opinión, haciendo recaer tal protección hacia la naturaleza de ilícitos de mayor disvalor no sólo de acción, sino también de resultado, que implican una mayor lesividad no sólo en intensidad del bien jurídico, derivado de la representatividad, sino una afectación a diversos bienes jurídicos tutelados por la ley penal, que las más de las veces, tanto en el España como en México, se han traducido en delitos monetarios, relativos a fraudes, corrupción, operaciones con recursos de procedencia ilícita, en general los denominados delitos de cuello blanco.

---

<sup>341</sup> CÁATALA I BAS, A., “La Inviolabilidad a la luz de la sentencia del TSJ del País Vasco de 5 de septiembre de 2003, (Caso del Diputado de H.B. Jon Salaberria), en *CortsADP*, nº 14, 2003, p. 166.

<sup>342</sup> Así en la STC de 21 de diciembre de 2004, FJ único, 4, IV.

Coherente es el señalar que la inmunidad queda configurada en el Estado Democrático de derecho, como un mecanismo jurídico cuya finalidad estriba en impedir que los poderes constituidos alteren, en la práctica, el esquema material de distribución de competencias y el sistema formal de relaciones inter-orgánicas que en su día diseñara el titular del poder constituyente,<sup>343</sup> en consecuencia, como un instrumento de la división jurídica de poderes.

La inmunidad recoge para sí, dos de los principios rectores del sistema democrático de derecho, que sirven como su base estructural, pues son los que le dan nacimiento; por un lado el principio de la división de poderes<sup>344</sup> y, por el otro, el principio de representatividad, ambos en el juego de la democracia de partidos. Sin embargo, son estos principios gestados en el esquema partidista lo que sin duda ha generado la tergiversación de la finalidad de la inmunidad, llevándola a una crisis no sólo interpretativa, sino también a una crisis institucional, en la que ésta no se ve más como necesaria a juicio del cuerpo electoral, sino que es concebida ahora como un privilegio personal que sitúa al Parlamento en un estrato diferente al de la población general y, por tanto, en una desigualdad jurídica en que se menosprecia a la soberanía nacional por algunos contados representantes que parecen ser soberanos.

Habría que analizarse brevemente esta crisis, para establecer realmente cuál ha de ser la postura que ha llevado a pique esta institución jurídica. Si –como lo señala Eloy García–, de distribución jurídica de competencias, en sustitución de los derechos de mando se trata, análogo resulta el señalar que sobre el principio de división de poderes, la inmunidad resulta ser necesaria en el esquema democrático de un Estado, pues se vislumbra como un mecanismo jurídico que actúa como peso y contrapeso de tipo político, impidiendo con ello el uso político del poder en forma totalitaria.

---

<sup>343</sup> Cfr. GARCÍA, Eloy, *op., cit.*, pp. 96 y 97

<sup>344</sup> En esta división de poderes, dos pueden ser sus apreciaciones, ya desde el espectro jurídico-político o desde el sociológico. Esta última, como una moderna traducción de la división de poderes: económico, político y mediático.

Por tanto, respecto al principio de representatividad dentro de la moderna democracia de partidos, es donde se aprecia el quebrantamiento de la finalidad en la inmunidad parlamentaria. Resulta evidente que en la modernidad se entiende necesaria la presencia representativa de partidos políticos, siendo estos los protagonistas indiscutibles de la democracia de masas como entes insustituibles para la vida política del Estado, sin embargo como lo señala Gramsci, estas figuras políticas se han vuelto en una suerte de moderno príncipe.<sup>345</sup>

Príncipe que ha acaparado para sus intereses personales el uso desmedido de la inmunidad, en el entendido de situar un privilegio particular para la ocasión de poder delinquir sin retribución penal alguna, llegando a la impunidad por el poder del ejercicio representativo de la soberanía nacional. Por consiguiente, el juego de pesos y contrapesos se aplica desde el poder de mando, no desde la distribución de competencias, allá donde el principio de mayoría es entendido como superioridad que tiene voluntad plena por sobre las minorías.

Aquel grupo político que logra la mayoría parlamentaria en las elecciones, gana también el poder indiscutible de las cámaras, condicionando el uso de la legislación Estatal y el actuar de los demás órganos estatales como el gobierno, la judicatura, los tribunales constitucionales, etc.,<sup>346</sup> haciendo surgir una inevitable confronta entre norma jurídica y realidad política<sup>347</sup> dentro del seno del Estado Democrático de derecho, que en la práctica se reduce a la concentración de mando en un solo poder.

A decir de Matteucci, los partidos políticos como una nueva forma de gobierno, concentran la figura de mando, mayormente en el parlamento instrumentalizando su labor, al punto de poner en crisis la división de poderes:

---

<sup>345</sup> GRAMSCI, A., *Cuadernos de la Cárcel. Notas sobre Maquiavelo*, p. 28.

<sup>346</sup> Así en la introducción de Pedro de Vega a la reedición española de la obra de Schmitt *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983.

<sup>347</sup> Cfr. GARCÍA, Eloy, *op. cit.*, pp. 98-99



La nuova forma di governo parlamentare, dove l'esecutivo deve avere la fiducia della o delle Assemblée, ha messo in crisi il clásico concetto di separazione dei poteri, nella misura in cui instaura un continuum fra electorato. Asambla e governo.<sup>348</sup>

Se presume una crisis del concepto clásico de la división de poderes, máxime donde el mismo partido que ha obtenido la mayoría electoral en las cámaras, es el mismo que logra el poder ejecutivo, concentrándose el poder no en una persona, sino en una organización partidista que hace caso omiso a las minorías que posiblemente en unión lograrían una mayoría abrumadora, situando al gobierno en una especie de autoritarismo.

El problema se ve agravado donde la organización partidista carece de mecanismos que aseguren la presencia de la democracia, siendo el mando interno de cierta élite partidista, la que decide la selectividad de los candidatos que habrán de operar en la representatividad, tanto parlamentaria como gubernamental, lo que sin duda lleva a la partidocracia.

Es el principio de representatividad, y no la división de poderes, lo que representa la crisis de la inmunidad en términos democráticos, ya que se ha visto superado en su juridicidad, por una realidad política oligárquica, tendente a la generación de la partidocracia, logrando con ello el quebrantamiento y la mala interpretación de la división de poderes, incluso el derrumbe del Estado Democrático de derecho, donde la inmunidad como peso y contrapeso, de poco vale, pues si ésta actúa como un requisito de procedibilidad para el arresto o enjuiciamiento criminal de un parlamentario ante la autorización del suplicatorio (juicio de procedencia). Al estar la Cámara controlada por un solo partido político, resulta obvio que tal autorización ha de denegarse actuando siempre en favor de su representante partidista y, por el contrario, autorizándose en los casos incoados contra la minoría opositora.

De esta forma, la garantía de inmunidad se vuelve letra muerta, al no estar a favor de los intereses de quien controle el poder, actuando como una contra garantía

---

<sup>348</sup> MATTEUCCI, N., "Le radice striche della Costituzione e i nuovi problema di libertà", en Aa Vv., *La Costituzione Italiana: i principi, la realtà*, Milán, 1977, pp. 23-52.

La nueva forma de gobierno parlamentario, donde el ejecutivo debe tener la confianza de la Asamblea, ha puesto en crisis el clásico concepto de separación de poderes, en la medida en que establece un continuo entre el electorado. Asambla y gobierno.

del mismo parlamentario que representa a la minoría, pues la mayoría parlamentaria de turno pudiese perseguir políticamente a sus adversarios al tener la capacidad de privarles de la inmunidad. Concluyendo que la inmunidad puede simbolizar también impunidad para la mayoría, aunque como señalara Fernández-Miranda, “el principio de dominación de la mayoría templa aquella impunidad en perjuicio exclusivo de las minorías.”<sup>349</sup>

### 3.3.3 Efectos en el caso español

Para el caso español, los efectos de la inmunidad deben ser entendidos en menor medida a los establecidos para la inviolabilidad, que se simbolizan como irresponsabilidad plena, pues para ésta se esperaría en menor intensidad y duración, al ser concebida como un requisito de procedibilidad de corte penal.

La apreciación positivista que implica la correlación de distintos instrumentos normativos, hacen que el caso español presente peculiaridades de interesante estudio, en específico respecto de su alcance temporal y el ejercicio que se da de esta prerrogativa allá donde se deniegue el suplicatorio, que en última instancia puede traducirse en una presunta irresponsabilidad plena, equiparable sin duda, a los efectos de la inviolabilidad.

Dentro del artículo 71.2 de la CE no se especifican los efectos de la denegación del suplicatorio que proviene del ejercicio de la inmunidad, no obstante, el artículo 754 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal precisa el sobreseimiento de la causa como consecuencia de la denegación.<sup>350</sup> Dispositivo legal que se desprende en forma correlacionada con lo establecido dentro del artículo 7 de la Ley del 9 de

---

<sup>349</sup> Alfonso Fernández Miranda, “La inmunidad parlamentaria en la práctica de la II República y de las Cortes orgánicas”, en *Revista Española de la Opinión Pública*, nº. 49, 1977, p. 130. Cfr. Clemente Valdés, *La Constitución como instrumento de dominio*, Editorial Coyoacán, México, 1996, pp. 33-37.

