

ESTADO DE DERECHO, DERECHOS FUNDAMENTALES Y LEGISLACIÓN PENAL EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO

René GONZÁLEZ DE LA VEGA*
Geraldina GONZÁLEZ DE LA VEGA**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Estado constitucional*. III. *Modelos de Constitución, de justicia y el concepto jurídico-constitucional de dignidad humana*. IV. *Prospectiva constitucional mexicana*. V. *Excurso sobre el legislador penal en el Estado constitucional*. VI. *Colofón*.

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 1917 puede caracterizarse como un modelo mixto, pues por un lado, quiso superar las insuficiencias del modelo liberal de 1857, pero sin modificarlo, superpuso a éste un modelo estatalista (central) y revolucionario (social) cuyos contenidos básicos fueron, entre otros, la adición de los derechos sociales, el fortalecimiento de la Federación y el ideal de una nación mexicana homogénea conducida por un proyecto nacional.¹ La Constitución mexicana ha existido durante 90 años, pero, ¿qué es lo que queda de la promulgada en Querétaro aquel 5 de febrero?

* Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, autor de obras de derecho y profesor de asignatura en el Instituto Nacional de Ciencias Penales y en distintas Universidades públicas y privadas.

** Becaria Conacyt para estudios de doctorado en la Universidad Heinrich Heine, en Düsseldorf, Alemania, desde 2004.

¹ Se siguen las ideas planteadas por María del Refugio González y José Antonio Caballero Juárez, en “Notas para el estudio del proceso de formación del Estado de derecho en México. Los modelos de Estado de la Constitución de 1917”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Constituciones históricas de México*, México, UNAM-Porrúa, 2002. pp. 3 y ss. En este estudio los autores analizan a fondo la idea del proyecto nacional.

Para poder comprender la funcionalidad de nuestra norma fundamental, las preguntas de las que debemos partir pueden formularse de la siguiente manera: ¿Para qué sirve la Constitución mexicana?, ¿cómo se comprende a sí misma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos? Lo anterior se plantea, siguiendo las líneas introductorias de Konrad Hesse,² pues según el autor resulta indispensable partir de un concepto estable sobre lo que *es* la Constitución vigente de un Estado, para poder desarrollar tanto su teoría doméstica como su dogmática.³ Es decir, partir sobre el sentido y la función de la actual, individual y concreta Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

II. EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Entender la Constitución es entender la idea de libertad que lleva en sí misma, pues el fin del constitucionalismo ha sido, primero políticamente, y después normativamente, el establecimiento de límites para el mejor ejercicio de la libertad. En su desarrollo, ideal e institución, legalidad y legitimidad, poder y libertad, conforman la dialéctica del constitucionalismo moderno.

Al Estado moderno se le califica hoy como Estado constitucional cuando cumple con la premisa de ser un «gobierno de leyes y no un gobierno de hombres», éste es el *ideal* de un Estado de derecho o de un Estado de “Constitución”. En palabras de Böckenförde, “en el concepto del Estado de derecho está incorporado un contenido de la teoría constitucional que... nunca llega a desaparecer... tal contenido es la referencia a la garantía de la libertad personal y a la limitación del poder”.⁴

El “programa” de un Estado de derecho consiste en la existencia y garantía de un orden pacífico por parte del Estado a través del derecho. La Constitución, en el esquema constitucional contemporáneo,⁵ es entendida

² Cfr. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (existe traducción al español del Centro de Estudios Constitucionales, *Derecho constitucional de la República Federal Alemana*, 20, Auflage, C.F., Müller, Heidelberg, 1999).

³ Para efectos de este trabajo, utilizamos los conceptos de dogmática o doctrina, indistintamente. El primero en el sentido de dogmática alta.

⁴ Böckenförde, E. W., “Origen y cambio del concepto de Estado de derecho”, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 45.

