

NOTA PRELIMINAR

El trabajo que ahora se presenta es un estudio de teoría de las fuentes del derecho desde una perspectiva constitucional; es decir, se parte y se dialoga en todo momento con el concepto de la Constitución en tanto norma y en tanto fuente ella misma. No se trata, sin embargo, de un estudio hecho desde cualquier Constitución, sino a partir de la aplicación de la teoría general de las fuentes al sistema constitucional mexicano. Constitución, fuentes del derecho y constitucionalismo mexicano son los tres conceptos que recorren de principio a fin el trabajo y que le dan, dentro de la diversidad temática, unidad y coherencia.

En cualquier caso, este ensayo pretende servir como aportación a un debate que en México todavía no se ha producido: el del papel y la función de la Constitución en los sistemas democráticos. Y, junto con la discusión sobre ese papel y esa función, también quiere ser el comienzo de un planteamiento en serio del lugar que, dentro de una democracia, debe tener el orden jurídico y sus mecanismos de creación y reproducción normativa.

Este trabajo fue originalmente una tesis doctoral preparada y presentada en la Universidad Complutense de Madrid. El hecho de que se haya realizado en una universidad española quizá requiera alguna explicación. No deja de resultar extraño que se vaya a España a trabajar sobre un tema que busca ser aplicado a la realidad constitucional de otro país. Sin embargo, encuentro para ello, por lo menos, una doble justificación. En primer lugar, ni que decir tiene que la doctrina y la práctica jurisprudencial españolas han avanzado tanto en los últimos veinte años que se han colocado, si no al parejo, sí muy cerca —en rigor y en calidad científica— del constitucionalismo italiano o germano, lo que equivale a decir muy cerca del mejor constitucionalismo europeo, y ese avance representa un interés notable para los Estados latinoamericanos y, en concreto, para México a la vista de las estrechas relaciones que siempre han guardado ambos países en materia de colaboración científica.

Por otro lado, en este trabajo se abordan temas que, como se explica más adelante, ni siquiera han sido planteados en México. De hecho, la idea inicial era sencillamente tratar de aplicar los esquemas conceptuales que han ido creándose y decantando en Europa al contexto constitucional mexicano; pero, conforme iba avanzando el trabajo, fue surgiendo cada vez con mayor fuerza la necesidad de detenerse en los elementos particulares del proceso político-constitucional mexicano, porque, de otra forma, podría estar haciéndose un ejercicio quizá académicamente correcto, pero absolutamente inútil para impactar en una realidad que parece caminar muy lejos de ciertos afanes teóricos.

Del interés por el desarrollo constitucional español y de las necesidades de aplicar los esquemas teóricos aprendidos en España a una realidad política complejísima y en cierta medida distinta, han ido surgiendo las líneas principales de este ensayo. De la pertinencia y corrección de sus planteamientos nada cabe decir en este momento, pero es obvio que difícilmente podría haberse realizado, al menos en los términos en que finalmente ha quedado redactado desde México.

En alguna de sus partes, este trabajo sostiene posiciones contrarias o por lo menos distintas a las que han sostenido muy importantes y distinguidos constitucionalistas mexicanos. Soy bien consciente de que ésa no es una actitud que se acostumbre en el medio jurídico mexicano, pero quiero creer que, no por desacostumbrada, es menos necesaria; antes bien, si uno de los principios de la democracia es la posibilidad de discutir en libertad, entonces hay que hacer de ese postulado también una realidad en nuestros gremios académicos, los cuales hoy en día, por desgracia, permanecen cerrados a la crítica y al disenso, y cerrados, por ende, a la experiencia de una democracia vivida desde la universidad.

Si actualmente desde muchos frentes se observa una denodada lucha contra lo que se ha venido a llamar el “pensamiento único”, creo que una de las arenas donde también debe llevarse a cabo ese combate es el de la doctrina constitucional mexicana. La teoría del derecho constitucional (y, en general, del derecho público) en México, como consecuencia inevitable del mismo carácter autoritario y cerrado del régimen político y salvo algunas notables excepciones, es un buen compendio de lo que significa y representa el “pensamiento único” aplicado a la teoría constitucional. Por fortuna, hoy el régimen político que ha dominado en México durante setenta años está viniéndose abajo y, junto con él, también

NOTA PRELIMINAR

11

las viejas formas de hacer derecho constitucional. Sin embargo, la tarea que tiene pendiente la ciencia del derecho constitucional en México es enorme, y las circunstancias políticas en que tiene que llevarse a cabo no son, ni de lejos, mínimamente óptimas. En el trabajo se exploran algunas de las cuestiones que, partiendo del concepto de la Constitución como norma, deberá ir solucionando el constitucionalismo mexicano en los próximos años.