<sup>350</sup> Artículo 754. Si el Senado o el Congreso negasen la autorización pedida, se sobreseerá respecto al senador o diputado a Cortes; pero continuará la causa contra los demás procesados.

febrero de 1912,<sup>351</sup> disposiciones normativas que llevan a la conclusión de la existencia del sobreseimiento libre.<sup>352</sup>

En España la inmunidad da pie a un doble efecto: 1) para el caso de que el suplicatorio sea concedido, la inmunidad será sólo un obstáculo procesal; 2) más para el caso en que el suplicatorio sea denegado, la inmunidad actúa como una condición objetiva de culpabilidad, radicando aparentemente tal conjetura en una calidad específica del sujeto activo, por normativo constitucional. Siguiendo a Martín de Llano, la concesión del suplicatorio transforma a la inmunidad en un simple obstáculo procesal, pero su denegación la convierte en una causa de exclusión de la pena.<sup>353</sup>

Cabe señalar que es la referencia a la ley de 1912, la que sitúa la mayor característica de la inmunidad, siendo que se trata de una ley *Pre-Constitucional*, sobre la base de la cual se ha establecido la ley de enjuiciamiento criminal, para el caso en que el Parlamento deniegue en forma expresa o tácita el suplicatorio, colisionando en un archivo definitivo del procedimiento penal, sin la opción de que pueda reabrirse una vez terminado el mandato del representante, pues el efecto del sobreseimiento implica la imposibilidad material de persecución en términos de *non bis in ídem*. En este entendido, sería el Parlamento el órgano encargado de declarar la irresponsabilidad jurídica del diputado y, en consecuencia, de quebrantar la Constitución,<sup>354</sup> por tanto, el sobreseimiento libre sería una extralimitación de la inmunidad parlamentaria.<sup>355</sup>

---

<sup>351</sup> Artículo 7. Si el Senado o el Congreso denegase la autorización para procesar, se comunicará el acuerdo al Tribunal requirente, que dispondrá el sobreseimiento libre, respecto al Senador o Diputado. Si la autorización fuese concedida, continuará el procedimiento hasta que recaiga resolución o sentencia firme, aun cuando antes de dictarla fueren disueltas las Cortes a que perteneciere el Senador o Diputado objeto del suplicatorio.

<sup>352</sup> STC 92/1985, F.J. 5

<sup>353</sup> MARTÍN DE LLANO, María Isabel, *Aspectos constitucionales y procesales de la inmunidad parlamentaria en el ordenamiento español*, Dykson, España, 2010, p. 144.

<sup>354</sup> GARCÍA, Eloy, *op. cit.*, pp. 80-81.

<sup>355</sup> Cfr. FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, "Derechos fundamentales y abuso de inmunidad", en *Memorias del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 1992, p. 212.

Con la denegación del suplicatorio y la aparición del sobreseimiento libre, se sitúa al no ejercicio de la acción penal en una suerte de cosa juzgada, la inmunidad deja de revestir un mero carácter procesal, pasando a ocupar una postura sustantiva de carácter penal, siendo una condición objetiva de punibilidad, lo que en forma injustificada ocasiona la desaparición de la responsabilidad penal correspondiente, extravasando la finalidad de la institución. Se ocasiona una práctica que contraviene el orden constitucional en forma por demás inaceptable, convirtiendo así a la autorización parlamentaria en su referente de denegación, en una carta de impunidad para el parlamentario encausado.<sup>356</sup>

Sin embargo, aunque esta postura de la inmunidad derivada de la ley de 1912, pueda parecer objetivamente válida por la vigencia de los ordenamientos legales, cierto es que la legitimación que al efecto se le puede atribuir en virtud de lo signado por el numeral 24.1 de la CE, resulta a todas luces una disposición inconstitucional,<sup>357</sup> específicamente respecto al principio de tutela efectiva, a fin de no producir con ello un abuso mayor de derechos fundamentales respecto al estado de indefensión. Máxime mediante lo establecido en la CE en la disposición derogatoria en su apartado 3.<sup>358</sup>

De lo contrario, no sólo se estaría ante la práctica de una inconstitucionalidad, sino que por consecuencia se estaría en la postura de un Parlamento soberano, que negaría en todo momento el Principio de Supremacía Constitucional y, con ello, el

---

<sup>356</sup> MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *op., cit.*, p 286.

<sup>357</sup> Condición que pone en juicio el uso de la inmunidad parlamentaria como consecuencia de que se llegase a la creencia del parlamento como soberano, con lo que el principio de Supremacía Constitucional estaría en juego. Por tanto, se tendría que decir que la disposición normativa de la ley de 1912, es inconstitucional. A esta conclusión puede decirse, llega el Tribunal Constitucional en: STC 92/1985, de 24 de julio, FJ 5. "Para valorar si tales Autos, con el alcance visto, se oponen o no al art. 24.1 de la C.E., debe tenerse en cuenta que su fundamento último radica en la denegación de la autorización para procesar al Senador señor Barral acordada por el Pleno del Senado en 23 de noviembre de 1983. Acuerdo que este TC ha declarado nulo por Sentencia de 22 de julio del presente año; por ello resulta claro que tales Autos vulneran el art. 24.1 de la C.E. al hacer imposible en el futuro el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, sobre la base de entender que es aplicable el sobreseimiento libre por darse el presupuesto de hecho previsto en el art. 754 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, la denegación de la autorización para procesar adoptada por acuerdo del Senado, declarado nulo. En consecuencia, procede declarar la nulidad de tales Autos y retrotraer las actuaciones al momento en que la Sala Segunda del Tribunal Supremo acordó solicitar la autorización para procesar en forma de suplicatorio".

<sup>358</sup> Disposición derogatoria 3. Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.

derrumbe del Estado Democrático constitucional, pues estaría negando la autonomía e independencia judicial, con lo que se corrompería la división de poderes.

### *3.3.4 Efectos en el caso mexicano*

El entendimiento de la inmunidad en el Estado mexicano resulta ser controvertido respecto de todo lo que se ha venido sosteniendo hasta ahora a decir de la prerrogativa, pues como ya se ha mencionado, para el constitucionalismo del país la inmunidad se ve traducida en lo que se conoce como Fuero Constitucional, en el entendido de ser igualmente un requisito de procedibilidad para poder detener o procesar a un legislador.

El texto original del artículo 61 de la Constitución de 1917 consagró únicamente a la inviolabilidad por las opiniones manifestadas. Es hasta 1977 cuando se adiciona un segundo párrafo a dicho artículo constitucional, que contempla en forma expresa a la protección procesal o "Fuero Constitucional" de los parlamentarios respecto de los actos u omisiones que puedan generar una responsabilidad penal.

El trato de la inmunidad no viene dado por la propia Constitución, sino que es una norma secundaria la que le da vigencia en su ejecución, siendo la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de 1982, la encargada de ello, que conjuntamente con otros artículos constitucionales hacen referencia a la declaración de procedencia, considerada como la forma o procedimiento para superar la *inmunidad parlamentaria* o procesal en materia penal, expresamente las disposiciones del Artículo 111 constitucional.<sup>359</sup>

Es en el Reglamento de la Cámara de Senadores donde en forma contundente se utiliza la palabra inmunidad, para referirse a las garantías

---

<sup>359</sup> Artículo 111. Para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, el Fiscal General de la República, así como el consejero Presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Nacional Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculcado. Párrafo reformado DOF 10-08-1987, 31-12-1994, 22-08-1996, 02-08-2007, 07-02-2014, 10-02-2014, 29-01-2016.

constitucionales que establece el artículo 61 y 111 constitucionales, específicamente dentro de su artículo 6,<sup>360</sup> situación que no opera para el reglamento de los Diputados, pero entendiéndose en igual forma.

Una segunda característica que diferencia a la inmunidad dentro del Estado mexicano, es el uso del requisito de procedibilidad en tanto a quien está facultado para conocer de él, que en estricto sentido se refiere a la facultad de la Cámara Baja de conocer de la declaración de procedencia, con independencia de si ésta es signada contra un Diputado o un Senador.

Por último, cabe señalar que el efecto contundente de la inmunidad respecto a la negativa de conceder la declaración de procedencia, implica simplemente un efecto suspensivo sobre el ejercicio de la acción penal, en tanto dure el mandato del representante, pudiendo ser ejercida con toda fuerza y vigor al término del mandato, postulando a la inmunidad como un mero requisito de procedibilidad, que aun cuando en el ejercicio del poder se haga uso de los privilegios que la partidocracia establece para sus representantes, no implica que pueda afectarse al menos en la idea, el principio de igualdad y tutela efectiva, pues los efectos de ésta no son incondicionales, sino sólo suspensivos temporalmente.

A diferencia del sistema español, que para el caso de la denegación del suplicatorio puede operar el amparo, para el caso de México es prácticamente imposible, pues como mandato constitucional se establece que la denegación de la declaración de procedencia es inatacable por otros medios de defensa,<sup>361</sup> redacción

---

<sup>360</sup> Artículo 6.

1. Durante el ejercicio de su encargo, los senadores tienen la inmunidad que establecen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes. Dicha inmunidad inicia una vez que se rinde la protesta señalada en el artículo 128 de la Constitución y concluye el último día de ejercicio del cargo.

2. Los senadores son responsables por los delitos que cometen durante el tiempo en que ejerzan su cargo. Para que se proceda penalmente en su contra, deben cumplirse los requisitos, trámites y procedimientos que establecen la Constitución y la normativa aplicable. [...]

<sup>361</sup> Artículo 111, párrafo 6, Constitucional: Las declaraciones y resoluciones de la (sic DOF 28-12-1982) Cámaras de Diputados (sic DOF 28-12-1982) Senadores son inatacables.

que se refuerza aún más con lo establecido por la Ley de Amparo dentro de su artículo 61, fracción V.<sup>362</sup>

Para el constitucionalismo mexicano, la figura jurídica de la inmunidad se resume a ser la garantía procesal constreñida en la declaración de procedencia, que implica el retraso temporal en el proceso penal, suspendiendo la acción de la fiscalía en contra del parlamentario durante la temporalidad que dure su mandato, no situando a esta garantía como una exención de jurisdicción, como pasa en el derecho español.

### *3.4 Aforamiento y/o Fuero Constitucional*

Dentro de la doctrina Constitucional, el debate sobre las garantías que envisten al Parlamento ha sido un tema de constante discusión, en estricto sentido por cuanto hace a la garantía de inmunidad, decretando a la inviolabilidad como la ya plenamente establecida y dejando de lado el trato específico del aforamiento como último remanente, no centrando mayor discusión al respecto que el que se suscita en ocasión del doble grado de jurisdicción, implicando un discurso plenamente aceptado por razones de poderes constituidos y sus respectivas independencias o bien como retribución inmediata a las dos garantías que *ex ante* de ésta son apreciables.