⁵ Con ello queremos diferenciar al Estado democrático de derecho (Estado contemporáneo), esto es, el Estado de derecho “material” desarrollado en la segunda posguerra,

como la norma superior, por lo que es a partir de ella desde donde se conforma el orden jurídico. De esta forma, encontramos la conexión entre ideal e institución, elementos que en forma de principio fundamental son llevados a la Constitución. El Estado de derecho contemporáneo comprende un edificio dogmático⁶ formado por dos columnas: la dignidad de la persona humana como el elemento jurídico subjetivo, y la división de poderes como el elemento jurídico objetivo. Entre ambas columnas, los derechos fundamentales establecen la relación de ambos principios en un orden funcional objetivo y en un orden subjetivo de *status*. Esta construcción se encuentra basada en los elementos básicos, que ya desde 1789 fueron planteados en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, como necesarios para poder decir que un Estado tiene una Constitución. Pero también, esta idea de las dos columnas establece los elementos de lo que hoy se conoce como el carácter formal y el carácter material del concepto de Estado de derecho, que se refieren al procedimiento (forma) y su contenido (materia) para hacer realidad la libertad. Con ello, el Estado de derecho escapa de la pura legalidad formal y entra en la constitucionalidad, como continente de principios y valores directivos.

La relación entre la legalidad y la legitimidad de esta comprensión constitucional se perfecciona tomando en consideración la historia de la evolución de la doctrina del constitucionalismo, y su estrecho vínculo con la evolución y el reconocimiento de los derechos subjetivos, o derechos fundamentales. Como aquí no es lugar para dedicarnos a este rastreo histórico, nos limitaremos a mencionar que la legitimidad es el vínculo de aceptación del poder que establecen las leyes, por parte del sujeto de derechos. En términos democráticos, para que haya aceptación, es neces-

basado en una Constitución democrática comprendida como norma superior del ordenamiento jurídico; del entendimiento puramente “formal” del Estado de derecho liberal, en donde la Constitución no tenía un carácter normativo, sino político y destacaba la primacía de la ley, por lo que la existencia de una jurisdicción constitucional era impensable. Para la evolución del Estado de derecho al Estado constitucional véase, por ejemplo, Böckenförde, E. W., “Origen y cambio del concepto de Estado de derecho”, *cit.*, nota anterior; así como, Zagrebelsky, Gustavo, “Del Estado de derecho al Estado constitucional”, *El derecho dúctil*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2003; Sarcevic, Edin, *Rechtsstaat*, Leipziger Universitätsverlag, 1996; Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998.

⁶ Cfr. Schmidt-Assmann, E., “§24 Rechtsstaat”, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2da. ed., Heidelberg, 1995, t. I.

ria la participación de los ciudadanos en el establecimiento de la ley. Para hablar de legalidad en el Estado constitucional, es necesario que esta ley cumpla en forma y contenido con ciertos principios y parámetros convenidos previamente, y que para preservarlos sean alejados de la arbitrariedad. Pero además, esa aceptación estaría completa, en la medida en que se cumpla con ciertos principios básicos que den al individuo certeza y seguridad cuando se aplique esta ley.

Lo anterior se traduce en la existencia de un Estado democrático de derecho en donde la Constitución es la norma superior o fundamental, misma que es resguardada por una jurisdicción especial. Lo que, al final de cuentas, resulta una garantía de la libertad. En un Estado de derecho, la legalidad en la creación y aplicación de la ley es fuente de legitimidad.

El tercer elemento que mencionamos arriba, poder y libertad, se refiere a la dialéctica entre la soberanía popular que ejerce el poder a través de órganos establecidos en uso de su propia libertad, y el ejercicio del poder limitado. El principio democrático se concretiza en el ejercicio del derecho de autodeterminación y en la legitimación del poder, mismos que se vinculan directamente a la legalidad en el ejercicio del poder, lo cual se traduce como garantía de la libertad.

De tal forma, que el Estado constitucional puede conceptualizarse como aquél en donde el ideal de una sociedad libre y pacífica es realizado a través de una norma superior, llamada Constitución, que limita, por medio de diversas instituciones, el ejercicio de la libertad. En este trabajo no vamos a entrar en los detalles que la teoría de la Constitución estudia, es suficiente concluir que la idea de la superioridad normativa de la Constitución democrática para limitar el poder político, es la única solución que, hasta ahora, existe para garantizar los derechos individuales.