Se ha dividido el contenido del libro en tres grandes partes. En la primera, se hace un esfuerzo doble de conceptualización y de contextualización. Aquella se dirige fundamentalmente a poner en claro el concepto de fuentes del derecho y el de normas sobre la producción jurídica. El de contextualización, mucho más amplio, se ha ido confeccionando por la necesidad de explicar las peculiaridades del sistema jurídico-político mexicano. En efecto, me parece que intentar esbozar el concepto de Constitución o las funciones de la reforma constitucional sin antes explicar el funcionamiento y el sentido de la división de poderes o del presidencialismo, o incluso el funcionamiento y consideración global del propio sistema jurídico en la dinámica política mexicana o la presencia del partido hasta hace poco hegemónico, puede tener algún sentido desde un punto de vista teórico, pero ciertamente tendrá nula relevancia práctica. En cualquier caso, el derecho constitucional debe tener presentes muchos factores extranormativos que determinan en buena medida la aplicación o desaplicación de las normas constitucionales. Sin esos elementos de análisis, es imposible tratar de comprender una realidad compleja y fluctuante como es el escenario político mexicano de fin de siglo.

Por lo anterior queda justificado, a mi entender, la exposición que se hace de temas como la división de poderes, el presidencialismo, el federalismo o la interacción entre Constitución y realidad política; además, varios de los anteriores son temas que en México se han estudiado poco y, en cualquier caso, nunca desde la perspectiva de las fuentes del derecho. El emprender su estudio, además de una necesidad de carácter metodológico derivada del propio enfoque del trabajo, ha tenido el interés añadido de estudiar temas clásicos desde un punto de vista relativamente novedoso. Esto, sin embargo, ha producido una doble consecuencia, quizá no demasiado positiva para el conjunto del libro; por un lado, al tocar tantos temas y de una amplitud tan grande aparece un poco diluido el objeto central del mismo, que es el del concepto de Constitución y la

temática de la reforma constitucional. Quizá por tratar de ver los árboles se haya perdido de vista el bosque —al menos en la primera parte—. Por otro lado, debido también a esa misma temática tan amplia y compleja percibo una cierta falta de cohesión entre los temas; ahora bien, creo que al final se logra mantener la unidad cuando se explica, al empezar la segunda parte, que todo lo anterior se relaciona con la función de la Constitución normativa; es decir, al dar cuenta del concepto de Constitución que necesita una democracia. Es entonces, me parece, cuando se pone en claro que todos los temas que se estudian en la primera parte cobran sentido y unidad, al entrar en diálogo con ese concepto. De tal modo, repito, se reconduce a una cierta unidad la aparente dispersión temática de la primera parte; dispersión, que —todo hay que decirlo— quizá se deba a un exceso de ambición de quien esto escribe y a un intento de meter bajo un mismo manto cuestiones que ameritaban y ameritan un tratamiento por separado.

La segunda y tercera partes se dedican, respectivamente, al concepto de Constitución como fuente del derecho y a la reforma constitucional. En ellas se encuentran las pequeñas aportaciones de este trabajo. La mayoría de ellas tienen que ver con las formas de normativizar la Constitución mexicana y con los límites y controles de la reforma constitucional.

El trabajo, soy el primero en reconocerlo, tiene varios defectos aparte de los ya señalados. En primer lugar, se trata de un estudio incompleto. No solamente es incompleto porque los temas que toca no han sido tratados de forma exhaustiva, sino también porque hay muchos temas que no han sido, ni siquiera, planteados. Para comprender el sistema de fuentes del derecho en el Estado democrático contemporáneo, no puede dejar de hablarse del papel y lugar de la ley, por un lado, y tampoco pueden dejarse de lado los diversos mecanismos de creación normativa de rango legal que ejercen el Poder Ejecutivo y la administración bajo sus órdenes, por otro. Ambos son temas esenciales para entender el funcionamiento de los sistemas de fuentes en el Estado constitucional de nuestros días.