Si bien el debate jurídico del aforamiento ha quedado soslayado por las prerrogativas que le anteceden, ello ha implicado que con mayor medida el debate social y político se enaltezcan, máxime en la concepción moderna del Estado de Derecho y la aplicación del debido proceso, que se sitúa en específico desde la postura del principio de igualdad y el de recurso eficaz. Debemos recordar que a este punto se habla claramente del caso español, para el cual la garantía de aforamiento implica una calidad de jurisdicción especial a la del juez ordinario, situación que

---

<sup>362</sup> Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente:

[...] V. Contra actos del Congreso de la Unión, su Comisión Permanente o cualquiera de sus cámaras en procedimiento de colaboración con los otros poderes que objeten o no ratifiquen nombramientos o designaciones para ocupar cargos, empleos o comisiones en entidades o dependencias de la Administración Pública Federal, centralizada o descentralizada, órganos dotados de autonomía constitucional u órganos jurisdiccionales de cualquier naturaleza;

como se ha expresado *supra*, para el caso mexicano no implica la misma suerte, pues se correlaciona en forma directa e inminente como una garantía diversa que la postulada para el constitucionalismo Ibérico.

#### *3.4.1 Aforamiento en España*

El tema del aforamiento ha sido un constante en la discusión social y política para la sociedad española, y no tanto por la concepción de la garantía constitucional misma, sino por los excesos con los que se ha dado cuenta en la integración de casos criminales seguidos contra Diputados y Senadores, en los que se ven inmiscuidos terceros que sin fungir siquiera como trabajadores estatales, se ven igualmente cobijados por la garantía de jurisdicción por vía del principio de conexidad de la causa penal, que implica la absorción de su decisión judicial a la par de los sujetos aforados.

Ante esto, se ha enaltecido la discusión social que implica la desigualdad de la ley respecto a personas extrañas al aforamiento y que sin más han gozado incluso de inmunidad penal por tal razón, enaltecendo la incerteza jurídica del aparato normativo. Tema que más que jurídico se vuelve de orden popular y constante crítica, al punto de establecerse la innecesaridad de esta garantía parlamentaria.

Dentro del artículo 71.3 CE se establece que en las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, situándose por tanto la jurisdicción de juez ordinario en una instancia de orden constitucional, precisamente predeterminado por mandato constitucional para el caso de las causas penales seguidas contra aquellos.

Este designio constitucional se encuentra respaldado por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Arts. 303.5, 309, y 750-756), así como por los diversos ordenamientos internos como el Reglamento del Congreso en sus diversos 20.2 y 21 y en el artículo 22 de la norma interna del Senado. Aun y cuando se trata de una ley pre-constitucional de la que mucho podría decirse en tanto a su alcance de validez jurídica por contraste constitucional, igualmente se encuentra referida la competencia de jurisdicción dentro de la Ley de 9



de febrero de 1912. La interpretación de esta última implica una inadecuada percepción del aforamiento en los términos constitucionales, pues ocasiona un grado importante de inseguridad jurídica (STC 206/1992 FJ 3).

Salvo el trato que da la ley de 1912, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no regula la procedibilidad que opera en el aforamiento, empero tal supuesto se desarrolla concretamente en el artículo 57 de la LOPJ, que en conjunto con la primera mencionada, establecen la forma de obrar de los jueces y magistrados, que llegaran a la ocasión de instruir una causa penal en la que se vea inmiscuido algún miembro de las Cortes Generales.

En este sentido, el aforamiento implica un reforzamiento indiscutible de las garantías de inviolabilidad e inmunidad, en el sentido de que si la inmunidad es un presupuesto necesario del aforamiento y a la vez ésta es garantía de la inviolabilidad, por tanto, el aforamiento resulta ser una garantía de las dos anteriores,<sup>363</sup> en términos de establecer la jurisdicción que ha de procesarles en el caso de que sean perseguidos por acciones de orden penal.

El aforamiento se hace consistir en una garantía traducida en la obligación legal que tiene el Poder Judicial, consistente en que las causas penales instauradas contra Diputados y Senadores, no puedan ser conocidas por el juez natural u ordinario, sino que será el Tribunal Supremo, específicamente la Segunda Sala, quien será el único facultado para ello. A decir de Sospedra, esto implica una decisión del Parlamento y, por tanto, una intromisión de poderes con lo que se vulnera el principio de división de poderes, actuando en forma contraria a garantizarlo.<sup>364</sup>

*Contrario sensu*, habría que establecer que el aforamiento lejos de quebrantar la división de poderes, la enaltece, al configurar no sólo la independencia y autonomía del Parlamento, sino también la propia independencia y autonomía del Poder Judicial, que se establece como una garantía judicial en términos de no intimidación por motivo de ser juez en causas contra estos, pues al ser el Tribunal

---

<sup>363</sup> Cfr. Martínez Sospedra, *op., cit.*, p. 355.

<sup>364</sup> *Ibidem*, p. 249.

Supremo el encargado de procesar a los parlamentarios, se establece un límite a la posible intimidación del poder que gozan los representantes, que en un juez ordinario podría permear.

Haciendo recaer la responsabilidad de procesar no en los presuntos operadores más vulnerables o débiles del entramado judicial, sino en los pilares fundamentales que establecen la oposición al poder parlamentario, que lo es el órgano supremo.<sup>365</sup> Por lo tanto, la operatividad del Tribunal Supremo en las causas penales de los parlamentarios se deviene como un instrumento que garantiza la neutralidad de la función judicial.<sup>366</sup>

Instituyese de esta forma dentro del aforamiento la garantía del *juez natural*,<sup>367</sup> que en mayor medida, a decir de garantía del Poder Judicial, implica la pugna política que parece confiar la necesidad de que los Diputados y Senadores, en vista de la inminente repercusión social que su enjuiciamiento produce, por virtud de la impunidad y la corrupción que sugiere el ejercicio del poder, se tenga un propio juez, mismo que sea legitimado socialmente por su capacidad de alejarse de los vaivenes de los estados de opinión y de la prensa, conservando con ello la imparcialidad y neutralidad, así como la protección de los derechos fundamentales del parlamentario<sup>368</sup> como sujeto social, que en caso contrario bien pudiesen verse

---

<sup>365</sup> Como lo estimara preciso Fernández-Miranda, el aforamiento encuentra su justificación en que con esta garantía se "define, en principio, a los propios parlamentarios, garantizando la máxima solvencia en el enjuiciamiento. De otro modo se defiende también al propio Poder Judicial, haciendo recaer la responsabilidad de la sentencia, no sobre eslabones presumiblemente más débiles de la organización judicial, sino sobre el órgano supremo". FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso, "Artículo 71. Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias", en *Comentario a las Leyes Políticas*, O. Alzagar (dir.), Vol. VI, Madrid, 1989, p. 375.

<sup>366</sup> FERNÁNDEZ-VIAGA BARTOLOMÉ, Plácido, *El Juez natural de los Parlamentarios*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 106-107.

<sup>367</sup> STC 22/1997, de 11 de febrero, FJ 7. Desde esta perspectiva, la Sala Segunda del Tribunal Supremo es, respecto de las acciones penales dirigidas contra Diputados y Senadores, "el Juez ordinario predeterminado por la Ley" a que se refiere el art. 24.2 C.E., esto es, aquél constituido con arreglo a las normas procesales de competencia preestablecidas, en este caso, por la Constitución misma en su art. 71.3. Predeterminación constitucional del órgano jurisdiccional competente que comporta el seguimiento de una distinta tramitación procesal de las causas contra Diputados y Senadores, que no se configura con ventajitas especiales, ya que en este proceso es viable, excepcionalmente, la inexistencia de "un segundo grado jurisdiccional" (STC 51/1985, fundamento jurídico 3º), proceso distinto exigido por ese interés superior del Ordenamiento que es la independencia y el prestigio de las instituciones, imprescindible en el funcionamiento de todo Estado Democrático.

<sup>368</sup> *Ibidem*, p. 35.

inexistentes, no olvidando que al final del día, la judicatura no es más que un órgano más de ejecución del poder estatal, a la par del Parlamento.

El aforamiento implica un óbice al principio de doble jurisdicción, pues al menos en la práctica, para los aforados el juicio penal es uniinstancial, en abierta contradicción con lo predispuesto en el artículo 14.5 del PIDCP,<sup>369</sup> que a la luz del principio de recurso eficiente propio del debido proceso que debe imperar en todo Estado Democrático de derecho, sitúa una clara desproporción de lesividad en la protección de los derechos de los parlamentarios. Sin embargo, en ocasión de reivindicar a las prerrogativas como la inviolabilidad y la inmunidad, se ha configurado como una justa contra-retribución ante el alcance desigual que en apariencia sitúan las dos anteriores.

A decir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1997 (FJ 7), la finalidad que persigue el aforamiento es la de proteger la independencia institucional tanto de las Cortes Generales como del propio Poder Judicial, frente a potenciales presiones externas o las que pudiese ejercer el propio encausado por razón del cargo político e institucional que desempeña. Finalidad que resulta diversa a la de las prerrogativas de inviolabilidad e inmunidad, tal y como se expresa en el FJ 6, de la misma Sentencia, al señalar que:

A partir de estas premisas que han informado, desde su inicio, los distintos pronunciamientos de este Tribunal sobre el art. 71 C.E., debe configurarse también la prerrogativa de aforamiento especial que, teleológicamente, y en sede estrictamente procesal, opera como complemento y cierre -aunque con su propia y específica autonomía- de las de la inviolabilidad y la inmunidad, orientadas todas ellas hacia unos mismos objetivos comunes: proteger a los legítimos representantes del pueblo de acciones penales con las que se pretenda coartar su libertad de opinión (inviolabilidad), impedir indebida y fraudulentamente su participación en la formación de la voluntad de la Cámara, poniéndolos al abrigo de querellas insidiosas o políticas que, entre otras hipótesis, confunden, a través de la utilización inadecuada de los procesos judiciales, los planos de la responsabilidad política y la penal, cuya delimitación es uno de los mayores logros del Estado Constitucional como forma de organización libre y plural de la vida colectiva (inmunidad) o, finalmente, proteger la independencia del órgano y el ejercicio de las funciones del cargo constitucionalmente relevantes (aforamiento).