En la búsqueda de esta solución, se desarrollaron en el mundo occidental por lo menos tres instituciones de origen histórico diverso,⁷ pero de igual finalidad: el Estado de derecho (*Rechtsstaat*), la *Rule of law*, y la *Judicial review*. El punto básico que une a estas tres doctrinas de protección de los derechos, es la vinculación del poder a la ley o a la Consti-

⁷ Véase MacCormick, Neil, “Der Rechtsstaat und die *Rule of Law*”, *Juristenzeitung (JZ)*, núm. 2, 1984; así como Artola, Miguel, *Constitucionalismo en la historia*, Barcelona, Crítica, 2005; Mateucci, Incola, *Organización del poder y libertad*, Madrid, Trotta, 1998; Fioravanti, Maruizio, “Estado y Constitución”, en Fioravanti, M. (ed.), *El Estado moderno en Europa*, Madrid, Trotta, 2004; Böckenförde, E. W., *op. cit.*, nota 4; Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 5.

tución, de donde se deriva que el requisito básico para poder hablar de un Estado constitucional, en donde se cumpla con el ideal de una sociedad libre y pacífica, es la vinculación de la actividad legislativa al orden constitucional, así como del Poder Ejecutivo y de la jurisdicción al derecho y a la ley.⁸

Para la explicación concreta de un Estado constitucional, el concepto de Estado democrático de derecho debe relacionarse, además, con los problemas y situaciones que, con el desarrollo de la civilización, acompañan la evolución de un sistema jurídico particular, es decir, tanto con su historia, como con su cultura. Y esto es, precisamente, lo que plantea nuevos acercamientos al concepto particular de Constitución que un Estado requiere para fundamentar un sistema jurídico que cumpla con los *elementos tipo* que hasta hoy son reconocidos como necesarios, pero que además, a fin de que la Constitución sea eficaz y vigente, es necesario no solamente que sean plasmados en un documento que llamemos Constitución, sino que sean aceptados y convalidados por la cultura jurídica y política.⁹ Con ello, queremos decir que “la idea de tutela se debe formar en el interior de la comunidad, pues, de otro modo, tiene lugar un fenómeno que puede ser calificado como «*Constitution without constitutionalism*», es decir, documentos que asumen la forma de las Constituciones propias de la tradición liberal, pero sin poseer el espíritu de las mismas”.¹⁰

Un primer acercamiento a esta última cuestión nos la da el carácter normativo de la Constitución. Esta característica básica del entendimiento de la Constitución democrática forma parte del carácter estabilizador tanto

⁸ Artículo 20.3 de la Ley Fundamental alemana (1949). Similar es el artículo 9.1 de la Constitución española (1978) «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la ley y al resto del ordenamiento jurídico». La diferencia entre las acepciones derecho y ley que utiliza la Ley Fundamental alemana es discutida en su doctrina. Sin embargo, nosotros nos apegamos al concepto del derecho como ideal de justicia en la actuación de los órganos del Estado de derecho. *Cfr.* Schmidt-Assmann, E., “§24 Rechtsstaat”, *op. cit.*, nota 6.

⁹ Véase González de la Vega, Geraldina, *Ouroboros. Reflexiones sobre el sentido de lo constitucional*, México, Miguel Ángel Porrúa-Universidad Anáhuac del Sur, en prensa. En especial capítulo IV, pp. 210 y ss.

¹⁰ Rolla, Giancarlo, “Técnicas de codificación y cláusulas de interpretación de los derechos fundamentales. Algunas consideraciones a propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *ReDCE*, Granada, núm. 4, julio-diciembre de 2005, p. 6 del documento PDF.

del documento o Constitución formal, como de su contenido o Constitución material, pues ello se entiende como la garantía básica de los *elementos tipo* del Estado constitucional. El concepto normativo de Constitución se refiere a la fundación del sistema jurídico a través de la carta fundamental para determinar en ella la vinculatoriedad de las directrices normativas básicas de un Estado constitucional: derechos y valores fundamentales, las premisas formales del Estado de derecho, la democracia, así como las reglas básicas para la creación del sistema jurídico, del control mismo de la constitucionalidad, de los órganos constitucionales y de las tareas y principios básicos del Estado.