Este trabajo, en un primer momento, tenía como finalidad estudiar, junto a los temas de la Constitución y la reforma constitucional, estos dos que acaban de mencionarse y algunos otros relativos al sistema de fuentes (la potestad reglamentaria, por ejemplo). Hubiera querido estar en la línea, toda proporción guardada, de los excelentes estudios de Ig-

nacio de Otto, Francisco Balaguer Callejón y Gustavo Zagrebelsky, recientemente, o de Vezio Crisafulli y Alessandro Pizzorusso, con anterioridad. Circunstancias que no hace al caso comentar no lo han permitido, pero debe ser un objetivo que tomar en cuenta para los próximos años.

Un segundo defecto es la desproporción entre las tres partes que integran este trabajo. Es obvio que la primera ha contado con más tiempo para su elaboración que las demás, pero también debe decirse que, como en ella se tratan temas fundamentales que nunca se habían explicado suficientemente en el derecho público mexicano, valía la pena extenderse un poco más.

Un tercer defecto del trabajo, pero no imputable por entero al mismo, es la falta de adecuación entre el tema de estudio y los materiales con que se ha llevado a cabo la investigación. En efecto, la dogmática mexicana del derecho público todavía no ha creado un cuerpo doctrinal que pueda explicar muchos de los temas que se tratan en el libro, de modo que ha sido necesario acudir con frecuencia a textos extranjeros. En algunas partes, ni siquiera se ha citado un solo autor nacional. Esto no puede dejar de ser preocupante. Si la carta de Querétaro tiene ya más de ochenta años, es inexplicable que todavía queden tantos temas, no digo ya por ser agotados, sino simplemente planteados. En tanto la doctrina mexicana no sea capaz de aportar sus propias respuestas a los problemas que suscita la dinámica del proceso político-constitucional mexicano, poco es lo que podrá esperarse del derecho constitucional. Tratar de importar esas respuestas de modo automático, sin pasar por el filtro de la evaluación y estimación correcta de las necesidades locales, además de inútil, puede ser incluso pernicioso, pues debilita todavía más el *sentimiento constitucional*. La contrapartida de esa falta de adecuación es que a veces se trabaja en sede teórica con conceptos que solamente de una manera forzada pueden ser aplicados a una realidad política tan distinta de aquélla en la que fueron concebidos.

Hay un tema que creo que subyace a todo lo largo del libro, pero en el que no he podido detenerme el tiempo que amerita su importancia. Me refiero a la necesidad de que México se otorgue una nueva Constitución. Ésa podría ser, al menos a primera vista, una solución medianamente viable para resolver algunos de los problemas que tiene hoy frente a sí el constitucionalismo mexicano. La posibilidad de vivir en el siglo XXI con una nueva Constitución es algo que no debe dejar de mencionarse en los

estudios de derecho constitucional que se hagan de aquí a los próximos años.

Otra cuestión que puede tener un impacto constitucional importante y que tampoco se encuentra adecuadamente tratada —por evidentes razones de tiempo— es el resultado de las pasadas elecciones del 6 de julio de 1997. Dichas elecciones representan el final del sistema de partido hegemónico que durante tantos años ha gobernado México (hoy solamente puede hablarse de partido predominante). Del mismo modo, puede significar el principio del fin del “pensamiento único” en materia constitucional. Ya desde hace unos años, pero sobre todo a partir de esa fecha, la Constitución no es un objeto manipulable por una sola fuerza política, ni se encuentra ya al servicio de unos intereses que invariablemente se dirijan hacia una sola dirección, ni tampoco es más el resultado de una interpretación que no admitía discusión alguna (tanto en sede teórica como jurisprudencial). Esperemos que, ante esta nueva coyuntura, pueda sustituirse el “pensamiento único” por el pensamiento plural, democrático y dialogante que tanta falta le hace al constitucionalismo mexicano.

Antes de terminar esta nota preliminar, quisiera mencionar dos puntos más. El primero se refiere al agradecimiento a todos aquellos con los que este libro y yo tenemos una abultada deuda. No hace falta decir que un trabajo como el presente no es, ni puede ser, resultado del esfuerzo de una sola persona. En mi caso, esa evidencia se hace todavía más patente, si se toma en cuenta que la posibilidad misma de realizarlo en España se ha debido al apoyo económico —esencial en este caso— de la Universidad Nacional Autónoma de México. A ella, por tantas razones mi verdadera *alma mater*, mi primer agradecimiento.

En segundo lugar, quiero recordar ahora el apoyo que, desde hace años, me ha proporcionado el doctor José Luis Soberanes Fernández. Igualmente, no puedo dejar de agradecer el permanente aliento y solidaridad que en estos años me han dado desde México Óscar Cruz Barney y Jaime F. Cárdenas Gracia. El haber conocido en Madrid a Gerardo Pisarello ha constituido un privilegio del que me he beneficiado en muchas ocasiones; la insólita combinación de una lucidez extraordinaria y de una energía sin límites, aparejada con una imaginación desbordante, hacen de Pisarello un representante fiel de todas aquellas cosas que nos obligan, día a día, a enfrentarnos sin desánimo a un mundo que no ofrece mucho lugar para la esperanza.

