

LA SEGURIDAD JURÍDICA A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO

Miguel Ángel SUÁREZ ROMERO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Origen y concepto de la seguridad jurídica*. III. *Clases de seguridad jurídica*. IV. *Dimensiones de la seguridad jurídica y su reflejo en los derechos fundamentales*. V. *La seguridad jurídica en relación con el poder*. VI. *La seguridad jurídica en relación con el propio Derecho*. VII. *La seguridad jurídica en relación con la sociedad*. VIII. *Ley, legalidad y seguridad jurídica*. IX. *Conclusiones*. X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

EL PRESENTE trabajo tiene como objeto principal el tratamiento de la seguridad jurídica, como valor superior del ordenamiento jurídico que trasladado a la Constitución se convierte en un derecho fundamental. Conscientes de la amplitud que un tema de tal envergadura acarrea, nos limitaremos a exponer algunas ideas generales que sobre la seguridad jurídica ha elaborado la teoría jurídica contemporánea, siempre a la luz de su construcción normativa que como derecho fundamental o garantía constitucional mantiene en el derecho positivo.

Por lo anterior, la investigación se centrará en un primer lugar a desenrañar el origen y surgimiento de la seguridad jurídica en la historia. De ahí, incidiremos en el aspecto conceptual de nuestro objeto de estudio, a efecto de poder presentar un concepto que nos permita entender y caracterizar lo que actualmente es designado bajo el nombre de “seguridad jurídica”.

De ahí pasaremos al análisis de las clases de seguridad jurídica que pueden establecerse, incidiendo en la seguridad jurídica subjetiva que se traduce

* Licenciado en Derecho, con *mención honorífica*, por la Universidad Nacional Autónoma de México; Doctor en Derecho, *sobresaliente cum laude por unanimidad*, en la Universidad Carlos III de Madrid; y, Profesor Titular A, medio tiempo, de la Facultad de Derecho de la UNAM.

directamente en forma de garantías constitucionales. Enseguida trataremos el tema de las dimensiones de la seguridad jurídica en virtud de las relaciones que mantiene con diversos factores, entre los que destacamos el Poder, el mismo Derecho y la sociedad con especial referencia al Ordenamiento jurídico mexicano.

Finalmente, abordaremos el tema de la Ley que como principal fuente del Derecho implica en sí misma un grado de seguridad jurídica, con la finalidad de aterrizar en el principio de legalidad que representa una de las principales garantías de seguridad jurídica en el Estado de Derecho.

II. ORIGEN Y CONCEPTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

Algunos autores han tratado de ver a Sócrates como precursor de la seguridad jurídica, derivado fundamentalmente del pensamiento vertido en el conocido diálogo platónico el *Critón*.¹ Como se sabe en dicho diálogo se presenta el juicio de Sócrates mediante el cual, siguiendo todas las formalidades esenciales del procedimiento ateniense, se le condena a muerte acusado de que corrompía a la juventud de aquella época a través de sus enseñanzas. Sócrates es consciente de que la sentencia es injusta, pues parte de una acusación falsa; no obstante, decide acatar dicho fallo negándose a huir pues la seguridad jurídica se basa en la obediencia al Derecho.²

Así lo entiende entre otros Villoro Toranzo, quien señala que en el pensamiento socrático la Justicia se plasma en tres principios básicos que son: el de orden y paz, el de certeza y el de seguridad jurídica. De acuerdo al primero la justicia no puede existir si no presupone de un orden pacífico; en atención al segundo la justicia no puede verificarse si no existe estabilidad y uniformidad en la aplicación de las leyes; y finalmente, de conformidad con el tercer principio, es decir, al de seguridad jurídica, la justicia no es dable si no se obedecen las decisiones de los tribunales.³

¹ Para ello, véase PLATÓN, *Diálogos Socráticos*, estudio preliminar de Ángel Vassallo, México, Cumbre, 1980, pp. 43-60.

² Sobre la obediencia al Derecho ha dicho Bertrand Russell que: “El respeto por la ley es una condición indispensable para la existencia de cualquier orden social tolerable”, RUSSELL, B., *Autoridad e individuo*, trad. de M. Villegas, México, Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 108. De igual forma, sobre la obligación moral, política y jurídica de obedecer al Derecho, véase FERNÁNDEZ, E., *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 57 y ss.

³ Vid. VILLORO TORANZO, M., *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1990, pp. 26-27.

No obstante lo anterior, existen diversas opiniones entre las que podemos destacar la del profesor Gregorio Peces-Barba, quien afirma que la seguridad jurídica es, como otros, un concepto histórico que adquiere verdadera importancia y relieve en la modernidad. Se generará a partir de un monismo ideológico y por una rigidez social que vino a poner fin a la pluralidad medieval que constituía su antítesis. El Estado liberal será la expresión más pura de esta seguridad jurídica, que originalmente se manifiesta a través del iusnaturalismo racionalista pero que se trasladó al campo positivista con las nociones de sistema y con la tendencia codificadora.⁴

Tal vez, en nuestra opinión, se trata de una reaparición o más bien de un nuevo planteamiento del principio de seguridad jurídica en la modernidad, que vendría a ser garantizado por la ley como expresión de la voluntad general.⁵ Y hablamos de una reaparición de la seguridad jurídica en virtud de que, como antes hemos dicho, ya desde tiempos antiguos esta necesidad se hizo patente entre los griegos y el medio para alcanzarla fue precisamente la ley, que ya “era ensalzada por aquella generación como el fundamento único de la ‘seguridad’ y el ‘crédito’ (en todos los sentidos que la palabra tiene) en la vida pública como en la privada”.⁶

Aquí, evocando las palabras de Benjamín Constant, quien nos hablara de una libertad de los antiguos y una libertad de los modernos; podríamos también distinguir entre una seguridad jurídica de la antigüedad y otra de la edad moderna. A nuestros efectos, podemos afirmar que la seguridad jurídica entendida como valor superior del Ordenamiento jurídico, que se convierte en norma jurídica positiva en forma de Garantía Constitucional o Derecho Fundamental, debe tener sus orígenes en la modernidad puesto que es aquí donde se inaugura el auténtico Estado de Derecho.⁷ Y ello, debido a que

⁴ Vid. PECES-BARBA, G., “La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1990, pp. 216 y ss.

⁵ Vid. ROUSSEAU, J. J., *El Contrato Social*, trad. de R. Cardiel Reyes, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, Capítulo VI del Libro II, pp. 48-51.

⁶ JAEGER, W., *Alabanza de la Ley*, trad. de A. Truyol y Serra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, p. 54.

⁷ Entre las características generales que su vez constituyen exigencias básicas e indispensables de todo auténtico Estado de Derecho tenemos las siguientes: a) Imperio de la Ley: ley como expresión de la voluntad general; b) División de Poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial; y d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material. Para ello, puede verse concretamente DIAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 44-55.

nosotros aquí, mantendremos la postura de que los Derechos Fundamentales entre los que podemos destacar aquellos de seguridad jurídica, solamente se pueden reconocer y garantizar a través del Estado y mediante los cauces establecidos en la Norma Fundamental.

Ahora bien, dejando precisado los orígenes de la seguridad jurídica y acotando nuestro estudio a la seguridad jurídica de la modernidad, puesto que es aquí donde se puede hablar propiamente de Derechos Fundamentales, pasemos a la tarea de intentar conceptualizar dicha noción. Creemos conveniente partir de la idea de que la seguridad jurídica entraña una bondad intrínseca que posee todo Ordenamiento jurídico, en el sentido de que las normas que lo componen están preestablecidas y son perfectamente conocidas por sus destinatarios, lo cual coloca a estos últimos en una capacidad de predecir el ejercicio de los propios ór ganos de poder y su actuación frente a los demás sabiendo a qué atenerse.⁸ Dicha predicción se hace posible cuando las normas jurídicas tienen entre otros caracteres el de la publicidad, generalidad, claridad, posibilidad de ejecución, estabilidad, irretroactividad, coherencia y en donde, además, los jueces y demás encargados de aplicar las normas lo hacen de manera consistente y regular.⁹

Estamos ante la presencia de aquello que el propio Lon Fuller ha designado como una “moralidad legal” que puede, en un momento determinado, ser compatible con un concepto de Derecho en sentido positivista.¹⁰ Nos encontramos aquí ante el postulado de la moral interna del Derecho, que desde un punto de vista del positivismo jurídico defenderá la idea de que la norma jurídica del Estado de Derecho, considerada en su aspecto meramente formal encierra en sí misma el valor de la seguridad jurídica o si se prefiere de la certeza del Derecho.¹¹

Nos encontraríamos aquí, ante el intrincado problema de decidir si se verifica el valor de la seguridad jurídica por el sólo hecho de que el sistema jurídico sea eficaz, es decir, que las normas del sistema sean cumplidas sin

⁸ En forma muy general Manuel Atienza señala que: “La seguridad jurídica puede entenderse, en un sentido muy amplio, como la seguridad que nos proporciona el Derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y las consecuencias de dicha conducta”, ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 181.

⁹ Vid. FULLER, L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, pp. 33 y ss. De igual manera véase GARCÍA MANRIQUE, R., “Acerca del valor moral de la seguridad jurídica”, en *Doxa*, No. 26, Alicante, 2003, pp. 477 y ss.

¹⁰ Vid. FULLER, L., *The Morality of Law*, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

¹¹ Para ello véase ESCUDERO ALDAY, R., *Positivismo y moral interna del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 501 y ss.

más.¹² Ante ello, el maestro García Máynez, nos dice que la efectividad de un Ordenamiento jurídico no implica necesariamente que haya seguridad, porque nos podríamos encontrar ante un Ordenamiento injusto. Por ello, agrega el citado maestro que la eficacia de un Ordenamiento que engendra confianza en el mismo, sólo puede traducirse en seguridad jurídica cuando se hacen coincidir las notas de vigencia, justicia y eficacia de dicho sistema de normas jurídicas. En palabras del mismo autor, “un orden sólo es valioso cuando realiza eficazmente los valores que le dan sentido”.¹³

Lo anterior, nos permite distinguir dos conceptos de la seguridad jurídica, uno en sentido formal y otro en sentido material. Así, se habla de seguridad jurídica en términos formales porque en sí misma no debe exigir ningún tipo de contenido, sino simplemente debe implicar “regularidad estructural y funcional en la estructura y aplicación de las normas jurídicas e, igualmente, ausencia de arbitrariedad en los actos de creación y aplicación de dichas normas”.¹⁴ La seguridad jurídica en sentido material, podríamos enmarcarla en la acepción anteriormente apuntada y defendida por Eduardo García Máynez, es decir, como el estado jurídico por virtud del cual se “garantiza la eficacia normal de un conjunto de prescripciones justas”.¹⁵

A nuestro modo de ver, la seguridad jurídica como concepto histórico que evoluciona, puede explicarse desde la propia concepción dualista que concibe a los derechos fundamentales como una pretensión moral justificada, que se hace norma jurídica positiva al incorporarse en la Constitución, la cual, al establecer los mecanismos de defensa y de garantía de los mismos la hace a su vez efectiva.¹⁶ El profesor Peces-Barba en esta evolución de la seguridad jurídica, nos dice que ésta “es hoy justicia formal y justicia material, es libertad más igualdad o libertad igualitaria”.¹⁷ Así, el mismo autor español, definirá a la seguridad jurídica como “un valor procedimental

¹² Aquí tendríamos que distinguir, tal como lo hace Liborio Hierro, la eficacia de las normas como simple cumplimiento de su eficacia como aplicación y como éxito, para lo cual puede verse HIERRO, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 71 y ss.

¹³ GARCÍA MÁYNEZ, E., *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1994, p. 479.

¹⁴ ARCOS RAMÍREZ, F., *La Seguridad Jurídica. Una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 34.

¹⁵ GARCÍA MÁYNEZ, E., *Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 481.

¹⁶ Sobre la concepción dualista de los derechos fundamentales véase ASÍS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 11 y ss.

¹⁷ PECES-BARBA, G., “La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho” *op. cit.*, p. 221.

que pretende crear las condiciones mínimas para la existencia de la libertad moral, a través de una libertad de elección, garantizada frente al temor y a la violencia de los demás”.¹⁸

Finalmente, para concluir este apartado, consideramos oportuno señalar que la concepción de la seguridad jurídica que hemos aquí expuesto, es perfectamente compatible con aquella otra que la explica como derecho público subjetivo, oponible frente a cualquier acto de autoridad proveniente de órganos estatales. En este sentido el maestro Ignacio Burgoa definiría a las garantías de seguridad jurídica, como “el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos”.¹⁹

Y decimos que no se opone al concepto que aquí hemos asumido sobre la seguridad jurídica, en el sentido de que se habla de certeza en el Ordenamiento que previamente ha establecido diversos derechos subjetivos a los individuos, aunque en definitiva sí restringe su concepto a esa idea de certeza con relación a los actos de los poderes públicos que pretendan afectar válidamente a los gobernados. Mientras que, la concepción general por la que hemos optado contemplaría la misma certeza y confianza en el Ordenamiento, pero no solamente respecto de aquellos actos que ejecuten los órganos del Estado, sino de cualquier conducta o comportamiento que el individuo realice frente a la sociedad en su conjunto.