---

<sup>369</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En este entendido, el aforamiento preserva un cierto equilibrio entre los poderes y, al propio tiempo, la resistencia más eficaz frente a la eventual trascendencia de la resolución judicial en la composición del Parlamento. Por ello, no es de extrañar que el constituyente atribuyese expresamente el conocimiento de tales causas a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en tanto órgano jurisdiccional superior de los que integran aquel poder del Estado, tal y como lo dispone el artículo 123.1 de la Constitución Española.

### *3.4.2 Fuero Constitucional en México*

En México se ha denominado Fuero Constitucional<sup>370</sup> a lo que en el constitucionalismo se conoce como inmunidad parlamentaria, designando de esta forma como procedimiento para la declaración de procedencia, al procedimiento de resolución de suplicatorio. Es el artículo 61 Constitucional el que consagra la figura jurídica del Fuero, mientras que el correspondiente artículo 111, el que establece la figura de la declaración de procedencia.

A decir del artículo 61 constitucional, el fuero se establece como una atribución del Presidente de la Cámara en cuanto a su efectiva garantía, pues establece la obligación de éste de velar en todo momento por el respeto al fuero de los miembros, así como el de garantizar la inviolabilidad del recinto en que se sesiona, con la finalidad de lograr la absoluta independencia del ejercicio legislativo.

El uso de esta garantía constitucional constriñe una irrestricta necesidad de protección en el ámbito de la colisión de poderes, al grado tal que para el efecto de su protección se faculta al presidente de la cámara, el hacer uso de la fuerza pública para su salvaguarda, incluso al grado de poder suspender las sesiones en tanto la fuerza pública no haya desalojado en su totalidad el recinto de sesión.

---

<sup>370</sup> Para la doctrina mexicana, el Fuero Constitucional implica un “conjunto de normas aplicables a determinados servidores públicos que en razón de la función que desempeñan quedan sujetos a un régimen propio en cuanto a la exigencia de ciertas responsabilidades en las que puedan incurrir por su conducta”. ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, *El desafuero en el sistema constitucional mexicano*, UNAM, México, 2004, p. 4.

El Fuero Constitucional se ciñe irremediamente al calce de la declaración de procedencia que establece como requisito de procedibilidad el artículo 111 constitucional, que por mando jerárquico se lleva a cabo en la Cámara de Diputados, ya sea en tratándose de Diputados y Senadores, siendo la que centra la facultad de decisión sobre si se ha de proceder o no contra del parlamentario. Cabe hacer referencia que tal garantía de fuero sólo hace las veces de salvaguarda para los casos de orden penal, no así para los de materia civil, para los cuales no se requiere declaración de procedencia.

Caso contrario a lo que opera para el caso español, respecto a la denegación del suplicatorio, en el caso mexicano la negación de la declaración de procedencia, no prejuzga sobre los fundamentos de la imputación, por lo que en consecuencia, una vez fenecido el término del encargo del parlamentario se puede dar continuidad a la investigación, dejando a salvo los derechos de la fiscalía para poder volver a solicitar el inicio del proceso judicial contra del ahora ya ex funcionario. Es decir, la protección procesal del fuero, continuará suspendiendo todo procedimiento ulterior, mas no es obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación.

Por el contrario, si la declaración de procedencia es afirmativa, la protección procesal cesará quedando el parlamentario separado de su cargo en tanto esté sujeto al proceso penal. Y para el caso de que dicho proceso terminase con una sentencia absolutoria, el inculpado podrá reasumir su función como diputado o senador. A este proceso que encabeza la declaración de procedencia se denomina procedimiento de desafuero, constituyéndose como el mecanismo constitucional para separar al parlamentario de sus funciones y ponerlo a disposiciones de las autoridades penales. Lo anterior en relación con los artículos 108, párrafo primero, 109, fracción II y párrafo último, así como el artículo 111, párrafos primero al tercero, sexto y séptimo, constitucionales.

Una de las características significativas en el análisis comparativo que se establece, es la facultad de desprendimiento temporal de las prerrogativas

constitucionales a través de licencia, pues para el caso concreto, el procedimiento de desafuero no será necesario si existe una solicitud de licencia o si ya la tiene propiamente el diputado o senador, ya que se considera que el parlamentario se encuentra separado de su cargo, consideración que se ampara en lo establecido por el artículo 112 constitucional.<sup>371</sup>

Al igual que en el caso español, la garantía de Fuero Constitucional en miras de protección de la división de poderes, es aplicable no sólo a los miembros del parlamento, sino que es de igual forma aplicable a los demás poderes de la unión, siendo esta inmunidad contemplada en el artículo 61 y 111 constitucionales, aplicables tanto a los Secretarios de Estado y a otros funcionarios públicos, así como a ciertos miembros del Poder Judicial, esto implica que esta figura jurídica es característica del Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Por esta razón, podríamos afirmar que se trata de mantener el equilibrio entre estos tres, a pesar de ser un sistema en donde predomina el primero sobre los otros dos.

Otra característica concreta que diferencia el Fuero Constitucional mexicano, a la figura del aforamiento español, es el hecho que para el primero en cita, si bien la palabra *per se* implica una connotación de jurisdicción, ello no es motivo para que se geste una jurisdicción específica para las personas aforadas, puesto que en México una vez llevado el juicio de procedencia contra de un diputado o senador y el mismo es concedido, la jurisdicción ordinaria del delito de que se trate, será la encargada de enjuiciar al legislador, existiendo para el caso el mismo trato jurídico que cualquier ciudadano.

Estructura constitucional que se concatena con lo establecido por el artículo 13 Constitucional, que prohíbe la creación de fueros distintos a los ordinarios, con la salvedad del fuero militar, por tanto, aun cuando se trate de un representante federal,

---

<sup>371</sup> Artículo 112. No se requerirá declaración de procedencia de la Cámara de Diputados cuando alguno de los servidores públicos a que hace referencia el párrafo primero del artículo 111 cometa un delito durante el tiempo en que se encuentre separado de su encargo. Si el servidor público ha vuelto a desempeñar sus funciones propias o ha sido nombrado o electo para desempeñar otro cargo distinto, pero de los enumerados por el artículo 111, se procederá de acuerdo con lo dispuesto en dicho precepto.

el fuero que ha de seguir ha de ser el ordinario y no uno especial como sí se aprecia en el Estado español.

A diferencia de España para quien la resolución del suplicatorio identificado como denegación, puede ser impugnada vía juicio de amparo, en México es el propio ordenamiento constitucional en su artículo 111, el que establece la inatacabilidad de la denegación de la declaración de procedencia, pues para el efecto el fuero simplemente suspende el cauce penal, hasta en tanto el parlamentario tenga tal investidura.

## CONCLUSIONES

La intención del presente escrito circunda la necesidad de postrar a las protecciones parlamentarias, en específico al Fuero Constitucional, como un elemento generador y estabilizador de las democracias representativas. Se intenta dar los razonamientos teóricos pertinentes que sitúen a esta figura jurídica como un elemento configurador del Estado Constitucional de derecho.

Para tal efecto, se ha realizado un recorrido sobre algunos de los más conocidos modelos democráticos que han consagrado dentro de su vital función, requisitos tendentes a identificarse con el principio de división de poderes, requisito vivificante del concepto de soberanía popular.

Tiene que decirse que es éste el principio rector sobre el que se enaltece la funcionalidad de la prerrogativa constitucional en comento, ya que al ser el Parlamento el eje sobre el que la soberanía del pueblo —como poder único— es representada y ejercitada, el mismo requiere de protecciones de máximo orden normativo, que impliquen la seguridad de la labor que se le ha encomendado. Función que se ciñe a ser el portavoz del pueblo, ejercicio que se lleva a cabo por medio del control político del poder.

Siendo el Poder Legislativo el máximo control político del poder contra del gobierno, mediante la vigilancia y fiscalización de las labores y funciones del ejecutivo, resulta ser un órgano tendente al constante ataque recíproco de aquel. Ante esta tendencia de contrapesos, en un Estado donde la división de poderes no estuviese amparada sobre la garantía procesal del fuero, nada impediría que el Ejecutivo derivado de las críticas realizadas desde el Parlamento, ejerza actos de violencia por medio de los cuales se generen imputaciones penales por simple venganza política, contra de aquellos parlamentarios que obstaculizaran los intereses de éste.



De esta manera, el recorrido propuesto ha sido el andamiaje sobre el que el Fuero Constitucional resulta ser un componente indispensable para hablar de Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En este afán constructivo se ha llegado a concluir que aun cuando puedan parecer elementos contrapuestos, el constitucionalismo y la democracia resultan ser dispositivos que en términos de legitimación social convergen en un mismo estadio.

Si el tema central implica la existencia de un poder y, por tanto, la exigencia de que éste se vea controlado, menester es el amalgamar los conceptos de Constitución y Democracia. Para el caso de nuestro país, esto corre a partir de la democracia representativa, cuya función primordial es vista desde una triple postura: La percepción inmutable de la soberanía popular; la protección irrestricta de los derechos de la sociedad; y, una adecuada división de poderes.

Respecto de este panorama, se ha tratado de establecer la importancia que las inmunidades parlamentarias tienen dentro de la vida democrática de un Estado de las características antes descritas. Concretamente nos hemos enfocado a la instauración del Fuero Constitucional como el mecanismo de control político del gobierno, que representa la funcionalidad del principio de división de poderes dentro del Estado de Derecho. Función que se enfoca no sólo a la tarea del Parlamento, sino que representa en sí misma, la consagración de la soberanía popular como el único poder existente en un Estado y a partir del cual se tiene que establecer la mecánica de éste.

En este tenor, tiene que decirse que el Fuero, la inviolabilidad y la inmunidad de los parlamentarios, representan una de las bases sobre la que se erige el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, pues representan la vigencia del principio de soberanía nacional, así como el de división de poderes y por ende, son el estandarte sobre el que instituye la protección de las igualdades y libertades políticas y sociales.