Nada de lo que hay en esta tesis hubiera sido posible sin la presencia y los consejos de tres profesores españoles a quienes este trabajo les debe todo lo bueno o simplemente acertado que pueda tener. Desde luego, el trabajo es deudor de la dirección sabia y paciente de don Pedro de Vega García. Sus atenciones conmigo durante estos años no han tenido límite y, para mi fortuna, se han prodigado en áreas bien distintas al derecho constitucional. En segundo lugar, debo mencionar al profesor Carlos de Cabo, que con su empeño y ejemplaridad me ha enseñado una forma distinta de estudiar el derecho constitucional del presente. Haberlo conocido y haber tenido la oportunidad de tomar sus clases ha sido mucho más que un privilegio, ha sido, justamente, el descubrimiento de la realidad histórica concreta, que determina y limita los fenómenos constitucionales. El hecho de que haya presidido el tribunal que tuvo a su cargo el juicio de mi tesis doctoral no hace sino aumentar mi deuda de gratitud hacia su persona. Finalmente, *last but not least*, Antonio de Cabo ha sabido proporcionarme todo lo necesario para penetrar en el a veces difícil y siempre complicado mundo universitario español. A todos ellos, mi más profundo agradecimiento.

Para terminar, no puedo dejar de agradecer la compañía y el estímulo, no para este trabajo sino para todos mis empeños académicos, que durante estos años me ha proporcionado Yessenia. Sin ella, y sin Mercedes y Miguel después, esta travesía, además de inútil, hubiera resultado completamente estéril.

Por último, quisiera llamar la atención del lector sobre la dificultad de hacer derecho constitucional en México. La poca eficacia cotidiana de los preceptos constitucionales y la continua violación de los derechos fundamentales producen una gran desazón en quien estudia un sistema que se destina a proteger todo aquello que es destruido o vulnerado día a día en el ejercicio de los poderes públicos, semipúblicos y privados. Por otro lado, las perspectivas de futuro no parecen ofrecer datos para el optimismo. Tenemos en México cifras de analfabetismo y de pobreza crecientes. Un 56% de la población no satisface sus necesidades mínimas de alimentación y esa cifra sube hasta el 75% en el caso de los indígenas. Siete millones de niños padecen algún grado de desnutrición. Cincuenta millones de personas viven en el umbral de la pobreza. Estos datos, y otros que podrían darse para ilustrar cabalmente la situación, quizá no sean tomados en cuenta por todos aquellos que se dedican a estudiar un dere-

cho constitucional formal, un derecho que solamente existe en sus gabinetes de estudio, pero que no soporta el más leve roce con la realidad. Sin embargo, si se entiende, como yo lo entiendo, que el derecho constitucional es una técnica al servicio de unos valores y unos ideales destinados a servir a personas concretas, entonces esas cifras no pueden más que producir un profundo desconsuelo. Aparte de eso, que no es poco, hay que enfrentarse todos los días con el doble discurso del poder: por un lado, el discurso de la democracia y la moral republicana, de los valores constitucionales y el interés general; por otro, el de la intervención del Ejército en Chiapas, el de la mano dura —mortal en algunos casos, para decirlo todavía más claro— de las policías en el Distrito Federal, el de la proliferación de las campañas de “ley y orden”, el de la descalificación de los grupos defensores de derechos humanos, el de la corrupción rampante en sus más diversas modalidades, el de la impunidad para los delincuentes de cuello blanco, el del uso patrimonialista de las funciones públicas, el de la fusión real entre elites políticas y las económicas, etcétera. Tratar de desvelar y poner en evidencia ese doble discurso en un Estado donde los medios masivos de comunicación son cualquier cosa menos independientes es muy difícil, si no imposible.

Con todo, la tarea de los que estudiamos derecho constitucional en México, a pesar de todos los elementos para el desaliento y de la frustración que produce la lentitud de la transición mexicana, debe tener presente que, como muy bien señala Luigi Ferrajoli, “tomar en serio la Constitución, es hoy, siendo realistas, la única batalla democrática que puede llegar a ganarse”.

Madrid, octubre de 1997, y México D. F., febrero de 1998.