III. CLASES DE SEGURIDAD JURÍDICA

Una vez que hemos analizado el problema del origen y del concepto de la seguridad jurídica y establecido por cuál hemos optado, pasemos ahora a la tarea de establecer si dicha seguridad es posible clasificarla en algunas especies; y, además, si la seguridad solamente es vista o estudiada desde una perspectiva, o si bien puede ser entendida y analizada desde diversas dimensiones.

A efectos de clarificación lingüística y para evitar problemas de ambigüedad terminológica, nosotros distinguiremos entre clases y dimensiones de la seguridad jurídica, aunque como veremos algunos autores y de diversas

¹⁸ PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, BOE, 1995, p. 246.

¹⁹ BURGOA, I., *Las Garantías Individuales*, México, Porrúa, 2003, p. 504.

tradiciones suelen utilizar dichas expresiones indistintamente. En primer lugar, emplearemos la expresión “clases de seguridad jurídica”, para referirnos a las especies que de la misma pueden identificarse y que manteniendo los caracteres de su género presentan una diferencia sólo entre sí mismas. En segundo término, utilizaremos la expresión “dimensiones de seguridad jurídica”, para referirnos a las diferentes perspectivas desde la que puede ser estudiada y que pueden corresponderse con cualquiera de sus clases o especies.

En este sitio, entraremos al tratamiento del primero de los aspectos que hemos apuntado de manera general, afirmando que fundamentalmente pueden destacarse dos clases de la seguridad jurídica y que son: la objetiva y la subjetiva. Así lo percibe y apunta, aunque con ambigüedad terminológica, el profesor Pérez-Luño cuando nos dice que puede advertirse “en determinados empeños doctrinales del presente propósito el rebasar la tradicional dimensión objetiva de la seguridad en cuanto elemento informador del ordenamiento jurídico, para extenderla a la esfera subjetiva de los derechos fundamentales”.²⁰

Para entender mejor esta distinción, debemos partir de la idea de que el Derecho como fenómeno eminentemente normativo, debe ser entendido y analizado desde dos puntos de vista: Derecho como norma jurídica aislada y Derecho como sistema u ordenamiento.²¹ Desde el primero de los aspectos señalados se estudia al fenómeno jurídico como norma, atendiendo primeramente a la caracterización de la misma, a los elementos que la constituyen y a las distintas clases de normas que se pueden distinguir. En cambio, el segundo de los aspectos que alude a la concepción del Derecho como ordenamiento jurídico, se refiere a todo el conjunto de normas que componen un determinado sistema, concretándose a la determinación en que adquieren validez cada una de las normas que constituyen dicho sistema, la forma y órdenes que intervienen en su creación, así como los mecanismos, criterios y entes encargados de aplicar e interpretar las normas.

En este orden de ideas la seguridad jurídica en sentido objetivo estará referida a la concepción del Derecho como sistema u ordenamiento, en virtud

²⁰ PÉREZ-LUÑO, A. E., *La Seguridad Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 48. Idea similar sostuvo García Máynez, cuando habla de dos formas de entender a la seguridad jurídica la primera que “consiste en la seguridad de orientación, o certeza del orden; la otra, en la seguridad de realización, o confianza en el orden”, GARCÍA MÁYNEZ, E., *Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 477.

²¹ Vid. BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, trad. de E. RozaAcuña, Madrid, Debate, 1996, pp. 153 y ss.

de que será ese orden el que determine la jerarquización de las normas, la forma y parámetros bajo los cuales pueden crearse las normas jurídicas e incorporarse válidamente en dicho sistema, indicando, además, las reglas bajo las cuales los órganos jurisdiccionales habrán de aplicar las normas jurídicas en la solución de los conflictos que les sean planteados y los criterios de interpretación que deben seguir.

En cambio, la seguridad jurídica en sentido subjetivo estará referida a cada norma del ordenamiento, que en forma particular establecerá las obligaciones, prohibiciones o permisiones que corresponden a cada sujeto de derecho, creando una esfera de confianza y certidumbre en el comportamiento que despliegue cada individuo en la realidad.²²

Por lo anterior, creemos que tiene razón el profesor Pérez-Luño en la referencia hecha a él líneas atrás, en el sentido que debe rebasarse el sentido meramente objetivo de la seguridad jurídica para llegar a su aspecto subjetivo que se concreta en un derecho fundamental o garantía constitucional, reconocida plenamente por una norma jurídica del más alto rango jerárquico. Aunque, desde nuestro muy particular punto de vista, dicha superación de la visión objetiva de la seguridad para llegar a la subjetiva, debe entenderse en un sentido de complementariedad de ambas clases.

Y lo antes dicho se justifica, en el sentido de que si la seguridad jurídica como valor superior del ordenamiento, cobra especial relevancia al momento de convertirse en distintas normas jurídicas positivas que reconocen diversos derechos fundamentales a los individuos; dichos derechos no serían efectivos si se careciera de la concepción objetiva de la seguridad que garantiza la estructura del Estado. Sólo a través de ella se establecen los órganos de dicha estructura, su competencia y la forma en que el legislador puede desarrollar los derechos reconocidos en la Constitución, así como el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales ante cualquier atentado o violación de las garantías. Es decir, sería vano contar con una serie de normas que establecieran los derechos y obligaciones de cada ente público o privado de la sociedad, si a su vez no se contara con las instituciones encargadas de hacer cumplir, incluso con el uso de la fuerza, las normas preestablecidas.

Es importante destacar en este punto, que la seguridad jurídica en sentido objetivo como la hemos aquí definido, permite hacer efectivos los demás valores superiores del Ordenamiento como son la igualdad, la libertad y

²² Vid. ADAME GODDARD, J., "Seguridad Jurídica", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo IV, México, Porrúa-UNAM, 1998, pp. 2885-2886.

la solidaridad que se traducen en derechos liberales y aquellos denominados sociales. A su vez, como ha quedado ya explicado la seguridad jurídica objetiva permite y posibilita la eficacia de la seguridad jurídica subjetiva traducida en distintos derechos fundamentales. En resumen, vista la seguridad jurídica en su doble aspecto tanto objetivo como subjetivo, podríamos concluir que la misma puede en pocas palabras entenderse como “tranquilidad, ausencia de temor y certeza frente al abuso del poder, en el propio sistema jurídico, y frente a la desesperanza que produce la insatisfacción de necesidades básicas”.²³

IV. DIMENSIONES DE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y SU REFLEJO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como hemos señalado con anterioridad, cuando hablamos de las dimensiones de la seguridad jurídica, nos estamos refiriendo a las diversas perspectivas desde las que puede ser estudiada. Estas dimensiones se encuentran vinculadas fundamentalmente a las distintas relaciones que guarda la seguridad jurídica, con los aspectos que permitirán cristalizar esa confianza y certeza en los individuos que están sometidos a las normas de un determinado sistema jurídico. Esos aspectos se refieren esencialmente al Poder como ente de creación y aplicación de las normas, al Derecho puesto que las normas deben adquirir ciertas características y a la Sociedad debido a que las normas regulan relaciones entre sujetos en donde se debe garantizar la convivencia pacífica.²⁴

A este respecto, queremos señalar que por lo que se refiere a las dimensiones de la seguridad jurídica, seguiremos en esencia la propuesta hecha por el profesor Gregorio Peces-Barba por lo que hace a su planteamiento teórico y conceptual; completando dicha exposición con referencias directas al Derecho positivo mexicano que nos ayudarán a clarificar su concepción. Así pues, entremos al tratamiento de cada una de las dimensiones planteadas en forma concreta y particular.

²³ PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, op. cit., p. 247.

²⁴ Así lo señala, entre otros, el profesor Peces-Barba cuando al respecto nos dice que: “La seguridad jurídica actúa en tres ámbitos y se desarrolla en principios, especialmente de organización y de producción normativa, y en derechos fundamentales. Podemos hablar de seguridad jurídica en relación con el poder, con el sistema jurídico y, por fin, con la sociedad”, PECES-BARBA, G. *et al.*, *Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 326.

V. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN RELACIÓN CON EL PODER

En este punto partiremos de la idea, generalmente aceptada, de que el Derecho y el Poder son inescindibles en virtud de que el primero depende necesariamente del segundo y viceversa, es decir, no se les puede concebir separadamente porque la explicación de un concepto implica necesariamente una referencia al otro.²⁵ En otras palabras, el Poder necesita del Derecho para constituirse formalmente y para que funcione limitadamente en un orden establecido; el Derecho requiere del Poder para que originalmente le permita existir y para que le auxilie en el cumplimiento de las disposiciones normativas incluso, si es necesario, con el uso de la fuerza institucionalizada.

Aquí nos referiremos concretamente a la seguridad jurídica que como valor superior del Ordenamiento, tendrá como finalidad el racionalizar e institucionalizar al Poder tanto en su origen como en su ejercicio. En el primero de los casos estaremos justificando el ¿Quién manda? y en el segundo ¿Cómo se manda? dentro de un Estado de Derecho plenamente establecido.

Atendiendo al primero de los aspectos mencionados, es decir, al Poder en cuanto a su origen, la seguridad jurídica se va a traducir en la certeza que tendrán los individuos, respecto de la identidad y competencia de cada uno de los órganos, instituciones, funcionarios y en general cualquier operador jurídico capaz de crear normas plenamente válidas. En esta dimensión de la seguridad jurídica en relación con el Poder en cuanto a su origen, podemos destacar aquellas normas constitucionales normalmente pertenecientes a la parte orgánica, que establecen cómo se compone el Estado en cuanto a órganos e instituciones determinando asimismo sus respectivas competencias.²⁶

²⁵ Es la idea en la que Norberto Bobbio diría que norma jurídica y poder deben ser consideradas como la cara y cruz de la misma moneda, añadiendo al respecto que el Poder sin Derecho puede ser ciego y el Derecho sin Poder vacío. Para ello, véase BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruíz Miguel, Madrid, Debate, 1990, pp. 355 y ss.

²⁶ En el derecho positivo mexicano, las normas constitucionales que hacen efectiva esta seguridad jurídica en su dimensión de relación con el Poder en cuanto a su origen, son el artículo 49 que consagra la división de Poderes; el artículo 73 que establece las facultades del Congreso de la Unión; los artículos 74 y 76 que establecen, respectivamente, las facultades exclusivas de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores; el artículo 89 que señala las facultades del Presidente de la República; el artículo 99 que establece las facultades del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; el artículo 104 que indica las facultades y competencias de los Tribunales de la federación; el artículo 115

Esta dimensión de la seguridad jurídica en relación con el Poder atendiendo a su origen, no solamente se identifica con una seguridad objetiva como confianza en el orden, sino que también puede traducirse en seguridad subjetiva en forma de derechos fundamentales. Entre tales derechos o garantías podrían destacarse el derecho al sufragio que consagra el artículo 35 fracción I de la Constitución y el derecho de participación política contemplado en el mismo artículo 35 en sus fracciones II y III. Estos derechos aunque son más bien concebidos como protectores de la libertad, se reflejan en seguridad jurídica en el sentido que lo venimos explicando, porque establecen los mecanismos que dan certeza sobre el ¿Quién manda? o ¿Quién debe mandar? en cada uno de los órganos del Estado.

En forma más contundente esta seguridad en su dimensión de origen del Poder, se cristaliza en el derecho fundamental a la jurisdicción, consagrado en el artículo 17 constitucional segundo párrafo, que garantiza al individuo la certeza de contar con un órgano estatal competente que defienda, proteja y tutele sus derechos ante cualquier intromisión o vulneración.²⁷

Ahora bien, esta seguridad jurídica en el ámbito del Poder pero ahora en cuanto a su ejercicio, puede desplegarse en otros derechos fundamentales como son “el derecho genérico a la seguridad o las llamadas garantías procesales y penales, que comprenden el derecho a un proceso justo, el derecho de defensa, el derecho a un procedimiento y a un juez preestablecido, el derecho a la legalidad penal y al *non bis in idem*”.²⁸ Nos estamos refiriendo concretamente a los derechos consagrados en el artículo 20 constitucional apartado “A”, que establece las garantías del inculpado en todo proceso penal; el artículo 14 párrafo tercero, que consagra el principio de legalidad en materia penal; y, el artículo 23 de la propia constitución que garantiza que nadie puede ser juzgado por el mismo delito y la prohibición de absolver de la instancia.

que establece las facultades de los Ayuntamientos; el artículo 116 que establece los órganos, facultades y competencias de los Estados de la federación; y el artículo 122 que señala los órganos, facultades y competencias del Distrito Federal, entre otros.