Debe tenerse en mente que la garantía procesal en comento, es el mecanismo a través del cual se establece el sistema de controles existente entre los órganos del

Estado, siendo una garantía extensiva tanto al Poder Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial, ya que al tener una función tan importante dentro de la estructura del Estado, indispensable es que tal garantía tenga funcionalidad como peso y contrapeso en forma igualitaria respecto de todos los órganos del poder.

De ahí que, sea una garantía de la cual gozan los altos funcionarios cuya función es ser depositarios del poder soberano y respecto del cual son igualmente controles recíprocos entre sí. Ello implica que el Fuero Constitucional tenga la función de protección del control del poder, con el objeto de impedir en todo momento la concentración del poder en una sola persona o grupo de ellas.

En estricto sentido, lejos de ser una garantía propia del poder legislativo, debe observarse que a través de esta prerrogativa, se formaliza y acentúa en concreto la independencia del Poder Judicial, actuante en similar forma que para el caso de la confronta entre legislativo y ejecutivo. El fuero representa el medio de protección que el poder judicial tiene respecto de su función de control de la constitucionalidad de las leyes producidas por el legislativo, mismas que pueden ser incluso contrarias al ordenamiento constitucional.

Por consiguiente, mediante el uso de ésta, el poder judicial avala la efectiva labor que se le ha encomendado, fungiendo como control jurisdiccional tanto del ejecutivo como del legislativo. En misma sintonía, un mecanismo de defensa contra posibles ataques políticos que impliquen una subordinación a sus respectivos co-depositarios del poder. Si el Poder Judicial está encaminado a la protección constitucional de los derechos de los ciudadanos y esto a la par es uno de los cimientos del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, inconcuso resulta el afirmar que esa tarea se fortalece a través de la figura del Fuero Constitucional.

Atendiendo a esto, es de resaltar que las hipótesis establecidas desde el comienzo de la presente, enunciadas en términos de la necesidad del fuero para el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, resultan indiscutiblemente verificadas en sentido positivo. Validándose desde la historicidad de su génesis, así como de su uso como mecanismo de control del poder y, no menos importante,

desde su contemplación como figura de mandato constitucional que implica su visión como garantía del cuerpo electoral que impide la concentración del poder.

Por otro lado, no pasa desapercibido que la motivación que ha llevado a nuestros legisladores a tratar de eliminar el fuero, se ha dado sobre la justificación de erradicar la impunidad y la corrupción, más un debate extenso habría que radicarse aquí, ya que estos dos efectos no son producto de la figura constitucional de protección del Estado, sino de los operarios particulares que así lo han querido referir. Debe entenderse que la inviolabilidad, la inmunidad y el aforamiento, no son privilegios singulares pertenecientes a los representantes y/o depositarios del poder soberano.

Estas figuras constitucionales son garantías de la misma forma de organización política en la que actúan, sin las cuales el sistema constitucional se quebrantaría desde la desdemocratización de las instituciones de mando, llegando sin más al uso excesivo del poder en forma autoritaria, acentuando en mayor medida la corrupción y la impunidad, claro, de aquel que controle en forma centralizada el poder.

Históricamente se ha establecido que la función de estas garantías implica una plena irresponsabilidad penal por razón de la libertad de expresión de la que todo parlamentario goza. Sin embargo, irrisorio es el pensar que con ello se corrompe —como se ha aseverado por nuestros diputados— el esquema constitucional, pues no hay que dejar de lado que más allá de un enfoque jurídico, existe el de corte sociológico-político, que implica que una apreciación reduccionista de tal prerrogativa traería consigo consecuencias agravadas para el Estado, respecto a la representatividad de la soberanía nacional.

De minimizarse o desaparecerse tales instituciones, significaría que el parlamentario quedase expuesto a cualquier tipo de ataque político instrumentado desde el uso del *ius puniendi*. Pues precisamente estas garantías marcan un claro límite al derecho punitivo del que gozan los otros poderes constituidos, siendo

indispensable para la vida democrática tal protección sin mayor limitación que la signada por el constituyente.

En otras palabras, el peligro no radica en la afectación a las garantías parlamentarias *in aula*, se trata por el contrario de comprender que tales garantías no se instauran en términos singulares, sino en posturas colectivas, no instituidas para el representante en lo singular, sino para el órgano representativo del cuerpo electoral y, por lo tanto, el peligro real está dirigido a la misma sociedad. Recuérdese que el representante es un actor político con facultades de vital importancia para la organización política, investido con poderes de decisión respecto a su potestad legislativa y por tanto como agente conformador de la voluntad popular y, precisamente, por tal condición, es inevitable que deba en su momento priorizar los intereses sociales que se demandan, resultando necesario esta actividad en el ámbito de la legislatura, ocasionando ambientes hostiles y, por consiguiente, de reacción política.

Son instituciones de orden constitucional que forman parte de la norma suprema y, por tanto, deben tratarse en una forma por demás milimétrica en atención a sus interpretaciones y alcances normativos. El tratar de situar una desaparición o minimización de éstas, indiscutiblemente tendrían que ser considerado como un ataque a la Constitución y un atentado a la democracia.

La inmunidad, la inviolabilidad y el aforamiento son instituciones nacidas de la división de poderes, cuya labor se ciñe a concretar la democracia constitucional entendiendo que sin control democrático no existe Estado de Derecho. En consecuencia, son garantías del cuerpo electoral y cimiento de la democratización estatal. Sólo a través de la presencia de éstas, puede existir el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, que —como irrestrictamente lo ha defendido Ruipérez citando a Pedro de Vega— “el único régimen éticamente defendible, políticamente coherente y científicamente explicable es el régimen democrático.

## BREVES NOTAS DEL CASO MEXICANO

La constante lucha de equilibrio de poderes en el sistema de controles consagrado por el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, posiciona al Poder Legislativo como el encargado de sostener el estandarte de control político desde una doble vertiente. Por un lado, al ser el poder protector de la voluntad soberana, tiene a su cargo el control político del gobierno en tanto al direccionamiento estatal; y, por el otro, un control interno que implica una lucha de mayorías y minorías, propiciada a partir de la partidocracia.

En este entendido, menester es el considerar que el Parlamento sitúa una función de control más extensa que la de sus pares, órganos institucionales, pues la protección de las libertades sociales implica en sí una función que consolida la imagen del constitucionalismo y, por tanto, de vital importancia para la vida democrática del Estado.

De esta guisa, en la función del legislativo como máximo órgano de control político, natural resulta el situarlo en extremo de los controles, si no de mayor preponderancia, sí de mayor necesidad de protección contra los posibles abusos políticos que sus agentes puedan llegar a padecer. Al ser un órgano de disenso y de crítica, ya no sólo del ejecutivo, sino de la institución partidista que ostenta la mayoría en la representación, los parlamentarios se ven forzados a concebir para funcionamiento, determinadas prerrogativas que la constitución les ha reconocido bajo los nombres de inviolabilidad e inmunidad parlamentarias, así como de Fuero Constitucional.

Tales formas de protección no deben entenderse como mecanismos de protección personal, sino como garantías de protección de la función legislativa, que es la de fiscalización del gobierno y, por consiguiente, como medios que garantizan el adecuado sistema de control del poder, siempre sobre la base del principio de división de poderes.

Sin embargo, en nuestro país esta pequeña parte del constitucionalismo ha sido pasada por alto respecto de la labor de nuestros representantes,

específicamente de los propios agentes encargados de llevar a cabo el control político del gobierno. Con las reformas planteadas en el Congreso Federal, el sistema de frenos y contrapesos postulado por el constitucionalismo democrático instaurado en el constituyente de 1917, se ha visto resquebrajado, al punto de postular la aseveración de la existencia de un atentado contra la democracia.

La constante incidencia de los cambios constitucionales situados a partir de las entidades federativas, desde el año 2016 con la legislatura del Estado de Jalisco, repercutió y en temporada electoral, en la decisión de los legisladores federales por querer suprimir de la norma fundamental la garantía procedimental del Fuero Constitucional, específicamente a decir de la función del propio legislativo. Al parecer el Congreso Federal auspiciado por la incidencia política de los tiempos que se viven y seguramente por las presiones electorales a las que este órgano colegiado se ha visto sometido, es que se autocastiga sin medir la repercusión de sus actos en el sistema de balances del control del poder.

Si bien el ejercicio excedente del poder por obra de los representantes sociales y de los gobiernos en turno — específicamente las prácticas de corrupción e impunidad que se han desenvuelto a la sombra del Fuero Constitucional, mediante su uso indebido— han generado en la conciencia social un claro desprestigio de las instituciones estatales, ello no puede verse como una innecesidad de las garantías parlamentarias, pues en su conjunto la inviolabilidad, la inmunidad y el fuero, son figuras jurídicas de que dotan de certeza jurídica al mecanismo de control del poder político que abandera el Parlamento.

Tales garantías en ningún momento pueden verse separadas. Debe entenderse que los valores puestos en la Constitución por el constituyente de 1917, llevaban el propósito de consagrar un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, sustentados sobre los principios de protección de derechos humanos y una adecuada división de poderes, instituyendo para tal objetivo los mecanismos de protección que asegurarían el ejercicio de la expresión de la voz del pueblo por parte del Parlamento.

El Fuero Constitucional lejos de ser una simple figura jurídica que sirve de protección, mal intencionada de los servidores públicos, resulta ser una garantía del orden constitucional y democrático. No sólo con base en su historicidad, sino con base en su fundamentación y funcionalidad, pues no es sólo una garantía procesal; su trasfondo implica una sobreprotección de las garantías de inmunidad e inviolabilidad parlamentarias.

El atentar contra el Fuero Constitucional, sin duda implica atentar contra la democracia y con ello contra el mismo Estado Constitucional de derecho, ya que éste es una parte fundamental del principio de división de poderes. Como ya ha quedado establecido, es la división de poderes el cimiento sobre el que nace el constitucionalismo. El Fuero Constitucional es la garantía de orden procedimental que avala la vigencia democrática del país desde la perspectiva del pluralismo político, sin la cual no pueden tener valor alguno, pues resulta ser el requisito *sine qua non* de orden procesal para la defensa de medios de control del poder estatal.