El carácter normativo de la Constitución designa cómo *debe ser* el Estado. La forma estatal es una creación del constituyente, de manera que las relaciones de poder reales no son contenido, sino objeto de la Constitución normativa. A pesar de que norma y realidad pueden contradecirse, las relaciones de poder fácticas requieren legitimación. Por ello, la Constitución normativa debe tomar en cuenta las circunstancias reales y *entrelazarse* con ellas, si es que quiere alcanzar su efectividad y fuerza normativa. Lo anterior tiene como consecuencia, que la Constitución normativa se encuentra bajo el “principio de relatividad” (R. Maurenbecher): está condicionada y referida a las fuerzas que forman y soportan al Estado.¹¹

Como vértice del sistema jurídico, la Constitución goza de fuerza normativa¹² basada en su carácter de norma fundadora, productora y directora del orden jurídico concreto. Mientras el carácter normativo de la Constitución y la realidad coincidan, la unidad del Estado se verá reforzada y profundizada. De tal forma que debemos entender a la Constitución mexicana, más allá de un pacto político realizado en 1917 entre las fuerzas revolucionarias y con miras a realizar la revolución como “ideal nacional”. Pues, “una «norma de esperanza» sobrecargada con una realidad ajena, no puede conducir la vida estatal, sino que acabará por *deslegitimar* y *desconstitucionalizar* el orden del Estado”.¹³

Para que una Constitución tenga eficacia, es necesario que la Constitución formal (el orden constitucional formalmente válido) y la Constitu-

¹¹ Isensee, Josef, “§13 Staat und Verfassung”, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul, *op. cit.*, nota 6.

¹² Cfr. Hesse, Konrad, *op. cit.*, nota 2, pp. 16 y ss.

¹³ Isensee, Josef, “§13 Staat und Verfassung”, en Isensee, Josef y Kirchhof, Paul, *op. cit.*, nota 6.

ción real (el orden constitucional vigente) coincidan —en la medida de lo posible— para precisamente, garantizar su fuerza normativa.¹⁴

III. MODELOS DE CONSTITUCIÓN, DE JUSTICIA Y EL CONCEPTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE DIGNIDAD HUMANA

De acuerdo con la teoría de la Constitución pueden identificarse de modo general dos modelos¹⁵ básicos: el de la Constitución como norma directiva fundamental y el de la Constitución como norma de garantía. El primer modelo, entiende la Constitución como la norma que llama a todos los poderes públicos y a los individuos a trabajar por el cumplimiento de una empresa colectiva para la realización de una sociedad más justa. El segundo la comprende como la norma que deja a todas las fuerzas en juego y a los individuos el poder de definir sus fines libremente, limitando, de manera cierta y segura, la capacidad de influencia de los poderes públicos, en la línea de gobierno limitado. Para que una Constitución pueda ser interpretada y en consecuencia democráticamente actualizada, debe partirse del concepto que se tiene de su tarea dentro de una asociación política y ese es un primer paso para definir qué es y para qué sirve la CPEUM.

De acuerdo con los modelos arriba explicados podremos caracterizar a la Constitución mexicana de la siguiente forma:

a) *Como ordenamiento formalmente válido*, la Constitución mexicana, al estar basada en la de 1857, fue sobre-redactada en forma de norma de garantía en tanto que las cláusulas de integración¹⁶ son realmente es-

¹⁴ Véase Mora Donato, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. La clasificación de las Constituciones en normativa, nominal y semántica puede encontrarse en la Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 3a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1981; también acercamientos en el mismo sentido en Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Madrid, Ariel, 1984; Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, y recientemente los conceptos de tener y estar en Constitución, de Lucas Verdú, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Dykinson, 1998.

¹⁵ Tomamos esta idea de Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2000. Sobre todo pp. 97 y ss.