²⁷ El artículo 17 constitucional, en su segundo párrafo, expresamente señala: “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”. Sobre la implicación de esta garantía de seguridad jurídica, véase BURGOA, I., *Las Garantías Individuales*, op. cit., pp. 635-639.

²⁸ PECES-BARBA, G., et al., *Curso de Teoría del Derecho*, op. cit., p. 327.

VI. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN RELACIÓN CON EL PROPIO DERECHO

Cuando hablamos de la seguridad jurídica en relación con el propio sistema u Ordenamiento, nos estamos refiriendo a aquella certeza y previsibilidad intrínseca que poseen las normas jurídicas positivas. Sin duda alguna, hacemos alusión a aquella idea ya mencionada de Lon Fuller sobre la “moral interna al derecho”,²⁹ retomada después por H.L.A. Hart quien nos habla de una fusión del principio de legalidad con la justicia, en el sentido de que las normas de un sistema jurídico deben reunir ciertos requisitos para que su cabal cumplimiento propicie confianza y certidumbre. El que fuera profesor de la Universidad de Oxford nos dice que: “Para que funcione un control social de este tipo, las reglas tienen que satisfacer ciertos requisitos; han de ser inteligibles y poder ser obedecidas por la mayoría y, en principio, no deben ser retroactivas, aunque excepcionalmente pueden serlo”.³⁰

En una labor de diferenciación entre la dimensión de la seguridad jurídica en relación con el Poder y otra en relación con el Ordenamiento jurídico, podríamos decir junto con Gregorio Peces-Barba que mientras la seguridad jurídica en la primera dimensión “pretende defendernos de los maleficios del poder, en este caso la seguridad en el Derecho segrega mecanismo jurídicos de autoprotección que pretenden defendernos de los maleficios del propio Derecho”.³¹ En otro sitio el mismo autor nos dice que se puede “hablar respectivamente de seguridad frente al Poder, para evitar el miedo y defenderse de la violencia, y de seguridad en el Derecho, para obtener certeza, para saber a qué atenerse, para evitar la arbitrariedad”.³²

En este sentido nos estamos refiriendo a aquellas normas que desde el propio Ordenamiento jurídico buscan crear un ambiente de certeza: primeramente, en cuanto a la creación, derogación y comienzo de la vigencia de las normas; en segundo lugar, pretenden crear dicha certeza en cuanto a la forma de la aplicación e interpretación de las normas por los órganos jurisdiccionales; y, finalmente, buscan la seguridad en cuanto a la forma de preservar y garantizar los derechos que otorga al individuo el propio sistema jurídico.

La certeza en cuanto a la creación y derogación normativas se traduce en una seguridad jurídica objetiva, que viene a garantizarse a través de un

²⁹ *Vid. Supra*, p. 4.

³⁰ HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 255.

³¹ PECES-BARBA, G., *et al.*, *Curso de Teoría del Derecho*, *op. cit.*, p. 328.

³² PECES-BARBA, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, *op. cit.*, p. 253.

procedimiento que establece la forma y mecanismos a través de los cuales las normas pueden incorporarse válidamente al Ordenamiento y además se determina el inicio de su vigencia.³³ Nos estamos refiriendo, en este caso, al procedimiento legislativo por virtud del cual se pueden crear normas jurídicas generales y abstractas. El procedimiento que comienza con la presentación de una iniciativa de ley por los que tienen derecho a la misma de conformidad con el artículo 71 de la Constitución; prosiguiendo, de conformidad con el artículo 72 de la misma norma fundamental con la discusión y aprobación de la iniciativa presentada por las Cámaras del Congreso de la Unión; hasta llegar a la sanción y la publicación por parte del Ejecutivo. De igual manera, tendrá que indicarse la iniciación de la vigencia de la norma, estableciéndose la existencia o no de una *vacatio legis*.

Lo anterior, garantiza a los individuos que se encuentran sometidos a las normas del Estado, esa certeza de saber con claridad y precisión el procedimiento para que una norma nueva pueda incorporarse al Ordenamiento o bien para que pueda modificarse o reformarse. Ello, implica necesariamente que sólo bajo ese riguroso procedimiento una norma puede crearse y adquirir validez en el sistema; además precisará el comienzo de la vigencia de la misma para determinar, a ciencia cierta, a partir de qué momento los individuos se encuentran vinculados y asimismo obligados por dicha norma.

En el mismo sentido objetivo de la seguridad jurídica y en su dimensión con relación al Ordenamiento, podríamos decir que entre la certeza de creación normativa y la certeza de interpretación normativa a la que más adelante nos referiremos, se encuentra el principio de jerarquía que otorga distinto rango y fuerza a las normas del Ordenamiento jurídico.³⁴

El citado principio, genera certidumbre y confianza en los destinatarios de las normas, en el sentido de que una Ley no podrá conculcar derechos o principios reconocidos en la Constitución, ni tampoco un Reglamento podrá ir más allá de lo dispuesto en la Ley de la cual emana. Este principio de jerar

³³ Sobre los conceptos de validez y vigencia de las normas mucho se ha escrito, pero aquí no entraremos a dilucidar cada una de sus implicaciones teóricas. Por ahora, bástenos con indicar que por validez se designa a la existencia y pertenencia de una norma al ordenamiento jurídico, en virtud de haber sido incorporada de conformidad con la norma fundamental. Para ello, véase KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo, Porrúa, 1998, pp. 23-28. La vigencia, en cambio, es la pertenencia actual y activa de una norma al ordenamiento, de manera que es potencialmente capaz de regular todas las situaciones subsumibles en su supuesto de hecho. Sobre el concepto de vigencia véase RISS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1997, pp. 60-65.

³⁴ Sobre esta construcción escalonada del orden jurídico y su jerarquía, véase KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, *op. cit.*, pp. 232 y ss.

quía se encuentra contenido en el artículo 133 de la Constitución Federal, que dispone que dicha Ley Fundamental es la que da validez al resto de las normas, quedando debajo de ella tanto los Tratados Internacionales como las Leyes Federales por requerir ambos, para ser plenamente válidos, estar de acuerdo con el contenido de la Norma Suprema. Así, la Constitución se convierte en criterio de validez formal y material del resto de normas que componen el sistema; además, el actual criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es que los Tratados Internacionales se encuentran en un nivel jerárquico superior al de las leyes federales.³⁵

Ahora bien, pasando a las normas que desde el propio Ordenamiento jurídico generan certeza en cuanto a la interpretación y aplicación del Derecho, estamos en la posibilidad de pasar de una seguridad objetiva a una subjetiva. Así, en cuanto a la interpretación de las normas realizada por los jueces, partiendo del criterio de que realizan una función activa en la creación del Derecho atribuyendo significado a las palabras de la Ley, dicha actividad debe estar regida por determinados criterios y cánones generales de interpretación, que permitan una discrecionalidad judicial pero que eviten acciones arbitrarias por parte de los órganos jurisdiccionales. Esto se traduce en algunos derechos fundamentales o garantías constitucionales concretas, como puede ser la norma general excluyente que impide la analogía en normas penales;³⁶ la norma general incluyente que si permite la analogía para llenar lagunas del ordenamiento;³⁷ así como los principios de jerarquía, cronológico y de especialidad que rigen para resolver las antinomias del sistema.

Por lo que se refiere a la aplicación de las normas del sistema, la seguridad jurídica en sentido subjetivo se traduce fundamentalmente en la garantía o principio de irretroactividad de la ley, consagrado en el artículo 14 primer párrafo que establece: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Según este principio se prohíbe una aplicación hacia el

³⁵ Vid. Novena Época. Instancia: Pleno, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: X, Noviembre de 1999, Tesis: P. LXXVII/99, Página: 46.

³⁶ Al respecto, el artículo 14 constitucional en su tercer párrafo establece en forma expresa: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. Sobre esta garantía de la exacta aplicación de la ley en materia penal, véase CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM, Porrúa, CNDH, 2005, pp. 670 y ss.

³⁷ El mismo artículo 14 de la Constitución, pero en su último párrafo dispone al respecto: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.

pasado de las normas (excepto las del derecho penal cuando son en beneficio del responsable), dando certeza a que permanecerán incólumes los derechos adquiridos bajo una ley aunque con posterioridad se modifiquen.³⁸

Por último, refiriéndonos a las normas tendentes a la preservación y garantía del propio Ordenamiento jurídico, pueden también traducirse en seguridad jurídica subjetiva (aunque también objetiva) en el derecho a los recursos o el principio de cosa juzgada, los cuales se desprenden de la garantía de audiencia o derecho al debido proceso legal, consagrado en el artículo 14 segundo párrafo de la Constitución cuando se refiere a “las formalidades esenciales del procedimiento”.³⁹ Y sin duda alguna, incluiríamos aquí al principal medio de garantía y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en México, que es el Juicio de Amparo reconocido en el artículo 103 fracción I de la Constitución Federal.⁴⁰

VII. LA SEGURIDAD JURÍDICA EN RELACIÓN CON LA SOCIEDAD

La seguridad jurídica entendida como una justicia formal que entraña certidumbre y previsibilidad de nuestras acciones, así como certeza en la conducta de otros entes (preponderantemente del Estado) en cuanto afectan intereses personales, se complementa con una justicia material que viene precisamente a afianzar y hacer efectivos otros valores superiores, que se encuentran reconocidos constitucionalmente en los derechos o garantías de igualdad y libertad. Así, lo hemos apreciado al analizar a la seguridad jurídica en sus dimensiones en relación con el Poder y con el propio Derecho, pues en general nos garantiza igualdad de trato frente al Poder y al momento de elegir los órganos que lo componen; y a su vez, el Ordenamiento jurídico

³⁸ Sobre el principio o garantía de irretroactividad de la ley, los derechos adquiridos y sus diversas teorías de interpretación, véase BURGEO, I., *Las Garantías Individuales*, op. cit., pp. 505 y ss. Del mismo modo puede verse CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., pp. 636 y ss.

³⁹ Sobre esto véase CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, op. cit., 656-664.

⁴⁰ Sobre este juicio de control constitucional, de todos los actos de autoridad que violen garantías individuales, por vía de acción y ante órgano jurisdiccional federal véase BURGEO, I., *El Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1994, pp. 145 y ss. Asimismo, véase nuestro trabajo y fundamentalmente la bibliografía ahí citada en SUÁREZ ROMERO, M. A., “Estudio comparativo de la protección jurídica de los derechos fundamentales: los casos de España y México”, en *Perspectivas del Derecho en México II*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002, pp. 87-123.

nos asegura la igualdad ante la Ley y el goce y garantía de las libertades fundamentales.

Si adoptáramos una posición en defensa de un modelo de Estado de Derecho liberal, bastarían las dos dimensiones estudiadas de la seguridad jurídica para hablar de un sistema de derechos fundamentales completo. No obstante, si pretendemos alcanzar los fines de un Estado de Derecho más exigente, que además de los valores de libertad, igual y seguridad jurídica asuma el de solidaridad en el que deban reconocer los derechos económicos, sociales y culturales, nos vemos obligados a tratar esta dimensión de la seguridad jurídica en relación a la sociedad.⁴¹

Esta dimensión de la seguridad jurídica como lo afirma Peces-Barba, “pretende eliminar el temor y crear con confianza, tranquilidad y esperanza en los más débiles y en los más desfavorecidos, porque no son abandonados ante los más fuertes y se asegura a cada persona una acción jurídica positiva para satisfacer las necesidades básicas. Es la seguridad frente a la desesperanza, es una seguridad solidaria frente al aislacionismo egoísta”.⁴²

La perspectiva de la certeza con relación a la sociedad se traduce directamente en seguridad jurídica subjetiva, pues se identifica con la garantía que limita la autonomía de la voluntad en los contratos de trabajo, siendo irrenunciables los derechos de los trabajadores que como mínimo otorga el artículo 123 constitucional. Se extiende esta dimensión a derechos presenciales con una intervención activa del Estado como sería el derecho a la salud contemplado en el artículo 4º párrafo tercero de la Constitución; o el derecho a la vivienda garantizado en el mismo precepto en su párrafo quinto.⁴³

⁴¹ Sobre los diversos modelos de Estado de Derecho: el restringido, estricto y amplio y los rasgos fundamentales que caracteriza a cada uno de ellos véase ASÍS ROIG, R., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 43 y ss. Con relación al paso o a la transición del Estado liberal al Estado social, se ha dicho enfáticamente que “el individualismo, así como el apoliticismo y neutralidad del Estado liberal de Derecho, no podía satisfacer la exigencia de libertad e igualdad reales de los sectores social y económicamente más deprimidos”, PÉREZ-LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 223.