La iniciativa de reforma constitucional avalada por la Cámara de Diputados el pasado 19 de abril del año en curso, sin duda implica el atentado más grande a la soberanía nacional llevada a cabo por quienes juraron ser los protectores del constitucionalismo mexicano. Podría decirse que de avalarse en su plenitud tal reforma, implicaría que el Estado mexicano no sólo habría visto la muerte de la democracia y el constitucionalismo, sino que habrá de ser éste el espectador primigenio a la par de saberse el actor material de su muerte.

Basta con observar los argumentos esgrimidos por quienes “dentro de sus funciones meticulosamente pensadas”, instan por la desaparición del Fuero Constitucional a servidores públicos. Argumentos que en forma contundente se enfocan a los agentes parlamentarios, ignorando que tal garantía como obstáculo de procedibilidad ampara de igual manera a servidores públicos de los tres órganos en los que el poder estatal es depositado. Acción que evidentemente hace colisionar al sistema de frenos y contrapesos que tratan de equilibrar el control del poder.

Al legislador mexicano se le ha olvidado, por no atestiguar su desconocimiento, que la historicidad con las que estas garantías fueron implantadas en el constitucionalismo se dio invariablemente de la mano de una lucha contra el absolutismo. Lucha que se constriñó a disociar la permanencia del poder en una sola mano y, por tanto, optar por una postura plural en el ejercicio de este, invariablemente depositando su control en el órgano legislativo.

La crisis democrática que nuestro país ostenta aparece a partir del descontrol del poder ejercido por los partidos políticos. Se ha generado un ambiente en el que las instituciones partidistas han hecho del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, un Estado de Partidos, incluso un Estado de Partidos de Instituciones. Lo que representa en estricto sentido aquel mal al que Gramsci denominase el nuevo príncipe, por tanto, un nuevo autoritarismo político en donde el poder y sus controles son controlados desde fuera, por instituciones carentes de control.

En momentos tan álgido como los que circundan la realidad social de nuestro país, temerario e inverosímil sería el tratar de desaparecer el fuero. La razón principal corre a cargo de la venganza política de la cual los partidos políticos son plenos detentadores. En caso de eliminar tal garantía parlamentaria, nada impediría que la oposición ya gubernamental, ya partidista, realizara una cacería de la libertad de expresión y de la labor fiscalizadora del orden estatal, puesto que no existiría impedimento alguno para realizar a destajo, imputaciones penales que colisionarían con la desaparición, si bien no material al estilo del homicidio, si de hecho en el ámbito político, de los opositores al sistema de mayorías controladas por el poder partidista.

No debe pasarse por alto que el Fuero Constitucional no es una garantía de impunidad o corrupción, puesto que la persecución penal por parte del órgano encargado de ello, puede realizarse una vez que el funcionario público ha perdido tal calidad por haber cumplimentado su mandato representativo, con lo cual se afirma que el ámbito de impunidad no corre a cargo del representante, pues es función en estricto sentido del ejecutivo a partir del Ministerio Público, el coordinar el ejercicio del *ius puniendi* estatal.



La injustificada razón de querer eliminar tal garantía constitucional, se realiza en forma por demás irrisoria. Nuestros legisladores federales actúan en un recinto de pretendida búsqueda por la legitimación perdida de la institución, más en forma por demás incorrecta. Su labor en todo momento ha de ser de defensores de la constitucionalidad de los actos del gobierno y de las instituciones estatales, a partir del mandato ciudadano conforme al cual han sido creados por vía del constituyente.

Llama la atención, que una de las justificaciones hechas valer en el Dictamen de reforma constitucional por medio del cual se elimina la figura jurídica del Fuero Constitucional, se contempla que:

«El modelo de democracia representativa ha llegado a su obsolescencia y sus resultados han generado un fenómeno llamado PARTIDOCRACIA, donde el sistema ha generado que los intereses de los partidos políticos estén por encima de la de los ciudadanos a quienes deben su origen» resulta que «la figura de FUERO ha perdido sentido en la era actual».<sup>372</sup>

Situación que alarma sobremanera, una postura incongruente de los representantes del poder legislativo federal, puesto que al concebir como el actual príncipe a la partidocracia y a sabiendas de la repercusión que ésta puede llegar a consolidar, se pretende dejar sin el único medio de defensa a la voz de la sociedad. Tendría que ser éste el motivo principal para ponderar la defensa del Fuero Constitucional, no de su pretendida desaparición.

Son la inviolabilidad, la inmunidad y el Fuero Constitucional, las bases fundamentales del sistema constitucional y democrático de nuestro país, que garantizan el adecuado control político que debe velarse en todo sistema de balances. Sin estos mecanismos no puede hablarse de democracia y menos de constitucionalismo y Estado de Derecho. En términos de Ibsen<sup>373</sup> aquellos que tratasen de menguar estas garantías como instrumentos del sistema de frenos y contrapesos que sirven para el control del poder no serían más que enemigos del pueblo, partidarios del exceso de poder por medio de la ilegitimidad, lo que se traduce en el colapso del sistema constitucional y democrático.

---

<sup>372</sup> Foja 41 del Dictamen de fecha 19 de abril de dos mil dieciocho, sustentado ante el pleno de la Cámara de Diputados de la LXIII legislatura, por la Comisión de puntos constitucionales.

<sup>373</sup> Citado por VALADÉS, Diego, *El control del Poder*, op. cit., p. 17.

## PROPUESTAS

- 1.- Siguiendo el caso español, dable sería el dotar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde ámbito constitucional, de facultades para ser juez natural en las causas seguidas contra servidores públicos que gocen de la prerrogativa de Fuero Constitucional. Con ello se concretaría legítimamente el sistema de pesos y contrapesos del poder en el Estado mexicano.
- 2.- Generar la facultad de las autoridades de contravenir la negativa de la declaración de procedencia signada por el Congreso federal, con la finalidad de establecer el adecuado equilibrio del poder que por intereses personales puedan llevar a una impunidad pactada.
- 3.- Realizar un estricto control constitucional de los partidos políticos, estableciendo constitucionalmente los límites que éstos deban tener y las facultades a partir de las cuales podrán ser aparatos de control del poder, no dejando tales atribuciones a legislaciones secundarias.
- 4.- Generación de controles ciudadanos que nos sitúen en miras de una democracia participativa, con lo que se logre una fiscalización de la forma en que es ejecutado el poder depositado en los órganos estatales.

## FUENTES DE CONSULTA

- ABELLÁN-GARCÍA GONZÁLEZ, *El estatuto de los parlamentarios y los derechos fundamentales*, Madrid, 1992.
- AGUILAR BLANCAS, Carlos Alberto, "Alcances y perspectivas del control parlamentario en la democracia mexicana", en *Estudios Políticos, Instituto de Estudios Políticos*, Colombia, N° 51, julio-diciembre, 2017.
- AGUILERA GARCÍA, Edgar, *Jusnaturalismo procedimental y debido proceso penal y epistemología jurídica*, Edit. Tirant lo Blanch, México, 2017.
- AGUILERA PORTALES, Rafael Enrique (Coord.), *La Democracia en el Estado Constitucional*, Edit. Porrúa, México, 2009.
- ALEXIS, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ALFONSO DE ANTONIO, Ángel Luís, "El suplicatorio como manifestación de la inmunidad parlamentaria", en *RFDUC*, nº 86, curso 1994-1995, Madrid, 1996.
- ALONSO DE ANTONIO, José Antonio y ALONSO DE ANTONIO Ángel Luís, *Introducción al Derecho Parlamentario*, Edit. Dykinson, España, 2002.
- ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, *El desafuero en el sistema constitucional mexicano*, UNAM, México, 2004.
- ARENDT, Hannah, *Sobre la Revolución*, Edit. Alianza, España, 1988.
- , *The human condition*, Chicago, Chicago University Press, 1985.
- ARROYO CISNEROS, Edgar Alán, *Estado Constitucional, Poder Legislativo y Democracia*, Edit. Porrúa, México, 2017.
- AYALA, Javier Marcelo, "La Problemática del Poder Constituyente y la Reforma Constitucional", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Venezuela, 134 (2009).
- BARBERIS, Mauro, Benjamin Constant. *Rivoluzione, costituzione, progresso*, Bolonia, 1989.
- BARTHÉLEMY, Joseph y DUEZ, Paul, *Traité de Droit Constitutionnel*, Dalloz, Francia, 1933.
- BAY, Christian, *The structure of Freedom*, Standford University Press, Standford, 1958.
- BEYME, Claus von, *Teoría Política del siglo XX. De la modernidad a la postmodernidad*, Edit. Alianza, España, 1994.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *El régimen político de la "politeia" a la "res publica"*, Edit. EDIART, Buenos Aires, 1979.
- BLASCKSTONE, Comentarios, Libro I, Capítulo II, Sección 3ª: "This Bering the place where that absolute despotic power wich must all goverments reside somewhere, is entrusted by Constitution of this Kingdom"
- BOBBIO, Norberto, "Decisioni individuali e collettive", en *Richerche politiche due (Identità, interessi e scelte collettive)*, Il Saggiatore, Milán, 1983.
- , "Democrazia", en *Dizionario di política*, Ed. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, Edit. UTET, Turín, 2004.
- , *De senectute*, Edit. Taurus, España, 1997.
- , *El Futuro de la Democracia*, 3ra ed., Edit. Fondo De Cultura Económica, México, 2014.
- , *Fundamento y Futuro de la Democracia*, Edit. Edeval, Chile, 1990.