¹⁶ Con ello, nos referimos a los ideales plasmados en la Constitución como parámetros para la realización de valores por parte del Estado y la sociedad conjuntamente. Tomando esta idea de la teoría de la integración de Smend, R., *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928. Existe traducción al español del Centro de Estudios Constitucionales, *Constitución y derecho constitucional*, Madrid, 1985.

casas,¹⁷ los derechos son concebidos únicamente como defensas ante el poder (garantías individuales) y no como normas objetivas o valores superiores; los derechos sociales no son concebidos como vinculantes (programáticos), pero tampoco como directrices de actuación conjunta. En su redacción original, la Constitución de 1917, debido a su base liberal original, tendió a privilegiar la necesidad de limitar lo más posible la intervención de los poderes públicos sobre la sociedad. Sin embargo, plasmó su espíritu estatista revolucionario, ampliando la intervención del Estado en temas de relevancia revolucionaria como el trabajo, la tierra, la educación, la religión y la economía (fundamentalmente los temas de propiedad). Ello, sin embargo, no significó una verdadera integración, pues el Estado sería el rector de aquéllas tareas y la sociedad la benefactora-receptora de ellas.¹⁸ A pesar de contener algunos elementos de “Estado social”,¹⁹ el esquema básico de la Constitución mexicana fue el de una norma de garantía siguiendo un modelo estatista *alterado*.

De acuerdo Maurizio Fioravanti, existen tres modelos de fundamentación²⁰ de los derechos y libertades fundamentales: el modelo historicista,

¹⁷ A pesar de estar cumpliendo con los ideales revolucionarios, la Constitución de 1917 no contiene en su redacción original ninguna “cláusula ideal”. Sus normas son normas de garantía. Ni siquiera los artículos medulares del 39 al 41 representarían, a nuestro entender, cláusulas de integración. Es necesario observar que, a pesar de ello, la “Constitución real” es comprendida como un proyecto, a pesar de que la narrativa en la Constitución formal sea de corte garantista. Véase *infra*.

¹⁸ Basta tan sólo echar una mirada a la primera reforma del artículo 3o. en materia de educación. En ella se precisa que la educación tendrá carácter socialista y que será dirigida, regulada, vigilada, coordinada e impartida por el Estado (Federación, entidades y municipios). Véase *Diario Oficial de la Federación* del 13 de diciembre de 1934.

¹⁹ Se entrecomilla el carácter de social del Estado mexicano en tanto que se comprendió que el socialismo estatista sería la respuesta para remover los obstáculos de orden económico y social. Sin embargo, el constitucionalismo europeo de posguerra (social), reconoce al Estado social como aquel en el que tanto la sociedad como el Estado trabajan conjuntamente para remover aquellos obstáculos. “Se concibe la Constitución no sólo como mecanismo encaminado a la protección de derechos, sino también como gran norma directiva, que solidariamente compromete a todos en la obra dinámica de la realización de los valores constitucionales”, Fioravanti, Maurizio *op. cit.*, nota 15, p. 128. Véase artículos 2 y 3 de la Constitución italiana de 1948. Artículo 1o., 2o. y 3o. de la Ley Fundamental Alemana de 1949. Artículos 1o., 2o., 9o. y 10 de la Constitución española de 1978. Artículos 1o., 2o., 9o., 18 y 50 de la Constitución portuguesa de 1976. La mención de artículos de cada Constitución no pretende ser exhaustiva.

²⁰ Seguimos la exposición de Maurizio Fioravanti en el capítulo “Las tres fundamentaciones teóricas de las libertades”, *Los derechos fundamentales, cit.*, nota 15, pp. 25-53.

el modelo individualista-contractualista y el modelo estatalista. Este último, es aquel que comprende como necesaria la existencia del Estado para el desarrollo de los derechos y libertades, pues no reconoce en ellos *status* preexistentes al Estado como lo hacen los otros dos modelos. Así mismo, concibe la sociedad de individuos políticamente organizados como un fenómeno que existe solamente gracias a la existencia del Estado. Este modelo puede degenerar, ya sea en un voluntarismo político a favor del pueblo soberano, que puede ser ejemplificado con el Estado jacobino de la Francia revolucionaria; o en una delegación completa e irrevocable a favor de los poderes constituidos. Esto provoca una crisis entre los conceptos de poder constituyente y poderes constituidos, porque ambos se personifican en el mismo poder de *imperium*, quien en nombre de esa delegación protege los derechos de los individuos. De tal forma, que un estatalismo *alterado* o *degenerado*, es aquél que abusa de la soberanía popular, ya que en su nombre toma las decisiones constituyentes, constituidas, pues en una mala lectura de Rousseau: “el soberano no puede obligarse a sí mismo”.