⁴² PECES-BARBA, G., *et al.*, *Curso de Teoría del Derecho*, *op. cit.*, p. 330. Sobre el concepto de necesidades básicas en el contexto de un Estado Social de Derecho, véase ANÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

⁴³ En esta dimensión de la seguridad jurídica y siempre desde la perspectiva de un Estado social del Derecho, “el papel de los derechos fundamentales deja de ser el de meros límites de la actuación estatal para transformarse en instrumentos jurídicos de control de su

Incluso estaríamos ante la seguridad jurídica que nos garantiza el derecho universal a la educación, reconocido en el artículo 3º primer párrafo de la Constitución, así como la garantía del carácter laico de la educación que imparta el Estado y de su gratuidad. Todo ello en esa búsqueda de condiciones y necesidades básicas para todos, que pretende una igualación material de los más débiles de una sociedad que les posibilite ejercer plenamente sus libertades fundamentales.

VIII. LEY, LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

En este punto intentaremos abordar , aunque sea de manera sucinta, la estrecha relación que guarda la seguridad jurídica como valor superior del Ordenamiento con la ley entendida como expresión de la voluntad general y principal fuente del Derecho. Como hemos dicho antes, diversas normas de nuestra Constitución incorporan el valor de la seguridad jurídica ya sea en su aspecto objetivo o subjetivo; pero la Constitución como texto normativo primario que contempla los principios de organización del Estado y el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre, suele ser muy general en cuanto a su contenido mereciendo ser desarrollada a través de la Ley.

Por lo anterior, la Ley al ser la clase de norma que por excelencia desarrolla, amplía y establece mecanismos que hace efectivos los principios constitucionales, asimismo contribuye en gran medida a la verificación de la seguridad jurídica tanto objetiva como subjetiva. Ahora bien, en cuanto al concepto de Ley se refiere, podemos señalar varios que sobre la misma se han elaborado, aunque a nuestros efectos sólo destacaremos el concepto de ley en sentido formal y el de ley en sentido material.⁴⁴

Pues bien, según el jurista italiano Ricardo Guastini la Ley en sentido formal debe ser entendida como cualquier acto o documento que, independientemente de su contenido, proviene del órgano legislativo y por ese sólo

actividad positiva, que debe estar orientada a posibilitar la participación de los individuos y los grupos”, PÉREZ-LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, op. cit., p. 228.

⁴⁴ El profesor Carlos de Cabo adopta una división tripartita del concepto de ley a saber: ley en sentido formal, ley en sentido material y ley en sentido general en virtud de cada una de ellas pretende preservar, respectivamente, el valor de la libertad, seguridad e igualdad aunque a nuestro parecer esta última pueda reconducirse a un concepto material de ley. Sobre ello, véase DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el Concepto de Ley*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 27 y ss.

hecho goza de un peculiar y preponderante lugar en el Ordenamiento jurídico. Por otra parte, según el mismo autor, la Ley en sentido material refiere a cualquier acto o documento que, independientemente del origen del cual provenga, contiene normas generales y/o abstractas.⁴⁵

Como quedó asentado antes en una nota aclaratoria, la concepción de ley en sentido material en alguno de sus momentos originarios vino a hacer efectivo el principio de “seguridad jurídica”, aunque atendiendo a los caracteres tanto estructural como funcional de este valor, podemos colegir que la concepción material de ley más que refutar viene a complementar la formulada en términos meramente formales. Por ello, creemos que en la actualidad tanto el carácter formal como el material de la ley, contribuyen al logro de la plena efectividad de la seguridad jurídica tanto en su aspecto objetivo como subjetivo. Esto se hace comprensible porque desde el punto de vista estructural, la ley adquiere determinadas características que la convierten en una garantía de seguridad tanto para el buen funcionamiento de las propias estructuras como de los ciudadanos frente a estas.

Los rasgos que deben caracterizar a la ley para hacer efectiva esta seguridad jurídica, según el profesor Pérez-Luño son: el de “promulgación”, que se encuentra estrechamente vinculado al propio concepto formal de ley; en segundo término, estaría el carácter de “ley manifiesta”, es decir, la ley debe ser lo suficientemente clara y precisa de manera que no induzca a error a quienes la aplican; asimismo, tendrá que ser “plena” pues debe dar seguridad y certeza al ofrecer una respuesta a todos los conflictos de la convivencia humana; también, deberá ser “estricta” en razón de contener disposiciones generales y abstractas, lo cual hace que se le empiece a contemplar desde la óptica de ley en sentido material; y, finalmente, deberá ser “perpetua” para el efecto de que garantice esa estabilidad en el comportamiento humano acorde al Derecho.⁴⁶

Ahora bien, los dos sentidos del concepto de Ley que hemos dejado anotados así como los rasgos que deben caracterizarla, no solamente surten efectos para propiciar una seguridad objetiva de confianza en el orden, sino que también se refleja en una seguridad subjetiva a través del “principio de legalidad”.⁴⁷

Este principio de legalidad que también se entiende de diversas maneras al momento de conceptualizarlo, se traslada al terreno de la seguridad jurídica subjetiva en un derecho fundamental denominado en el sistema jurídico

⁴⁵ Vid. GUASTINI, R., *Le fonti del Diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 85.

⁴⁶ Vid. PÉREZ-LUÑO, A. E., *La Seguridad Jurídica*, op. cit., pp. 23-27.

⁴⁷ Vid. DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el Concepto de Ley*, op. cit., pp. 60 y ss.

mexicano “garantía de legalidad”. En la doctrina esta forma de entender el principio de legalidad implica una subordinación de todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) a las leyes generales y abstractas que determinan la forma y competencia de su ejercicio, cuya observancia y garantía se encuentra sometida al control jurisdiccional.⁴⁸

Este derecho o garantía de legalidad se encuentra reconocido en el artículo 16 constitucional en su primer párrafo, cuando expresamente dispone: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. En dicho artículo se contiene la garantía de legalidad *lato sensu*, que implica la sujeción de todas las personas tanto públicas como privadas a la Ley y al Derecho; así como la garantía de legalidad *stricto sensu* que garantiza a toda persona que, para ser afectada en su esfera jurídica por un acto de autoridad, dicho acto deberá revestir diversas formalidades entre las que destacaría el estar debidamente fundado y motivado en Ley.⁴⁹

En resumen, la Ley en su doble aspecto formal y material será capaz de generar con fuerza en los individuos, con relación a las conductas que tiene prohibidas o permitidas en sus diversas relaciones sociales. A su vez, conforme al principio de legalidad como garantía o derecho de seguridad jurídica, toda autoridad estará obligada a ceñir su actuación a la Ley y a fundamentar en la misma todo acto que tienda a afectar los derechos de cualquier persona.

IX. CONCLUSIONES

La seguridad jurídica es un valor que ha estado presente desde las sociedades políticas más antiguas, aunque se perfecciona y sobre todo se consolida como derecho fundamental en el Estado moderno. En ese contexto y en

⁴⁸ En esta concepción se incluye la legalidad en sentido lato y la legalidad en sentido estricto, pues como señala Ferrajoli la primera “exige solamente que sean predeterminados por ley los sujetos titulares y las formas de todo poder”; mientras la segunda, “requiere además que estén legalmente preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión”, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 2000, p. 856.

⁴⁹ Sobre estos aspectos de la garantía de legalidad véase a mayor abundamiento BERGOA, I., *Las Garantías Individuales*, *op. cit.*, pp. 589 y ss. De igual forma puede verse CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, *op. cit.*, pp. 695 y ss.

la actualidad debe entenderse a la seguridad jurídica como esa previsión, confianza y certeza que proporcionan las normas jurídicas y que tienen como finalidad hacer efectivos los valores de igualdad, libertad y solidaridad; es decir, la seguridad jurídica es justicia formal y material.

Esta seguridad jurídica puede ser de dos clases fundamentalmente: objetiva y subjetiva. En su sentido objetivo está referida a la certeza en el orden, determinando los criterios de producción normativa y las reglas de aplicación e interpretación de las normas jurídicas del sistema. En su aspecto subjetivo implica un ámbito de previsibilidad y certidumbre en el individuo en el sentido de saber a qué atenerse. Ambas clases de seguridad jurídica interactúan en forma complementaria una respecto de la otra.

La seguridad jurídica presenta diversas dimensiones, vinculadas a las distintas relaciones que mantiene con otros factores para cristalizar la confianza y certeza que persigue. Esas dimensiones son concretamente en relación con el Poder, con el mismo Derecho y con la sociedad.

En relación con el Poder, la seguridad jurídica entraña confianza tanto en su origen como en su ejercicio. En el primero de los casos organiza el establecimiento de órganos e instituciones facultadas para crear normas; refrendándose dicha seguridad jurídica en su aspecto subjetivo en los derechos de participación política y el derecho a la jurisdicción. En cuanto al ejercicio del Poder se identifica con las reglas y procedimientos de creación normativa para cada uno de los órganos estatales; trasladándose al plano subjetivo en las garantías procesales y penales, el derecho a la defensa, la garantía de estricta legalidad penal y la prohibición de absolver de la instancia.

La seguridad jurídica en relación al propio Derecho, se refiere a la certeza que desde el propio Ordenamiento se genere en la creación y derogación de las normas, en su aplicación e interpretación y en su preservación y garantía. Así, en cuanto a su creación se determinarán los procesos legislativos de creación normativa, el inicio de la vigencia de dichas normas y la jerarquía de cada una de las normas que componen el sistema jurídico. En cuanto a la aplicación e interpretación se garantizará su certeza mediante el principio de irretroactividad de la ley y los criterios de integración en materia civil y penal. Y, finalmente, atendiendo al aspecto de preservación y garantía del Ordenamiento se traduce en garantía de audiencia, formalidades esenciales del procedimiento, principio de cosa juzgada y el juicio de amparo como medio de protección de dichas garantías.

La Ley como principal fuente del Derecho y de desarrollo de los principios constitucionales garantiza, tanto en su aspecto formal como material, la seguridad jurídica en el Estado de Derecho. El principio y garantía de

legalidad que implica el sometimiento de todos los poderes públicos a la Ley, garantiza asimismo la seguridad jurídica de todos los gobernados en cualquier afectación a su esfera jurídica.

X. BIBLIOGRAFÍA

ADAME GODDARD, J., “Seguridad Jurídica”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo IV, México, Porrúa-UNAM, 1998.

AÑÓN ROIG, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ARCOS RAMÍREZ, F., *La Seguridad Jurídica. Una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000.

ASÍS ROIG, R., *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999.

_____, *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: Una aproximación dualista*, Madrid, Dykinson, 2001.

ATIENZA, M., *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001.

BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruíz Miguel, Madrid, Debate, 1990.

_____, *Teoría General del Derecho*, trad. de E. Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1996.

BURGOA, I., *El Juicio de Amparo*, México, Porrúa, 1994.

_____, *Las Garantías Individuales*, México, Porrúa, 2003.

CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005.

DE CABO MARTÍN, C., *Sobre el Concepto de Ley*, Madrid, Trotta, 2000.

DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998.

ESCUDERO ALDAY, R., *Positivismo y moral interna del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

FERNÁNDEZ, E., *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1994.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 2000.

FULLER, L., *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969.

GARCÍA MANRIQUE, R., “Acerca del valor moral de la seguridad jurídica”, en *Doxa*, N° 26, Alicante, 2003.

GARCÍA MÁYNEZ, E., *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1994.

- GUASTINI, R., *Le fonti del Diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993.
- HART, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- HIERRO, L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel, 2003.
- JAEGER, W., *Alabanza de la Ley*, trad. de A. Truyol y Serra, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.
- KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, Porrúa, 1998.
- PECES-BARBA, G., “La Seguridad Jurídica desde la Filosofía del Derecho”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1990.
- _____, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, 1995.
- _____, *et al. Curso de Teoría del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- PÉREZ-LUÑO, A. E., *La Seguridad Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991.
- _____, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1999.
- PLATÓN, *Diálogos Socráticos*, estudio preliminar de Ángel Vassallo, México, Cumbre, 1980.
- ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1997.
- ROUSSEAU, J. J., *El Contrato Social*, trad. de R. Cardiel Reyes, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.
- RUSSELL, B., *Autoridad e individuo*, trad. de M. Villegas, México, Fondo de Cultura Económica, 1949.
- SUÁREZ ROMERO, M. A., “Estudio comparativo de la protección jurídica de los derechos fundamentales: los casos de España y México”, en *Perspectivas del Derecho en México II*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002.
- VILLORO TORANZO, M., *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1990.