- , *Igualdad y libertad*, Edit. Paidós-Universidad Autónoma de Barcelona, 1993.
- , *Locke e il diritto naturale*, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1963.
- , *Teoría general de la política*, Ed. De Michelangelo Bovero, Edit. Trotta, España, 2009.
- , *Teoria generale della politica*, Edit. Einaudi, Turín, 1999.
- BOCKELMANN, *Die Unverfolgbarkeit der Abgeordneten nachdeutschen Immunitätsrecht*, Gotinga, 1951.
- BÖCKENFÖRDE, Wolfgang-Ernest, *Estudio sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trad. Rafael Agapito Serrano, Edit. Trotta, España, 2000.
- BOVERO, Michelangelo, “¿Crepúsculo de la Democracia?”, en *La Democracia en nueve lecciones*, Ed. De Michelangelo Bovero y Valentina Pazé, Edit. Trotta, España, 2014.
- BRADLEY, A. W. y EWING, K. D., *Constitutional and Administrative Law*, 13.<sup>a</sup> ed., Essex (England), Pearson-Longman, 2003.
- BUGALLAL, Gabino, *Inviolabilidad Parlamentaria*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1921.
- C. BRUNO, *De la Garantie politique des membres du Reichstag pour faits accomplis hors de leurs fonctions*, Thèse, París, 1905.
- CANOSA, Raúl, “La actividad de orientación política. Su relevancia constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 67, enero-marzo de 1990.
- CARPIZO, Jorge, “MÉXICO: “¿SISTEMA PRESIDENCIAL O PARLAMENTARIO?””, en *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nº 1, Julio-Diciembre 1999.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Contribución a la Teoría General del Estado*, Edit. Dalloz.
- CARRIÓ, G. R., en “Nota Preliminar” a la obra de W. N. HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, por GARZÓN VALDÉS, Ernesto y VÁZQUEZ, Rodolfo (Dirs.), 3<sup>a</sup> ed., México, 1995.
- CARRO MARTÍNEZ, Antonio, “La Inmunidad Parlamentaria”, en *RDPol*, nº 9, 1981.
- CÁTALA I BAS, Alexandre, “La Inviolabilidad a la luz de la sentencia del TSJ del País Vasco de 5 de septiembre de 2003”, (Caso del Diputado de H.B. Jon Salaberria), en *CortsADP*, nº 14, 2003.
- CHERESKY, Isidro, *El nuevo rostro de la democracia*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2015.
- CID VILLAGRASA, Blanca (Dir.), y RECODER VALLINA, Tatiana, *El Parlamento ante los Tribunales*, Edit. Aranzadi, España, 2015.
- CONDE DE TEJADA DE VALDOSERA, *De la índole y extensión de las inmunidades parlamentarias*, Madrid, 1894.
- CONSTANT, Benjamin, “La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en *Principi di política*, Edit. Riuniti, Roma, 1970.
- COVIÁN ANDRADE, Miguel, *El control de la constitucionalidad. Fundamentos teóricos y sistemas de control*, Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República, México.
- DAHL Robert, *How Democratic is de American Constitution?*, Yale University Press, New Haven, 2001.
- , *¿Qué es la Democracia?*, texto disponible en: <http://webs.ucm.es/info/cpuno/asoc/profesores/lecturas/dahl.pdf>,

- , *La Poliarquía*, Red Editorial Iberoamericana, México, 1993.
- , *La Poliarquía. Participación y Oposición*, 2ª. Ed., Edit. Tecnos, España, 2002.
- DAHRENDORF, Ralf, “Cittadini e partecipazione: al di là della democrazia rappresentativa?”, en *Il cittadino totale*, Centro de Investigación y Documentación Luigi Einaudi, Turín, 1977.
- DE LA CUEVA, Lucas Murillo, “Garantías de los miembros del Parlamento Vasco”, en *REP*, nº 46-47, 1985.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *El antiguo régimen y la revolución (1932)*, Trad. D. Sánchez de Aleu, Edit. Alianza, España, 1982.
- , *La democracia en América*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1963.
- DUSO, Giuseppe, “Genesi e aporie dei concetto della democrazia moderna”, en Pierre Rosanvallon (Edit.), *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Edit. Carocci, Roma, 2004.
- DUVERGER, Maurice, *Los Partidos políticos*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- ESMEIN, Adhémar y NÉZARD, Henry, *Éléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé*, vol. II.
- ESMEIN, Adhémar, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 6ª ed., Sirey, París, 1914.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA y CAMPOAMOR, Alfonso, “Artículo 71. Inmunidad e Inviolabilidad Parlamentarias”, en *Comentarios a las Leyes Políticas*, Dirigidos por Oscar Alzaga, Edit. Edersa, España, 1989.
- , “Artículo 71. Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias”, en *Comentario a las Leyes Políticas*, O. Alzagar (dir.), Vol. VI, Madrid, 1989.
- , “La Inmunidad Parlamentaria en la práctica de la II República y de las Cortes Constituyentes”, en *REOP*, nº 47, 1977.
- , “La Inmunidad Parlamentaria en la actualidad”, en *Revista de estudios políticos*, nº 215, 1977.
- , “La inmunidad parlamentaria en la práctica de la II República y de las Cortes orgánicas”, en *Revista Española de la Opinión Pública*, nº. 49, 1977.
- , “Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentaria”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Complutense, Nº monográfico 10, 1986.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, “División de Poderes en la historia constitucional española”, en *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Nº 5, 2009, España.
- , “El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento español”, en *Revista española de derecho constitucional*, Año nº 20, Nº 60, 2000.
- FERNÁNDEZ-VIAGA BARTOLOMÉ, Plácido, *El Juez natural de los Parlamentarios*, Civitas, Madrid, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, Nº 34, 2011.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “Derechos fundamentales y abuso de inmunidad”, en *Memorias del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 1992.

- , "Opinión pública, principio de publicidad y garantías parlamentarias", en *RCG*, nº 14, 1988.
- FINER, Herman, *The Future of Government*, Mathuen & Co. Ltd., Londres, 1946.
- FIORAVANTI, Maurizio, "Potere costituente e diritto pubblico", en Paolo Pombeni (ed.), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Edit. Il Mulino, Bologna, 1992.
- , *Costituzione*, Edit. Il Mulino, Bologna, 1999.
- FRAGA IRIBARNE, Manuel, "Los Privilegios de los Procuradores y el nuevo Reglamento de las Cortes Españolas", en *REP*, nº 99, mayo-junio 1985, pp.57-82.
- , *El Reglamento de las Cortes españolas*, Madrid, 1959.
- FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*, Edit., Paidós, Barcelona, 1991.
- GALLI, Carlo, *El malestar de la democracia*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2013.
- GARCÍA DÍAZ, Elías, "Estado de Derecho y Democracia" en *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, Nº 19-20, 2001-2002, págs. 201-217.
- GARCÍA DÍAZ, Elías, "Estado de Derecho y Legitimación Democrática", en CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano y VÁZQUEZ, Rodolfo (Coordinadores), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Edit. Siglo XXI, México, 2002.
- GARCÍA DÍAZ, Elías, *Sociología y filosofía del derecho*, Edit. Taurus, España, 1976.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Edit. Alianza, España, 1995.
- GARCÍA, Eloy, *Inmunidad Parlamentaria y Estado de Partidos*, Edit. Tecnos, España, 1989.
- GÓMEZ BENÍTEZ, "La inviolabilidad e inmunidad parlamentarias", en *Rev. F. Derecho*, nº 64, 1982.
- GRAMSCI, Antonio (1929-1935), *Quaderni del carcere*, 4 vols. Edit. Einaudi, Turín, 1975. [Trad. Cuadernos de la Cárcel, Edit. Era, México, 1981]
- , *Cuadernos de la Cárcel. Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado Moderno*, Juan Pablos Editor, México, 2009.
- GRIFFIN, Stephen M., *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1996.
- GUASTINI, Riccardo, "Sobre el concepto de Constitución", en *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nº 001, 1999, UNAM.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Edit. Trotta, España, 1998.
- , *Historia y Crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1981.
- HAYEK, Friedrich August, *The Constitution of Liberty: the definitive edition*, The University of Chicago Press, University of Chicago, 2011.
- , *The Road to Serfdom*, Londres, 1944.
- HEGEL, Friedrich, *Diferencias entre los sistemas de filosofía de Fichte y Schelling*, Edit. Tecnos, España, 1990.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado. Teoría política*, ed. 39, Edit. Porrúa, México, 2005.

- HERMOSA ANDUJAR, Antonio, “El camino de Rousseau. De la democracia directa a la democracia representativa”, en *Revista de estudios políticos*, España, Nº 50, 1986, págs. 101-142.
- JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*.
- KAUFMANN, Bruno, *Guía de la democracia directa, en Suiza y más allá*, Instituto para la Iniciativa y el Referendo en Europa (IRI), Ginebra-Bruselas, 2008.
- KELSEN Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1988.
- , “Il fondamenti della democrazia”, en *La democrazia*, Edit. Il Mulino, Bolonia, 1998.
- , *Esencia y valor de la democracia*, Edit. Nacional, México, 1980.
- , *Esencia y valor de la democracia*, México, Colofón, 1977.
- , *La democrazia*, Edit. Il Mulino, Bolonia, 1984.
- , *Teoría General del Estado*, 5ta ed., Edit. Coyoacán, México, 2015.
- , *Teoría general del Estado*, Edit. Labort, Barcelona, 1934.
- KENT, James, *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América*, Trad. J. Carlos Mexía, México, 1878.
- LINZ, Juan y STEPAN, Alfred, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South American and Post-Communist Europe*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1996.
- LOCKE, John, *Dos ensayos sobre el Gobierno civil*, Colección Austral, Espasa-Calpe, Madrid, 1991.
- LOVELAND, Ian, *Constitutional Law, Administrative Law and Human Rights (A Critical Introduction)*, 4.ª ed., Oxford-New York, Oxford University Press, 2006.
- MACÍAS PICAVELA, Ricardo, *El problema nacional. Hechos, causas y remedios (1899)*, Seminarios y Ediciones, Madrid, 1972.
- MACPHERSON, Crawford Brough, *La democracia liberal y su época*, Edit. Alianza, España, 1982.
- MAIR, Peter, *Party system change. Approaches and Interpretations*, Oxford, Oxford University Press, 1997.
- MAIR, Peter, y ZIELONKA (eds.), *The Enlarged European Union: Diversity and Adaptation*, Edit. Frank Cass, Londres, 2002.
- MANIN, Bernard, *Principes du gouvernement représentatif*, Edit. Calmann-Lévy, París, 1995; *Los Principios del gobierno representativo*, Edit. Alianza, Madrid, 1998.
- MANZELLA, Andrea, *Il Parlamento*, Edit. Il Mulino, Italia, 1977.
- MARCUSE, Herbert, *Un ensayo sobre la liberación*, Joaquín Mortiz, México, 1968.
- MARTÍN DE LLANO, María Isabel, *Aspectos constitucionales y procesales de la inmunidad parlamentaria en el ordenamiento español*, Dykson, España, 2010.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel, *Privilegio Discutido: La Inmunidad Parlamentaria en Derecho Español*, Cuadernos del Senado, España, 2004.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “El amplio margen de libertad en el uso de los privilegios parlamentarios y su incidencia sobre los derechos fundamentales”, en *REDC*, nº 11, 1984.
- MATTEUCCI, N., “Le radice striche della Costituzione e i nuovi problema di libertà”, en *Aa Vv.*, *La Costituzione Italiana: i principi, la realtà*, Milán, 1977.
- MAYER, Otto, *Derecho Administrativo Aleman (1904)*, Trad. H. H. Heredia y E. Krotoschin, Vol. I, Edit. De Palma, Argentina, 1982.