En esta cultura estatalista, el Estado es una condición necesaria para que los derechos y libertades nazcan y sean garantizados. Es decir, que no son comprendidos como un instrumento de tutela como lo sería para un modelo individualista-contractualista. Por ello, en este modelo no se habla de un contrato social, sino de un pacto o un “acto de subordinación unilateral, no negociable, irreversible y total, con el que todos simultáneamente se someten al sujeto investido con el monopolio del *imperium* [pues] será él, el soberano, quien con su capacidad de gobierno moderará el conflicto, creando así condiciones de vida asociada más seguras y, por ello, también los derechos individuales”.²¹

El *pacto* alcanzado en 1916-1917 entre las fuerzas revolucionarias, y mantenido vía constituyente durante los siguientes decenios, se traduce en un modelo en el que los poderes constituidos asumen el mando irrevocable del poder de *imperium*, con el ánimo de conducir al país hacia un Estado social y pacífico, en donde los derechos y libertades contenidos en la Constitución pactada de 1917, serían garantizados. Para poder cumplir con esta tarea, que el propio pueblo soberano delegó en los poderes constituidos, se libera al constituyente de cualquier influencia pri-

²¹ Fioravanti, M., *op. cit.*, nota 15, pp. 48 y 49. Inclusive todavía hoy encontramos en la dogmática el concepto de “pacto federal”, al referirnos a la Constitución.

vada. Consecuentemente, se coloca a los poderes constituidos, así como al constituyente, en el plano del decisionismo de carácter schmittiano.²² Así, la decisión política fundante sirve para construir a la nación²³ a través de la representación unitaria del Estado (artículos 39 a 41 de la Constitución mexicana).

b) *Como orden constitucional vigente o real*, puede decirse que la Constitución de 1917, siguiendo la idea del “proyecto revolucionario”, nació con “espíritu” del modelo directivo fundamental. La Constitución nace con el objetivo de sentar las bases para la construcción del Estado mexicano. El proyecto nacional,²⁴ que a golpe de reformas se fue escribiendo en el texto fundamental, tenía como ideal la necesidad de ir creando una comunidad que actuara para conseguir ciertos fines (la justicia social o la justicia de la Revolución) y que se identifica en el reconocimiento colectivo de ciertos valores compartidos (al menos, hipotéticamente). De tal forma que el espíritu constitucional-constituyente revolucionario que guió el

²² “La Constitución no es, pues, cosa absoluta, por cuanto que no surge de sí misma. Tampoco vale por virtud de su justicia normativa o por virtud de su cerrada sistemática. No se da a sí misma, sino que es dada por una unidad política concreta. Al hablar, es tal vez posible decir que una Constitución ‘se establece por sí misma’ sin que la rareza de esta expresión choque en seguida. Pero que una Constitución se dé a sí misma es un absurdo manifiesto. La Constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquel que la da. Toda especie de normación jurídica, también la normación constitucional, presupone una tal voluntad como existente”. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1981, pp. 23 y ss. La fórmula del decisionismo basada en la obra de Schmitt (quien a su vez la fundamenta en la obra de Hobbes) es *Auctoritas non veritas facit legem* —La autoridad y no la verdad hacen la ley—. Misma que fue utilizada durante los años de nacionalsocialismo en Alemania: «el *führer* crea el derecho. El *führer* protege el derecho». De acuerdo con esta teoría las decisiones jurídicas no son determinables a través de normas sino por actos de voluntad, basados en las convicciones o rasgos característicos no jurídicos.

²³ “Este mito [la Revolución como mito fundador] se constituye como instrumento legitimador de la ejecución del proyecto, cuyo objetivo es la construcción del Estado nacional, que... se fundamenta en el ideario de la Revolución. Por otra parte, el proyecto es nacionalista, en dos vertientes: por un lado se aboca a la construcción de ‘una’ nacionalidad mexicana, y por el otro, excluye a los no mexicanos de sus beneficios”. González y Caballero, “Notas para el estudio del proceso...”, *cit.*, nota 1, p. 31.