SUBSIDIARIEDAD EN LA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS TERRITORIALES

Francisco TORTOLERO CERVANTES*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El terreno previo a la subsidiariedad.* A) *Los avatares del Estado desde la óptica territorial.* B) *Un poder soberano circunscrito... pero no para siempre.* C) *Una noción de soberanía que cuadre con la subsidiariedad.* III. *Los jueces de la subsidiariedad.* A) *Criterios interpretativos al asignar competencias.* B) *Un juez facultado para evaluar fines.* C) *Una interpretación que no depende de formalismos jurídicos.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

LA FALTA DE INTERÉS que pudo suscitar el tema del reparto competencial entre los teóricos del federalismo tras la frustrada adopción referendaria del Tratado de la Unión Europea en 2008 parece retomar su cauce debido a los sucesos de las últimas semanas.¹ El reciente relanzamiento de este proceso de creación del texto constitucional comunitario, que dormía el sueño de los justos, parece regresar a uno de los debates

* Profesor de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho e Investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ El texto del proyecto de Constitución, tal como fue sometido al voto popular, parecía atípico por su extensión y la cantidad de temas que se incluyeron. Ese texto, denominado *Tratado Constitucional de la Unión Europea*, fue abortado tras el “no” al referéndum en sendas elecciones efectuadas en Francia y Holanda en 2005, la noción de subsidiariedad se pretendía incorporar al llamado “principio de atribución”, en la que también se incluía el principio de proporcionalidad como principios básicos del funcionamiento de la Unión; véase el art. I-11 del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, en *Diario Oficial de la Unión Europea*, año 47, 16 de diciembre de 2004, en <http://eur-lex.europa.eu>. Pero un repentino relanzamiento de las consultas respectivas en diversos países durante el segundo semestre de 2009 está también replanteando la importancia de esta cuestión en varios países de la zona Euro.

centrales que siguen causando escozor de buena parte de los actores políticos europeos, y que tienen que ver con la cesión de soberanía a favor de instancias gubernamentales de la Unión Europea.

En previsión de que esta cuestión renazca también dentro de los temas pendientes de reforma en nuestra desordenada agenda de adaptaciones constitucionales, haremos una revisión de la noción de subsidiariedad, para después apuntar algunas de las lecturas que han sido formuladas jurisprudencialmente por los tribunales encargados de interpretar la constitución en otros países. Concretamente, veremos de qué forma, este principio ha sido entendido por los tribunales encargados de arbitrar diferencias entre entidades centrales y subnacionales, apareciendo en ocasiones como instrumento político y menos como uno jurídico. Acaso la búsqueda deliberada de espacios de indefinición en el reparto de competencias puede apuntalar esta amplia noción como una justificación técnica de la creación de élites regionales y no de la verdadera distribución de competencias a favor de entidades que se encuentren más cerca del ciudadano.

En otro lugar,² sostuve que una noción compleja, como el principio de subsidiariedad, estaba siendo empleada de forma aproximada (por no decir incompleta, tergiversada o incorrecta) por algunos actores políticos mexicanos para esconder intereses de grupos económicos regionales, obedeciendo así a intereses políticos más que a razones jurídicas.³ En aquella ocasión me preocupaba el destino de una iniciativa senatorial de reforma al artículo 40 constitucional (inconclusa hasta este momento), consistente en la instauración del principio de subsidiariedad como eje rector del reparto de competencias entre la federación y los estados en los años por venir.

Para entender la forma en que los aplicadores del derecho de las democracias contemporáneas han entendido y moldeado herramientas técnicas de reparto de competencias, iniciamos esta colaboración describiendo los elementos jurídicos relevantes de la organización del Estado son en parte dependientes de la manera en que se interprete lo local frente a lo nacional (I).⁴ En un segundo momento, abordaremos la forma en que se empezó a

² Una segunda versión de este texto, en ASTUDILLO, César coord., *Memorias del VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional Local*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Veracruzana (en prensa).

³ En ese texto afirmaba que determinados grupos oligárquicos en regiones estratégicas parecían impulsar la adopción de este principio para contribuir a crear el fundamento jurídico para erigir blindajes en torno a sus emporios regionales.

⁴ PETERSON, John, "Subsidiarity: a definition to suit any vision?" *Parliamentary Affairs*, vol. 47, no. 1, January 1994, pp. 117-119.

moldear la idea de soberanía hasta refundarla en el Tratado de Maastricht, que acaso es el punto de arranque de la forma en que se han construido conceptos técnicos (como el de subsidiariedad) y la manera en que éstos se han inscrito en un marco más general de distribución territorial del poder (II). De este desarrollo, veremos en qué medida, los jueces de aquellos países parecen colocarse como árbitros del reparto competencial, y sus razonamientos, girando en torno a este criterio que se coloca en el vértice de la política y el derecho en Europa.

II. EL TERRENO PREVIO A LA SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiariedad surge como herramienta etiquetada (ideológicamente) desde su nacimiento. Fue planteado por primera vez en 1931, en el marco de la doctrina social de la iglesia católica, explicitada en la Encíclica *Quadragesimo anno*, del Papa Pío XI.⁵

El momento de suscribir este documento no es irrelevante, pues dos años antes, el mismo Papa había firmado el pacto del Vaticano con el gobierno pastiche de Benito Mussolini: los temores de la expansión del comunismo llevaban a la iglesia católica a plantear un frente sólido en unidades sociales que resistieran eventuales intentos de manipulación ideológica a partir de las regiones (que con frecuencia, podían antojarse antagónicas en épocas de la tensa calma del período de entre-guerras).⁶

En su forma prístina, se entiende entonces que frente a los intereses de los individuos, el poder del Estado *no debe* intervenir a menos que esto se justifique.⁷ Al transplantar este principio al ámbito constitucional del reparto de competencias territoriales, la autoridad central puede intervenir antes que la autoridad sub-nacional, pero únicamente si las tareas asignadas se ejercen con mayor pertinencia y de forma más inmediata al ciudadano.

⁵ DWEYER, Judith, *The New Dictionary of Catholic Social Thought*, Collegeville, Liturgical Press, p. 927; SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano: un análisis jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2008, pp. 45-52.

⁶ PETERSON, *cit.* n. 4, p. 116.

⁷ En realidad, un primer antecedente de este término se expresó en un sentido similar desde la encíclica *Mater et magistra*, de Juan XXIII; su primera aparición en el contexto europeo se encuentra la opinión del Primer ministro belga Leo Tindemans, implícito en el Reporte de la Unión Económica de 1975, *Supp. 5/75*, Bull. EC., en CASS, Deborah, "The Word that saves Maastricht? The principle of subsidiarity and the division of powers within the European Community", *Common Market Law Review*, no. 29, 1992, p. 1111.

A) *Los avatares del Estado desde la óptica territorial*

Desde que los europeos, en su afán de llevar a buen puerto el proyecto comunitario, optaron por hacer renunciaciones expresas a sus competencias nacionales a favor de instancias supranacionales, las lecturas tradicionales de los elementos del Estado se vieron obligadas a denunciar la aparente presencia de amenazas a la soberanía.⁸ Podemos adelantar que esos cuestionamientos no pueden esquivar un plano retórico desde el momento en que los Estados que componen la Comunidad Europea acordaron, entre todos, sobrepasar la conformación típica del Estado soberano. Para nadie es un secreto que la concepción del Estado-Nación, tan minuciosamente edificada durante el siglo XIX, se empezó a deslavar poco a poco, al menos desde el final de la Segunda guerra mundial.

Desde hace unos años, se han requerido nuevos planteamientos sobre las concepciones del *derecho*, el *Estado*, la *Comunidad* y la *Nación*. Las realidades de la construcción comunitaria europea han plegado los paradigmas tradicionales; el nuevo equilibrio entre política y derecho⁹ arroja la difícil tarea de encontrar una ecuación, en donde puedan caber los ejes de la reconstruida noción de soberanía.

La noción de poder (que se entiende inmersa en las cuatro entidades que acabo de referir) lleva siempre implícita la capacidad de fomentar o de prevenir un cambio; o bien, la capacidad de tomar decisiones que afectan a otras personas sin importar su aceptación o desacuerdo. Al debatir sobre la idea de soberanía, estamos en presencia, necesariamente, de una discusión en el plano del poder. Al fin y al cabo, se es soberano cuando se tiene la capacidad de mantener una decisión en última instancia.

Para entender la evolución del concepto de soberanía a raíz del de subsidiariedad, Neil MacCormick hace referencia a la necesaria distinción entre poder político y potestad legal (*political power* vs. *legal authority*).¹⁰ Siguiendo con esta distinción, el poder político implica una capacidad genérica de tomar decisiones que vayan en la misma dirección de los intereses

⁸ Sobre las fases subsecuentes entre el reporte de 1975 y Maastricht, véase en CASS, *cit.* n. 5, pp. 1113-1122.

⁹ Véase una formulación general en este sentido en RCQ, Jean, *Une Histoire de l'Etat en Europe: Pouvoir, Justice et droit, du Moyen Age á nos jours*, Paris, Presses de Science-Po (2009), pp. 535-555.

¹⁰ MACCORMICK, Neil, "Sovereignty, Democracy, Subsidiarity", *Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre Kybernetik und Soziologie des Rechts*, vol. 25, no. 3, 1994, pp. 281-282.

colectivos (algunos dirán del bien común) para entonces asegurar el reparto de los recursos económicos disponibles en una comunidad. En términos actuales, es pues el Estado el foco del ejercicio de este atributo. En cambio, la potestad legal es una manifestación particular de poder político que tiene que ver con las atribuciones conferidas a entidades estatales particulares, siendo tales actos de atribución contenidos en las leyes.

La potestad legal se refiere igualmente a la capacidad de resolver conflictos o de imponer sanciones a quienes no acaten lo dispuesto por dichas leyes. En esta segunda manifestación, la antes citada capacidad de fomentar o evitar cambios requiere necesariamente emanar de una autorización legal. Ahora bien, ningún régimen constitucional está exento de la aparición de actos que resulten legalmente inconsistentes por padecer algún vicio de invalidez legal. Pero también pueden existir decisiones de autoridades legalmente consistentes que terminen siendo política o socialmente inconsistentes. Es pues desde un punto de vista fáctico que podemos distinguir las dos manifestaciones del poder; es sólo a través de un proceso de asimilación, mejor llamado de legitimación, que la actuación del Estado puede llegar a considerarse efectiva a lo largo del tiempo.¹¹

Ahora bien, adelantábamos que un poder soberano es aquél que no admite poder o autoridad alguna por encima de él. De forma equivalente a la dualidad de las expresiones del poder, la noción de soberanía puede desdoblarse en dos manifestaciones. La soberanía política es sinónimo de poder en última instancia, que por esencia no puede quedar sujeto a limitaciones por parte de otro poder; la soberanía legal implica una autoridad legal que no puede ser contradicha por otra autoridad de mayor jerarquía. Encontramos entonces que estas lecturas de los elementos del Estado parecen conducir a reformulaciones. Y no es que los teóricos de la materia hayan estado inactivos en las décadas anteriores; es más bien que las nuevas realidades amenazan con rebasar los modelos que conocimos durante décadas. La subsidiariedad no ha escapado de estos replanteamientos, si bien, nos referimos a épocas que van atrás de la generación de quienes fueron nuestros profesores.

B) *Un poder soberano circunscrito... pero no para siempre*

Históricamente, los Estados militaron favor de una defensa irrestricta a la soberanía (acaso como forma de construir una idea artificial de nación, en peligro constante por las guerras e invasiones de segunda mitad del siglo XIX

¹¹ *Ibidem*, p. 283.

y principio del XX). Se consideró la soberanía debía erigirse en el atributo del Estado que fungía como base de la paz, la prosperidad y la expansión colonial del continente. Esa impresión se reafirmó al final de la Segunda Guerra, al ser ésta una época en la que vencedores y vencidos renacían de las cenizas con la consigna de lograr un acuerdo unánime e irremplazable: jamás otra guerra mundial.

No es casual que una colectividad, recién salida de un conflicto militar de tales dimensiones, se refugiara bajo el paraguas de esa comprensión particular de la soberanía: en medio de la crisis, un Estado debe ser capaz de afirmar que los órganos soberanos internos sean capaces de formar gobierno con los intereses propios a la colectividad.