- McILWAIN, Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern (1947)*, Bolonia, 1990.
- MELOSSI, Darío, *El Estado del control social*, Edit. Siglo XXI, México, 1992.
- MICHELS, Robert, *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*, Vol. 1, Edit. Amorrortu, Argentina, 2001.
- MOHRHOFF, F., "Camera dei Diputati", en *Novísimo Digesto italiano*, II, 3ª ed., Torino, Az-Cas., 1957.
- MONTESQUIEU, *El Espíritu de las leyes*, Introd. E. Tierno Galván, Trad. M. Blázquez y P. Vega, Edit. Tecnos, Madrid, 1987.
- MORA-DONATO, Cecilia Judith, "Instrumentos constitucionales para el control parlamentario", en *Cuestiones Constitucionales*, UNAM-IIJ, México, N° 4, enero-junio, 2001.
- , *Las comisiones parlamentarias de investigación como órganos de control político*, UNAM-Cámara de Diputados, LVII Legislatura, México, 1998.
- MORTATI, Constantino, *Le forme di governo*, CEDAM, Padua, 1973.
- NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Edit. Gedisa, España, 1997.
- O'DONNELL, Guillermo, *Disonancias. Críticas democráticas a la democracia*, Edit. Prometeo, Argentina, 2007.
- OPPENHEIM, Felix E., *Political Concepts: a Reconstructions*, Edit. Basil Blackwell, Oxford, 1981.
- ORTEGA REYNA, Jaime, en reseña a Moisés Ostrogorski, "La democracia y los partidos políticos", en *Polis. Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, Vol. 6, N° 1.
- OSTROGORSKI, Moisés, *La démocratie et les partis politiques*, Edit. Calmann-Levy, París, 1902; *La democracia y los partidos políticos*, Edit. Trotta, España, 2008.
- OTERO PARGA, Milagros, "División de Poderes. Antes y ahora", Boletín de la Facultad de Derecho, UNED, España, N° 12, 1997.
- PAINE, Thomas, *Il diritto dell'uomo e altri scritti politici*, Editori Riuniti, Italia, 1978.
- PASQUINO, Gianfranco, "Democracia, Elecciones, Partidos", en *La Democracia en nueve lecciones*, Ed. De Michelangelo Bovero y Valentina Pazé, Edit. Trotta, España, 2014.
- PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, *El control del gobierno: Función del Poder Legislativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 1996.
- PORTERO GARCÍA, Luis, *Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias*, Málaga, 1979.
- PUNSET BLANCO, R., *Las Cortes Generales*, Madrid, 1983, p153; y *Estudios Parlamentarios*, Madrid, 2001.
- RAZ, Joseph, "El Estado de Derecho y su virtud", en CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano y VÁZQUEZ, Rodolfo (Coordinadores), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Edit. Siglo XXI, México, 2002.
- RECORDER DEL CASO, Emilio, "Comentario al Artículo 71 de la Constitución", en *Comentarios a la Constitución dirigidos por Garrillo Falla*, Madrid, 1987.
- REYNA LARA, Mauricio, *El Estado Democrático de derecho en México y sus mecanismos de participación ciudadana. Análisis desde el derecho comparado*, Edit. Porrúa, México, 2010.



- ROSANVALLON, Pierre, *Il popolo introvabile. Storia della rappresentanza democratica in Francia*, Edit. Il Mulino, Bolonia, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “La Constitución como fuente del derecho”, en *La forma del poder*, Madrid, 1985.
- , “Parlamento y representación política”, en *Primeras Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, 1985.
- , *La forma del poder (estudio sobre la constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *El Constitucionalismo democrático en tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado Constitucional democrático y social*, IJJ-UNAM, México, 2005.
- , *Libertad Civil e Ideología Democrática. De la conciliación entre democracia y libertad a la confrontación Liberalismo-Democracia*, IJJ UNAM, México, 2008.
- , *Reforma vs. Revolución. Consideraciones desde la Teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*, Edit. Porrúa, México, 2013.
- RUIS, Mercè, “El ciudadano sin atributos”, en *Democracia sin ciudadanos. La construcción de la ciudadanía en las democracias liberales*, Ed. Victoria Camps, Edit, Trotta, España, 2010.
- RUSSELL, Bertrand, *Los caminos de la libertad; el socialismo, el anarquismo y el sindicalismo*, Aguilar, Madrid, 1961.
- SAAVEDRA GALLO, Pablo, “Privilegios personales de carácter jurisdiccional y procesal en materia penal”, en *RUDP*, nº 0, 1988.
- SALAZAR UGARDE, Pedro, *La Democracia Constitucional*, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 2011.
- SALVADORI, M., *Democracia liberal. Una respuesta liberal a los enemigos de la libertad*, Edit. Índice, Buenos Aires, 1962.
- SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel, “Control parlamentario y minorías”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 88, abril-junio, 1995.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El poder Constituyente*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1975.
- SANTSCHY, *Le Droit Parlementaire en Suisse et en Allemagne*, Neuchâtel, 1982.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la Democracia?*, Edit. Taurus, México, 2004.
- , *Democrazia, Cosa è*, Edit. Rizzoli, Milán, 1993.
- SARTRE, Jean-Paul, *Los caminos de la libertad*, Edit. Losada, Buenos Aires, 1948.
- SASTRE ARIZA, Santiago, “Sobre el papel de la ciencia jurídica en el Estado Constitucional (Notas al comentario de Antonio Peña Freire)”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, España, Nº 35, 2001.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, 1983.
- , *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1934.
- SIYÈS, Emmanuel-Joseph, “Essai sur les privilèges”, en *Écrits politiques, Choix et présentation de ZAPPERI*, Roberto, EAC, París, 1985.
- , *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Edit. Alianza, España, 2003.

- , *Escritos y discursos de la Revolución*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1990.
- , “Qu'est-ce-que le Tiers État?”, en Giovanna Troisi Spagnoli (ed.), *Opere e testimonianze politiche*, Edit. Giuffrè, Milán, 1993.
- SUMMERS, Robert, “Los principios del Estado de Derecho”, en CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano y VÁZQUEZ, Rodolfo (Coordinadores), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, Edit. Siglo XXI, México, 2002.
- SURLESE, Laura, *Il Re e i Lords nel Parlamento medievale inglese*, cit. Cap. VIII.
- TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, V. I, Bolonia, 1976.
- TILLY, Charles, *Democracy*, Edit. Akal, España, 2010.
- TRAVERSA, J., “Immunità parlamentare”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XX (Ing-Inch), Milán, 1970.
- TUDELA ARANDA, JOSÉ, *El Parlamento necesario, Parlamento y democracia en el siglo XXI*, Congreso de los Diputados, Madrid, España, 2008.
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, UNAM-EDIAR, Argentina, 2005.
- VALDÉS SÁNCHEZ, Clemente, *La Constitución como instrumento de dominio*, Editorial Coyoacán, México, 1996.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, “El Principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional”, en *REP*, N° 43, enero-febrero 1985, España, pp. 45-65.
- , *Estudios Político Constitucionales*, IJ UNAM, México, 1987;
- , *La Reforma Constitucional y la Problemática de Poder Constituyente*, Edit. Tecnos, España.
- VIANA BALLESTER, Clara, *Inmunidades e inviolabilidades: naturaleza jurídica y concepción dogmática. Especial referencia a la inviolabilidad parlamentaria*, Congreso de los Diputados, serie monografías, número 84, España, 2011.
- VYSHINSKY, Andrei Y., *The law of de Soviet State*, Longsmans, Green and Co., Londres, 1946.
- WEBER, Max, “La política como vocación”, en *El Político y el Científico*, Edit. Alianza, España, 1991.
- WONG MERAZ, Víctor Alejandro y CABANAS VEIGA, Manuel, “Los Derechos Sociales como límite de la Reforma Constitucional, un análisis desde su concepto y la teoría de la Constitución”, en *Derechos Humanos. Realidades y Desafíos*, Edit. vLex, México, 2016.
- WONG MERAZ, Víctor Alejandro, *Constitución Mexicana. Reforma y Mutación*, Edit. Porrúa, México, 2010
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El Derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trad. Marina Gascón, 7ª ed., Edit. Trotta, España, 2007.
- , *Le immunità parlamentari. Natura e limiti di una garanzia costituzionali*, Turín, 1979.
- ZANGARA, A., “Prerogative Costituzionali (Notazioni e spunti)”, en *Scritti in onore di G. Ambrosini*, III, Milán, 1970.



*Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*

ISSNe: 2530-6324 || ISSN: 1138-039X

**Ana María Neira Pena**, Secretaria del Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

**CERTIFICA:**

Que Víctor Alejandro Wong Meraz y Christian Yair Aldrete Acuña, ha presentado un artículo en coautoría titulado “Aforamientos e inmunidades estudio comparativo de las garantías parlamentarias en México y España”, que ha sido aceptado para su publicación en el Vol. 22 (2018) del Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña

Y para que así conste a los efectos oportunos firmo el presente escrito en A Coruña a 17 de julio de 2018.

Firmado. Prof. Dra. Ana María Neira Pena

Secretaria do AFDUDC