²⁴ Que describen González y Caballero en su análisis sobre la Constitución de 1917: *op. cit.*, nota 1, pp. 31 y ss., pero que puede ser encontrado en las reformas subsecuentes a la Constitución a los artículos 3o., 4o., 25 y 26. En este sentido, es evidente la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983 en donde se modifica el artículo 26 “Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación”.

destino de la norma fundamental mexicana durante casi todo el siglo XX, fue un modelo de Constitución como norma directiva fundamental, basada en un Estado central, fundado formalmente en una narrativa constitucional liberal-garantista.²⁵

Los derechos fundamentales en la Constitución de 1857 pertenecen al modelo liberal garantista, pero debido a la Revolución y a su reforma integral realizada entre 1916-1917, se comprende que (re)nacen junto con el Estado en 1917, es decir, “libertad y poder nacen juntos”.²⁶ Y es a través y gracias al poder re-instaurado en 1917²⁷ que las libertades se entenderán como garantizadas (garantías individuales). Así pues, la necesidad de estabilidad y unidad nacional se convierten en principios rectores, no formales, que guían el constitucionalismo del siglo XX. Aunque no forman parte del texto, son evidentes en la finalidad de sus reformas²⁸ o en el conjunto de las *decisiones* políticas que se plasmaron en la Constitución.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que formalmente México tiene una Constitución que encuadra en el modelo garantista, pero, que materialmente es realizado como un modelo de *Constituzione-indirizzo* (Constitución-dirección). Esta norma fundamental nace como dirigista, con el ánimo de ir *preparando a la nación* para convertir, posteriormente, de manera formal al proyecto, en integrista. Esto es, una vez que el proyecto se concretara, existiría una nación mexicana pacífica, capaz de cooperar con el Estado. Ello se traduce, en la práctica, en la ausencia de normatividad de la Constitución, esto es, en un desfase entre la

²⁵ Las cláusulas de integración fueron introduciéndose a medida que la Constitución fue moldeándose al proyecto nacional. Por ejemplo, el artículo 3o. que habla sobre los ideales educativos, los derechos sociales que fueron introduciéndose al 4o. así como las ideas de integración de los artículos 25, 26, 27 y 28.

²⁶ Fioravanti, M., *op. cit.*, nota 15, p. 52.

²⁷ Como ejemplo, las siguientes tesis de la Corte entre septiembre de 1917 y febrero de 1918: *Semanario Judicial de la Federación*, I, quinta época, pp. 20, 72, 337, 357, 636, entre otras. *Semanario Judicial de la Federación*, II, quinta época, pp. 256, 366. *Semanario Judicial de la Federación*, III, quinta época, pp. 579 y 580. En donde se interpreta que los derechos o garantías individuales estaban suspensos o, en otro caso, declara que no existían.

²⁸ El texto añadido en 1946 al artículo 3o. es evidente: educación armónica con el ser humano, amor a la patria y conciencia de la solidaridad internacional, la independencia y la justicia. La educación será guiada por los valores de la democracia, el nacionalismo y la convivencia humana. La educación primaria será obligatoria. El papel del Estado cambia al de unificador y coordinador. Véase *Diario Oficial de la Federación* del 30 de diciembre de 1946.

realidad y el ordenamiento jurídico, así como en la flexibilidad en sus reformas y en un control de la constitucionalidad débil. La realización de la Constitución normativa depende de qué tanto motiva realmente el comportamiento humano, y de qué tan efectivas son sus normas en la realidad.²⁹

La Revolución mexicana puso en el centro del ordenamiento jurídico al Estado y no al individuo como sujeto único de derechos. Se pretendió crear un Estado de derecho formal y legislativo, en donde la Constitución actuara como la *prueba* del pacto alcanzado entre las fuerzas políticas. La CPEUM, a pesar de consagrar nuevas garantías de corte social, no generó la unidad y el equilibrio necesarios para un Estado verdaderamente social, es decir, no se logró la integración necesaria para generar solidaridad. De forma contraria, el Estado se convirtió en un Estado garantista dirigista o, como arriba quedó caracterizado, estatalista decisionista. Se presumió que desde el texto constitucional podría crearse una sociedad equilibrada e igual,³⁰ pero en realidad, México continúa siendo una sociedad estamental.