Pero esta noción costó muchos conflictos y vejaciones entre quienes idearon la estructura de Estado con que contamos en la actualidad. Según la lectura imperante al menos hasta el final de la Segunda Guerra mundial, la soberanía necesitaba quedar circunscrita al territorio; la idea de soberanía traía consigo la de unidad nacional. El sistema normativo debía referirse entonces al ejercicio de funciones concretas (ejecutivas, legislativas y jurisdiccionales) en un ámbito territorial de validez determinado, y tales funciones se entendían encarnadas por mecanismos que aseguraran la aplicación de leyes en el mismo ámbito espacial. Con la expansión de algunos sistemas de reglas que no se refieren necesariamente a un ámbito estatal en particular (como el derecho internacional o el comunitario), el Estado requirió adecuarse y permitir la coexistencia de sus normas nacionales con aquellas que fueron creadas desde el exterior del Estado. De ahí que en años más recientes, esos primeros desarrollos se fueron adaptando, y dieron como resultado explicaciones que mencionamos sólo a título de ejemplo, como la de la “soberanía dual”.¹²

Pero para poder entender qué noción de legitimación del poder territorial fue la que logró adecuarse a la de subsidiariedad, necesitamos recordar que tradicionalmente, se ha entendido que un Estado soberano radica en un

¹² Esta noción ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana desde los años '90; consiste en el afán normativo de evitar que se desarrollen políticas de manera unilateral (desde el centro y sin tomar en cuenta a la periferia). Se trata además de una tendencia que parece haber impactado en el mundo europeo actual; tal como lo veremos más adelante, la intención de dar la decisión a las regiones se constituye como una de las consignas que inspiran el desarrollo del derecho comunitario, sobre todo a partir de Maastricht. Para una referencia a estas cuestiones véase en BALLBÉ, Manuel y MARTÍNEZ, Roser, *Soberanía Dual y Constitución Integradora: la reciente doctrina federal de la Corte Suprema norteamericana*, Barcelona, Ariel Derecho, 2003.

pueblo soberano. Pues bien, todas estas nociones dispersas fueron agrupadas durante la segunda posguerra en torno a las teorías de la democracia (llevadas éstas ya sea a un plano constitucional o a uno político). Sin entrar en el análisis de estas últimas, nos limitaremos a ilustrar la implantación de la subsidiariedad a partir de la forma en que la construcción comunitaria modeló el concepto de soberanía en preparación al punto de inflexión de la subsidiariedad, encarnado en la declaración de Maastricht en 1992.

Empecemos este trayecto por describir la espiral ascendente del activismo democrático (es decir, la enarbolada por ciudadanos que se saben capaces de participar en las decisiones colectivas en igualdad de circunstancias). La sobre-oferta de postulados ideológicos, que algunos arrivistas de la política anuncian como el fin de la historia, no buscó otra cosa sino chocar con la realidad del elitismo de las decisiones cotidianas (tomadas con frecuencia por personajes enigmáticos, en instancias alejadas del individuo promedio, como serían los ministerios, los consejos de ministros, los tribunales, las comisiones parlamentarias o los órganos de entidades supra-nacionales como la comunidad europea). Podríamos en este sentido alejarnos del triunfalismo de las democracias para analizar la cuestión desde el punto de vista del déficit democrático de toda colectividad que se vuelve compleja.

Pues bien, los europeos se dieron cuenta, desde hace unos cuantos lustros, que toda soberanía popular depende no sólo de crear mecanismos de renovación del poder que garanticen el voto de cada ciudadano; también implicaba dotar de derechos efectivos y de medios para hacerlos vinculantes. En un primer momento, la Convención Europea de Derechos Humanos fue aplicada (en la lógica de la subsidiariedad) dando preferencia a instancias nacionales

Las autoridades nacionales pueden libremente escoger cuáles de las medidas son apropiadas en cuestiones reguladas por la Convención. La jurisdicción de la Corte [europea] se relaciona únicamente con la conformidad de estas medidas con las formalidades impuestas por la propia Convención.¹³

En años más recientes, la protección de derechos observó una dinámica en sentido contrario, para imponer algunas limitaciones en las jurisdicciones nacionales, aunque con reservas. En otra sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, se afirmaba que su jurisdicción no podía intervenir

¹³ Del caso “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” vs. “Belgium”, sentencia de 23 de julio de 1968, Serie A, no. 6, párr. 10, *cit.* por SHELTON, Dinah, “Subsidiarity and Human Rights Law”, *Human Rights Law Journal*, vol. 27. no. 1-4, abril 2006, p. 9.

si la jurisdicción de un país hubiere omitido la aplicación de alguna regla de la Convención:

[...] duplicar el procedimiento interno con la Comisión y la Corte [Europea de Derechos Humanos] aparecería como poco compatible con el carácter subsidiario de la maquinaria protectora establecida por la Convención.¹⁴

Siguiendo con esta misma línea, en el caso en que un tribunal nacional estableciera que la Convención había sido transgredida, e incluso si hubiera impuesto medidas para resarcir a algún interesado por el incumplimiento, el papel de la Corte Europea sería sólo de constatar que la medida habría sido pronunciada por la instancia nacional.

La extensión del espectro protector de estos instrumentos que imponen sus acciones en detrimento de lo nacional parece poco visible en el espectro europeo (con excepción de los países que carecen de mecanismos para hacer cumplir los derechos consagrados en la Convención a través de alguna jurisdicción interna, como en el caso británico).

Fenómenos que se presentan en la actualidad, como el pluralismo jurídico (es decir, esa convivencia de reglas de distinta índole aplicables por instancias de diversas jerarquías) pudo dejar de considerarse una maraña normativa y competencial para irse convirtiendo en una ventaja del sistema; dependería ya del talento de los aplicadores de las normas el ir haciendo las combinaciones con las que, efectivamente, el individuo se sintiera cada vez mejor protegido frente a las amenazas exteriores.

Pero el reverso de la moneda también está presente cuando se entiende que esa soberanía popular puede entenderse como la opresión de un grupo (mayoritario) sobre otro. Y volvemos de nuevo al punto de partida.

El fin del paradigma de Estado soberano (tan anunciado en épocas del desmembramiento de la antigua Yugoslavia) trajo consigo una oportunidad que se pretendió capitalizar al instaurar, en Maastricht, la noción de subsidiariedad como elemento conector de todos los cabos sueltos que amenazaban a la construcción europea. Así, el pluralismo jurídico de reglas vigentes de muy distintas índoles (municipal o comunal; estatal o departamental; federal o nacional; comunitaria o regional; internacional) podría por fin ser definido según el arbitrio de quien detentara el poder en ese momento.

¹⁴ *Eckle v. Germany*, sentencia de 15 de julio de 1982. no. 51, serieA, en *Human Rights Law Journal*, no. 3, 1982, p. 303.

C) *Una noción de soberanía que cuadre con la subsidiariedad*

Al considerar las posturas mantenidas en estudios recientes, advertimos que la noción de subsidiariedad se explica por la necesidad que tienen los poderes públicos de “regular la atribución o el uso de la autoridad hacia dentro de las instancias políticas en aquéllos espacios en donde no exista una soberanía unitaria”.¹⁵ Para los autores que han tratado de entender las mutaciones sufridas por el principio de subsidiariedad, su construcción debe llevar implícito un equilibrio entre un enfoque procesal y uno sustantivo, donde respectivamente se tome en cuenta un criterio de eficacia frente a otro que identifique qué clase de intereses se vulneran con las intervenciones de los ordenes de gobierno subsecuentes.

En un primer extremo (procesal), podemos ilustrar la manera en que (p.e., dentro de las reglas de derecho comunitario), la intervención de la entidad supra-nacional dependa de las limitaciones fácticas de la entidad nacional de actuar (sea directamente o sólo en términos de cooperación) en la implementación de una regla de ese ámbito.¹⁶ En el extremo contrario (sustantivo), la competencia quedaría determinada por aquél ámbito del ejercicio del poder que demostrara ser el legítimamente más afectado por la decisión.¹⁷ Recientemente se ha tomado prestada la fórmula que Robert Alexy empleara para equiparar principios, de la que se derivó un “test de subsidiariedad”. Al tratar de emplearlo para determinar qué nivel de gobierno debe ejercer una competencia, topamos con un contenido estimativo que juega a favor del aplicador en función de la apreciación de pertinencia en el ejercicio de su función. Según esta prueba, no bastaría hacer una relación entre medios y fines de que dispone cada órgano de sendas esferas de competencia para determinar cuál de ellas debe actuar; debe además efectuarse una

¹⁵ FÖLLESDALL, Andreas, “Subsidiarity, Democracy and Human Rights in the Constitutional Treaty of Europe”, *Journal of Social Philosophy*, no. 37, 2006, p. 64.

¹⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 256.

¹⁷ POGGE, Thomas, *World Poverty and Human Rights*, p. 187, cit. por KOLERS, Avery, “Subsidiarity, Secession and Cosmopolitan Democracy”, *Social Theory and Practice: An International and Interdisciplinary Journal of Social Philosophy*, vol. 32, no. 4, October 2006, p. 661. Este último señala otro criterio por el cual se puede asignar una competencia a una instancia central o a una sub-nacional. Refiere en este sentido un criterio de “integración”, relacionado con la forma como los ciudadanos de un determinado territorio se sienten identificados y cercanos a los representantes de las esferas competenciales encargadas de tomar una decisión en diferentes niveles (*i.e.*, nacional vs. regional), *id.* p. 662.

estimación del tipo de necesidad que se pretende atender en cada caso.¹⁸ Una vez más, volvemos pues al predominio de un criterio político sobre uno constitucional.

La doctrina de la subsidiariedad requiere entonces la edificación de poder decisorio para a su vez ser redistribuido al nivel de gobierno más apropiado. Incluso se ha dicho que para alcanzar niveles óptimos de desarrollo democrático se requieren mecanismos de toma de decisión más cercanos al individuo.

Pero las apariencias también engañan: uno de los aspectos que más se han criticado durante las diversas fases de construcción de la Unión Europea ha sido la constante centralización de las decisiones hacia Bruselas, donde se encuentra la sede de la mayoría de las agencias gubernamentales del ámbito comunitario. Si bien, el declive de la soberanía lleva a replantear que desde estos tiempos recientes (cuya formalización fue representada por el Tratado de la Unión Europea —TUE—, firmado en Maastricht), el discurso debió modificarse para incluir elementos como “soberanía” y “subsidiariedad” dentro de la agenda de temas a tratar por estas instituciones como parte de la agenda política desde el final de la Guerra fría.

Pero en su momento, la idea de asignación de poderes a la instancia más cercana al individuo fue criticado por algunos de los actores políticos europeos más infuyentes, como Margaret Thatcher, cuyo escepticismo frente al proceso de integración comunitaria la llevó, entre otras cosas, a dimitir justo un año antes de la firma en Maastricht.¹⁹ Otras opiniones consideraban estos contenidos como “totalmente ajeno[s] a la lógica, la estructura y la terminología de los Tratados fundadores de la U.E. así como de la jurisprudencia [europea]”.²⁰

Estas primeras reacciones reflejaban la incertidumbre que se generaba al incluir este concepto expresamente en el texto del Tratado, que en efecto,

¹⁸ HELD, David, *Global Covenant: The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*, Cambridge, Polity Press, 2004, pp. 99-100.

¹⁹ La Primera Ministro hizo suya una expresión acuñada por el Presidente de la Alta Corte, Lord Mackenzie-Sturat, quien al referirse a la subsidiariedad la describía como un “término innecesariamente complicado”, —*gobbledegook*—. Este término se reproduce en un artículo de su autoría, publicado justo el día que arrancaba la cumbre de Edimburgo (que es el antecedente de la firma del TUE en Maastricht); “A formula for failure”, *The Times*, London, december 8 1992, *cit. por* Schwarze, Jürgen, “The distribution of legislative powers and the principle of subsidiarity: the case of federal states”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, no. 3-4, 1995, p. 731.

²⁰ TOTH, A. G., “The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty”, *Common Market Law Review*, no. 29, 1992, p. 1105.

estaba ausente de la jurisprudencia previa de la Corte Europea de Justicia, si bien ésta ya se había pronunciado sobre los poderes implícitos que hasta ese momento existían en el plano comunitario; de esa forma, debían entenderse como concurrentes (entre estados nacionales y la Comunidad) ²¹ los poderes de establecer tratados con terceros hasta en tanto una de las dos entidades ejerciera tales competencias.

Al incluir este principio en el texto del Tratado y hacer referencia a competencias exclusivas y no exclusivas de la Comunidad Europea frente a las instancias nacionales, se produjo un sentimiento de coherencia al referir a una herramienta muy conocida en el ámbito del federalismo, como la diferencia entre facultades expresas e implícitas.

De esta manera, la subsidiariedad debía por fin entenderse en un plano de asignación de competencias más allá de los poderes expresamente conferidos a alguna de las esferas territoriales, para entonces determinar si el ejercicio de una potestad (en el sentido referido desde el inicio de este texto) debía entenderse, en una situación determinada, como exclusiva de los órganos comunitarios o si ésta debía entenderse como compartida con las instancias nacionales.

La intención de delimitar el concepto e insertarlo en el art. 3b del texto de Maastricht implicó aclarar que para entender esta separación de esferas competenciales, había también que separar el ejercicio frente al mero hecho de la asignación de una atribución, ²² o dicho de otra forma, que no sólo se debía entender si los estados individualmente eran los mejor situados para ejercer la competencia, pero también de determinar cuáles de los fines del Tratado debían ser efectivamente puestos en marcha por tales instancias.

Ahora bien, otro debate es el que se ha generado en torno a lo factible de invocar este principio ante diversos tribunales. La respuesta formulada ha tenido que ver con el manejo particular de los recursos, de tal suerte que quienes rechazan su salida jurisdiccional lo hacen invocando razones de oportunidad política. ²³ Esto significa que la constante de la subsidiariedad

²¹ RE KRAMER [1976] ECR 1279, 1308-11.

²² DASHWOOD, W., "The Limits of European Community Powers", *European Law Review*, no. 21, 1996, pp. 114-116.

²³ Este debate se dio sobre todo en los años cercanos a la adopción del TUE. Por ejemplo, TOTH consideraba este principio como no justiciable por ser demasiado político, en "Is subsidiarity justiciable?", en *European Law Review*, no. 19 p. 268; en contra, BERGMANN, George A., "Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States", *Columbia Law Review*, vol. 331, no. 94, 1994, pp. 390-403 consideraba que sí es un principio justiciable, aunque previa la intervención de las ramas legislativas de la Unión previamente a la adopción de reglas generales para los países; por su parte, el

dad tiene que ver con la dualidad de comportamientos, como un aspecto de contenido político y jurídico simultáneo.

De ahí que el desarrollo del concepto no ha involucrado exclusivamente a los actores políticos; en el referido interés por lograr un equilibrio entre lo procesal y lo sustantivo, encontramos (como en tantos otros ámbitos) la intervención creciente de tribunales.

III. LOS JUECES DE LA SUBSIDIARIEDAD

En todo el mundo, el verbo “descentralizar” suena a democracia pues parece imponer, por decreto, que el pueblo (y no un ente que se encuentra por encima de éste, como el Estado) es el dueño de su propio destino. Fue así que, basados en la amplitud con la que vimos, fue concebida esta herramienta competencial, los jueces constitucionales parecieron encontrar en este verbo un argumento adicional para legitimar su actividad.

Igual que en los años 1980, se hablaba de disminuir el déficit representativo de sus cargos; recordemos en este sentido la polémica entre John Ely y Alexander Bickel en Estados Unidos, donde este último hablaba de la dificultad contra-mayoritaria de un tribunal que, sin contar con jueces electos democráticamente, podía agregar lecturas nuevas a la constitución,²⁴ mientras que el primero, respondía diciendo que en realidad, los jueces sólo se dedican a cuidar la integridad del sistema democrático, sin agregarle o quitarle nada.²⁵ Actualmente, tribunales de todos los continentes parecen apuntalar con sus decisiones las políticas legislativas que tienden a atribuir funciones a las entidades jurídicas que se encuentran físicamente más cerca del individuo, independientemente que el principio que engloba esta intención quede o no consagrado en el texto constitucional.

Sin que sea ésta una intención deliberada de los jueces, hemos encontrado que al referirse a la idea de *subsidiariedad*, el contencioso constitucional puede no sólo garantizar una ampliación de derechos a favor de la entidad más cercana al individuo, pero, por paradójico que esto parezca, varias de las decisiones judiciales tomadas respecto de este principio anuncian un reagrupamiento de los poderes a favor de entidades más lejanas al individuo:

Parlamento Europeo determinó, en una Resolución de 12 de julio de 1990 (O.J. C231/63 12), que el principio sí es justiciable.

²⁴ BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, 1986, pp. 16-17.

²⁵ ELY, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1980, p. 87.

Estados Unidos o Canadá observan una mayor concentración de atribuciones hacia los órganos federales, los tribunales europeos tienden a validar la creciente asignación de competencias a favor de instancias comunitarias.²⁶ Para ilustrar este efecto contrario a lo anhelado por la noción de subsidiariedad, haremos un rápido recorrido de algunas interpretaciones jurisprudenciales que tratan sobre este principio, enfocando este desarrollo alrededor de criterios, de fines y de forma en que estas decisiones suelen tomarse.

A) *Criterios interpretativos al asignar competencias*

A nivel jurisdiccional, es posible encontrar una falta de unanimidad interpretativa, que parece colocar a jueces europeos y norteamericanos en casilleros distintos. Así, la Corte Europea de Justicia estimó desde 1964²⁷ que la Comunidad [europea] constituye un orden normativo distinto al de los miembros, mucho más allá de la idea de un sub-sistema organizado en torno al derecho internacional. Aquello no debía sorprender a nadie, pues los países así lo negociaron e inscribieron en tratados que iban cediendo paulatinamente espacios de soberanía. La dificultad radicaba más bien en la manera de institucionalizar esas normas comunes; en llevarlas al ámbito ejecutivo y jurisdiccional de cada país.

En Alemania, la distinción entre una norma federal y una subnacional fue replanteada tras la caída del muro de Berlín. Anteriormente, tan solo se confería al Tribunal Constitucional la posibilidad de pronunciarse sobre los límites de la discrecionalidad que ejercía legislador en el acto de asignar una competencia al crear normas por vía del proceso legislativo. Como consecuencia, ninguna acción legal intentada en este sentido prosperó ante los tribunales. Al cabo de la reunificación, el juez constitucional federal empezó a conferir atribuciones a las diferentes instancias territoriales en función de elementos estimados suficientes para determinar que la asignación de una competencia se traduciría en una mejor garantía de la igualdad, tanto de individuos como de órganos del Estado.²⁸

²⁶ EDWARDS, Denis J., "Fearing Federalism's Failure: Subsidiarity in the European Union", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 44, no. 4, fall (1996), p. 540.

²⁷ *Costa vs. ENEL*, caso 6/64.

²⁸ Veremos más adelante que la decisión que sirvió para reestructurar y dar coherencia a la concepción del federalismo alemán fue precisamente la declaración de conformidad del Tratado de la Unión Europea frente a la Ley Fundamental de Bonn, en 1993, en KOMMERS,

En otro país con esquema federal como Estados Unidos, el funcionamiento de las instituciones territoriales ha quedado delineado por la Corte Suprema, quien veló por la protección de condiciones que propiciaban un “orden espontáneo”, en el cual, la atribución de la entidad competente (federal o local) sería definida en función del principio de libre competencia. Se ha afirmado que, al menos la Corte de Rehnquist, se dedicó a impulsar un orden social construido de abajo hacia arriba, en lugar de imponerlo desde la federación.

Sin embargo, esta percepción de aparente respeto al desarrollo normativo de lo subnacional (que detectamos común a varios teóricos), choca contra una realidad histórica bastante evidente en los Estados Unidos. La doctrina de la supremacía de la legislación federal sigue firme desde hace años, por lo que al surgir un choque de competencias entre la federación y un estado, es la primera a la que el modelo federal da preeminencia: los norteamericanos han aceptado que sea pues la legislación federal la que ocupe el espacio.²⁹ Parece pues que desde los años posteriores al *New Deal*, la aplicación implícita del principio de subsidiariedad por un tribunal obedecía más bien a criterios de oportunidad política.

Por esta razón, la función jurisdiccional en general parece colocarse en una posición comprometedora al hacer efectivo un principio (como el de subsidiariedad) que se anuncia desprovisto de calidad predominantemente jurídica. Pero lo anterior, no es casualidad que al decidir cuáles de los asuntos relevantes de un país son aptos para ser descentralizados, estemos en presencia de una decisión eminentemente política, y que esa esencia política de la determinación no escape a los tribunales; mejor dicho en una sentencia del Alto tribunal norteamericano, que se trate de decisiones que involucran la percepción política individual de cada uno de los jueces que componen cada tribunal.³⁰ Así, en un voto disidente, el Juez Scalia expresaba que la subsidiariedad no es un principio de derecho sino una mera orientación o aspiración; algo semejante al dicho popular “compra cuando el precio sea

Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University Press, pp. 109-113.

²⁹ En palabras del juez B LACK, “[l]a legislación estatal no puede permanecer como un obstáculo [que di f culte] la instauración y la ejecución de los propósitos y objetivos del Congreso”, en *Hines vs. Davidowitz*, 312 US 52 (1941), p. 67; términos equivalentes a la nomenclatura norteamericana de predominio del orden federal (*pre-emption*) son encontrados en el contexto anglosajón, aunque con otras denominaciones (como *paramountcy of federal law*, en Canadá, o *inconsistency* en Australia), cf. EDWARDS, *cit.* n. 26, p. 541.

³⁰ *Craig vs. Boren*, 429 U.S. 190, 221 (1976) (con opinion disidente de REHNQUIST).

barato, vende cuando sea caro”.³¹ Parece entonces coherente entender que la expansión de las atribuciones federales norteamericanas no haya sido obstaculizada por los jueces de aquel país del mismo modo que sus pares europeos han evitado, en términos generales, restringir las atribuciones de los órganos comunitarios frente a instancias nacionales o los locales.³²

No representaba pues ninguna novedad interpretativa que la Corte constitucional italiana declarara conforme a la Constitución que las grandes obras de infraestructura de los gobiernos subsecuentes debían realizarse con base en la oportunidad (política) en que se deben plasmar las normas nacionales.³³ Esto era así en coincidencia con el art. 117 de la Constitución italiana, del que se puede desprender en concreto que esta clase de obras deban llevarse a cabo a nivel central y no a nivel regional.

Pero se ha reconocido el riesgo que deben padecer las entidades territoriales dado que la Corte constitucional de este mismo país podría ser sumamente arbitraria al definir la entidad que estimaría con mayor capacidad para llevar a cabo los fines planteados (tal como lo haría un actor político). Con esto, el tribunal italiano parecía además ir en contra de las negociaciones entabladas por los órganos con representación regional, que obviamente pugnaban por un aumento en la participación de entidades territoriales para la toma de decisiones que ciertamente impactaban en el ámbito nacional. Pero para entender esta decisión, la Corte Europea ya había establecido, años atrás, que al considerar el principio de subsidiariedad como criterio para decidir, debían tomarse en cuenta las circunstancias del caso, y que éstas no se debían restringir al sistema normativo nacional, pero también, el contexto general de contenidos normativos y políticos que rodeaban una decisión, así como las circunstancias personales de los involucrados.³⁴ Estos ejemplos nos conducen en seguida a preguntar si los tribunales han manifestado, tendencialmente, una preferencia hacia la consecución de fines cercanos o alejados al ciudadano.

³¹ Cit. por BERMANN, *cit. n.* 23, pp. 447, 464.

³² WEILER, “The transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, vol. 100, no. 8, 1991, pp. 2431-2450.

³³ Decisión de la Corte Constitucional no. 443/2001.

³⁴ Akdivar vs. Turkey, Reports 1996, párr. 69, en *Human Rights Law Journal*, no. 18, 1997, p. 203.

B) *Un juez facultado para evaluar fines*

Los jueces constitucionales parecen en segundo lugar influidos, al tomar una decisión jurídicamente coherente, por la capacidad de detectar que determinados fines están presentes en las medidas que se someten a su jurisdicción. Al igual que la definición de otros principios, tendrán que involucrar preferencias individuales al llenar vacíos legales (como lagunas y antinomias) que no fueron abiertas a propósito por el legislador, pero que legalmente, pueden inferirse.

Si para efecto de entender mejor este proceso nos referimos de nuevo a la complejidad de la construcción comunitaria, donde tenemos órdenes normativos superpuestos (con frecuencia concurrentes), el reconocimiento de validez de esas normas se fue construyendo desde el interior del sistema, hasta que logró convertirse en auto-referencial, para utilizar la terminología de Niklas Luhmann.³⁵ Pero aquello no significa que la idea comunitaria implique una separación absoluta de esferas competenciales: podrá ocurrir que al momento de deslindar tareas, países que formen parte de la Comunidad busquen esa identificación de lo “comunitario” del mismo modo que la Comunidad tenga interés en definir el espacio normativo propio para cada país miembro. La diferenciación de sistemas ha basado su buen funcionamiento en arreglos institucionales que se tienden para evitar conflictos potenciales en cuanto a las normas generadas y su interpretación. Lo anterior, en tanto las disposiciones comunitarias están diseñadas más bien para ser implementadas por instancias nacionales; no por oficinas de la Comunidad Europea. En efecto, se ha acordado que la aplicación de estas normas de una esfera competencial supra-nacional dependa de Estados nacionales para su aplicación, tanto en lo normativo como en lo político.

Siguiendo esta noción que se derivó del funcionamiento comunitario, podemos observar que un efecto semejante ha condicionado a jueces nacionales al definir un reparto de competencias entre la esfera nacional y la subnacional. En repetidas ocasiones, el Tribunal Constitucional alemán ha

³⁵ Este carácter autoreferencial hace alusión a un sistema de normas (nacionales), que aunque se diferencie de otros sistemas (en este caso más elaborado de normas comunitarias) en tanto es válido y aplicable en su propio entorno. Cada órgano que compone las unidades nacionales reconoce entonces como parte del sistema a una norma supra-nacional siempre y cuando ésta se pueda identificar como aplicable a una situación relevante. Para una primera aproximación de la teoría de sistemas en derecho en LUHMANN, Niklas, *Introducción a la teoría de sistemas*, lecciones publicadas por Javier Torres Navarrete, México, Universidad Iberoamericana, pp. 61-68.

optado por no pronunciarse sobre la pertinencia o no pertinencia de preferir la aplicación de una ley federal, pues la “necesidad” de abordar la cuestión por vía de control de oportunidad (es decir, de evaluar la pertinencia de dicha subsidiariedad) debe ser una materia propia de la discrecionalidad del legislador.³⁶

Incluso en épocas posteriores a la ratificación del tratado de Maastricht en 1992 por los países de la entonces constituida Unión Europea, las decisiones de las jurisdicciones europeas (como la Corte Europea de Justicia) han declarado que este principio no puede ser aplicado de manera sistemática por vía jurisdiccional, con lo cual, puede inferirse que las jurisdicciones supranacionales han ampliado considerablemente el margen de apreciación de las legislaturas y de las administraciones nacionales, equiparando estas decisiones con el diseño de políticas. Es así que la forma en que debe plantearse el principio, que puede ser expresa o implícita, acarrea consecuencias a la hora de ser objetivada por el intérprete constitucional. Y claro está, por lo ya apuntado, al intérprete constitucional se le atribuyen márgenes considerables para ampliar el concepto según criterios de oportunidad política.

Una de las sentencias más comentadas sobre la manera en que un tribunal constitucional de Europa decidió de que forma debía insertarse este principio derivado del TUE dentro del esquema federal es la decisión del Tribunal Constitucional alemán, que declaraba en 1993 la conformidad constitucional de este Tratado.³⁷ De sus artículos, debe entenderse que la organización comunitaria se funda a nivel de los Estados nacionales y no sobre la base de un supuesto pueblo europeo. La idea central era entonces la de llevar a cabo algunas de las atribuciones para ejercer su soberanía de manera conjunta, pero en virtud de los artículos 2b y 3b del TUE, la esencia debía entonces radicar en cada unidad nacional.

Art. 3b: La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad interviene, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción prevista no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a las dimensiones o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

³⁶ CURRIE, David P., *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Chicago, University of Chicago Press, 1994, pp. 43-46.

³⁷ *BVerfGE* 89, 155 (1993).

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.³⁸

Los efectos de una disposición comunitaria no pueden limitar la esfera de la soberanía alemana hasta en tanto no se produzca una delegación expresa (p.e. un decreto de aplicación) por parte de una autoridad alemana, sea ésta federal o local.

Ahora bien, la suscripción del Tratado, continúa el Tribunal, también aumenta la responsabilidad parlamentaria del *Bundestag* (de manera análoga que debiera ocurrir en los demás países firmantes). Lo anterior, en la medida que las normas comunitarias deben reflejarse dentro de la normatividad nacional. Vemos pues que no se trata de transformaciones automáticas de las normas, sino que la dinámica comunitaria empieza generando prácticas en instancias nacionales. Es de esta forma que el principio de subsidiariedad condiciona la actuación de las instancias territoriales más cercanas al ciudadano, con lo cual, es en realidad una limitación para las instancias (en este caso) federales en beneficio de las sub-nacionales. Pero aquello depende más de la voluntad política de los aplicadores de las normas. En este sentido, veremos por último que la mención expresa del principio no ha sido determinante en la lectura que deba darse a la noción de subsidiariedad.

C) *Una interpretación que no depende de formalismos jurídicos*

Es indistinto si este principio está consagrado expresamente que si no lo está. “Como principio incorporado en el texto constitucional, la subsidiariedad no es un criterio de asignación de competencias, sino un criterio de regulación de competencias ya atribuidas, si bien de manera exclusiva”.³⁹ Pero la regla es que las constituciones no hagan mención expresa del principio.

Al igual que en los Estados Unidos, el principio de subsidiariedad no está referido en la LF alemana, si bien algunos lo pretenden deducir de los artículos que refieren la obligación del Estado de proteger, en orden de prioridad, los derechos derivados del matrimonio y la filiación, pero al mismo

³⁸ Dicho esto por el Segundo Senado del Tribunal Federal alemán respecto de la conformación del reparto competencial en el ámbito comunitario, “hasta el momento, no existe una intención de crear una entidad que pudiéramos expresar como los Estados Unidos de Europa”, *idem*, 156.

³⁹ SERNA DE LA GARZA, *cit.* n. 5, p. 51

tiempo, que es a nivel individual que se entiende el derecho natural de los padres a corregir a sus hijos antes que esa tarea sea efectuada por el Estado. Esto eventualmente se liga al pensamiento social de la iglesia católica expresado en la encíclica papal que cité al principio, del respeto a quienes estén más cerca territorialmente [e ideológicamente] de la toma de decisión. Tenemos por otro lado el ejemplo italiano, donde hasta el 2001, toda ley que atribuía competencias nuevas a las colectividades territoriales, debía pasar por el control de la Corte constitucional. Decíamos pues que hasta 2001, era un juez quien abiertamente, y por vía de acción previa de inconstitucionalidad, se convertía en el guardián de la subsidiariedad. Lo delicado del asunto llevó al legislador de aquél país a reformar el esquema de control. Si bien es cierto que el juez constitucional sigue controlando estas normas de las entidades territoriales, lo hace ya sólo por vía de recurso, es decir, de control *a posteriori*. Con base en una nueva reglamentación, la Corte constitucional italiana dictó una resolución donde, por extraño que parezca, reafirmaba las atribuciones de lo nacional sobre lo subnacional.⁴⁰ Esto es, creó un principio semejante al de supremacía del centro en caso de facultades concurrentes de los norteamericanos, aunque prohibió que se obligara a las regiones a legislar en determinadas materias. Esta sentencia prohibió además el establecimiento de acuerdos bilaterales entre el centro y regiones específicas (lo anterior, para evitar pactos a medida con determinados intereses regionales; por supuesto, previendo desbordamientos en las regiones del norte, como fue el caso de la caricatura nacionalista que propuso en su momento Umberto Bossi). Y sobre todo, en la misma sentencia, los jueces de Roma apuntalaron la idea de “interés nacional” para poder emplear *pero en sentido inverso*, el citado principio de subsidiariedad.

Y si bien los jueces nacionales se han preocupado en dejar clara la competencia del Estado, también se ha dejado de considerar a la soberanía nacional (esto es, del Estado central) como un atributo intocable de los gobiernos (en el sentido en que ésta noción se entendía a principio del siglo XX). Si atendemos al desarrollo que hacíamos al principio de este trabajo sobre la soberanía como un concepto que se puede comportar con contenidos a veces políticos pero otras veces escudados en normas, la soberanía absoluta o unitaria no puede convivir con una noción coherente de reparto de competencias dentro de una lógica institucional como la comunitaria europea. Ni política ni normativamente puede un Estado miembro de la Unión Europea

⁴⁰ Decisión de la Corte constitucional no. 303/2003

considerarse con el poder de última decisión sobre sus asuntos internos: ⁴¹ políticamente, la Comunidad transforma la lectura con que se deben traducir en realidades los intereses nacionales (al menos en algunos aspectos, con frecuencia, torales para los países) y jurídicamente, la normatividad comunitaria obliga a los países miembros y condiciona sus legislaciones nacionales al ámbito de validez de las reglas comunes. Y sin embargo, la entidad comunitaria tampoco se puede considerar soberana en sí misma (es decir, no es un Estado con estructura confederada propiamente dicha) pues no es ni política ni legalmente independiente a sus partes integrantes.

Veamos ahora lo que ocurrió en Estados Unidos a este respecto. Aunque el principio tampoco se encuentre establecido expresamente en el texto de la Constitución, la amplitud de la noción de subsidiariedad parece permitir que prácticamente cualquier ley llegue a ser sometida a un criterio orientador análogo dentro de la Corte Suprema. Por ende, podrían ser combatidas por este motivo no solo la legalidad o la constitucionalidad de un acto, pero su pertinencia y oportunidad respecto de los actores subnacionales.

Ahora bien, la eficacia del principio de subsidiariedad puede quedar a expensas de actores que no debieran tomar decisiones más allá de lo jurisdiccional. Y aquí me refiero en concreto a los jueces constitucionales, quienes están muy mal situados para decidir en qué momento, el nivel subnacional se encuentra en la mejor situación de actuar cuando carecen de voluntad política expresa para hacerlo.

En Estados Unidos, lo anterior se tradujo durante la etapa del Tribunal Rehnquist, en que la práctica judicial federal vio reducido el número de sentencias que se dictaron por vía de jurados. Y si entendemos bien, los jurados obedecen a la noción de cercanía máxima al gobernado.⁴² Esta intención (que parece deliberada, en el sentido de limitar su práctica cotidiana) es acorde con las estadísticas. La corte de Rehnquist no hizo ni el más mínimo esfuerzo por disminuir el declive de los juicios por jurados; ya que menos de 4% de las controversias en materia penal se resolvieron por jurados durante aquél período.

⁴¹ MACCORMICK, Neal, *cit.* n. 10, p. 286-287.

⁴² BIBAS, Stephanos, How Apprendi Affects Institutional Allocations of Power, *Iowa Law Review*, no. 87, 2002, pp. 465.

IV. CONCLUSIONES

Para concluir, valdría la pena preguntarse si es necesario consagrar el principio de subsidiariedad en una constitución para hacerlo efectivo, o si mejor valdría la pena que su contenido siguiera inserto en líneas más generales de la asignación de competencias.

De los desarrollos paulatinos de la Europa comunitaria, pudimos inferir que la aparente renuncia de las soberanías (centrales y sub-nacionales) ha implicado consecuencias colaterales que más bien parecen benéficas para asegurar el ejercicio del poder dentro de la Unión. Políticamente hablando, la escala de Comunidad que se ha venido construyendo ha reforzado la independencia política de sus miembros en lo individual. La combinación de esferas ha conducido al desarrollo institucional de los países europeos más allá del Estado soberano.

Ciertamente que el concepto de soberanía se encuentra en etapa de reestructuración. Dentro de las propuestas teóricas, encontramos una lectura que pretende desdoblar la idea de soberanía en dos partes: una, donde el Estado nacional cede soberanía a una instancia supra-nacional, y otra correlativa donde se refuerza la atribución de competencias a favor de instancias sub-nacionales. Esto es lo que se ha dado en llamar la “democracia cosmopolita” (*cosmopolitan democracy*).⁴³ Sin pretender confundir al lector con una más de las incontables caracterizaciones de la democracia (que en este caso particular se concentra en definir un catálogo definitivo de derechos y necesidades económicas mínimas en un contexto global) nos limitaremos a sugerir que esta tipo propuestas teóricas puedan servir como orientación de futuras investigaciones en la materia.

La subsidiariedad puede presentar márgenes de actuación tan abiertos que pueden permitir a los gobiernos anunciar que determinadas reformas requieren un plano de ciudadanos de ámbitos distintos para que se beneficie a quien está más cerca de la decisión. Pero cuando el ámbito del gobierno central queda excluido de intervenir, se podría generar un nuevo escenario de ganadores y perdedores. Esperemos contar con gobiernos que, sea desde el centro o desde la periferia, eviten excesos en la aplicación de este principio.

⁴³ Véase el número especial “Cosmopolitanism and State”, de la *Social Theory and Practice*, *cit.*, n. 17.