En realidad, la función de una Constitución, en el sentido de norma directiva, es la de llevar una acción de integración entre ordenamientos e identidades diferentes, es decir, fundar la identidad política e institucional de un ordenamiento jurídico general.³¹ Si algo podemos reconocer a ese “proyecto nacional”, es la creación de una conciencia nacional, que desembocó en el pluralismo democrático de finales de los sesenta y que provocó las reformas necesarias para la participación de *todos* en la formación de esa identidad. Por ello, consideramos que a partir de aquella época, podemos hablar —en cierta medida— de responsabilidad compartida no sólo en el plano político, sino también en el constitucional y jurídico.

²⁹ Cfr. Hesse, K. *op. cit.*, nota 2, pp. 16 y ss.

³⁰ Como mencionan González y Caballero: los indígenas pierden identidad y únicamente aparecen en el texto constitucional como miembros de pueblos, rancherías, congregaciones y comunidades del artículo 27 (los indígenas son parcialmente reconocidos con la reforma al artículo 4o. en 1992. Además la redacción original de 1917 reconoce, sin nombrarlas, las desigualdades existentes entre los diversos sectores de la población: artículos 27, 28 y 123. *Op. cit.*, nota 1, pp. 22, 33 y 34. Esto puede entenderse como una presuposición de la realidad que pretende ser corregida por la vía constitucional, sin embargo es evidente que se quiso ignorar la existencia de una realidad objetiva, problemática, que requería —y todavía requiere— de una acción respaldada, sí, por el texto constitucional, pero apoyada por el propio pueblo mexicano, como el producto de la integración de las fuerzas sociales y políticas.

³¹ Cfr. Rolla, G., “Técnicas de codificación y cláusulas...”, *cit.*, nota 10, p. 4.

En ambos modelos, la comprensión de los derechos fundamentales es también distinta: el modelo garantista comprende los derechos y libertades fundamentales como derechos de defensa (*Abwehrrechte*), bajo los clásicos *status* positivo, negativo y procesal. Parte de la doctrina anglosajona del gobierno limitado y, por tanto, la Constitución en el sentido de norma de garantía cumple con la mera defensa y garantía de los derechos y libertades (garantías individuales).

Por su parte, el modelo de la Constitución como norma directiva fundamental comprende a los derechos no sólo como defensas, sino también como valores culturales y morales de una sociedad, mismos que se convertirán en directrices que deben ser cumplidas tanto por el propio Estado, como por los individuos. Durante los últimos 60 años, la teoría de los derechos fundamentales ha desarrollado esta idea, bajo el concepto de “el doble carácter de los derechos fundamentales”.³² El segundo modelo opta por responsabilizar, tanto al Estado como a los individuos, para el cumplimiento de la empresa plasmada en la Constitución y es, precisamente, en esta idea, en lo que se encuentra basado el concepto de *promoción* de los derechos, unido a los clásicos de reconocimiento, protección y garantía.

En el caso de los derechos políticos, el modelo estatalista decisionista, en el que todavía hoy se basa el constitucionalismo mexicano, los comprende como meros instrumentos de legitimación y de conformación, pues

No se justifican como expresión específica de la libertad originaria fundamental de los individuos de decidir un cierto orden político-estatal, sino por la necesidad del Estado de proveerse de órganos y de personal que concreten la expresión de la voluntad soberana... cuando el ciudadano elige a sus representantes ejercita una función... Toda la sociedad de los individuos políticamente activos... se agota, por consiguiente, dentro de las estructuras del Estado soberano.³³

Como muestra de la anterior aseveración, basta señalar que el propio Poder Judicial federal ha determinado que los derechos políticos no pue-

³² Véase *infra*. Sobre este tema es fundamental Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz (La garantía del contenido esencial del artículo 19 apartado 2 de la Ley Fundamental de Bonn)*. Parte de esta obra se encuentra traducida al español en: *La Libertad fundamental en el Estado constitucional*, Granada, Comares, 2003.

³³ Fioravanti, M., *op. cit.*, nota 15, p. 51.

den ser interpretados como parte de las “garantías individuales”, argumentando, entre otras cuestiones, que se encuentran dentro de un capítulo diverso al de las garantías, y que están precedidos por la prevención “De las prerrogativas y obligaciones de los ciudadanos”.³⁴ Con ello, podemos preguntar al Poder Judicial de la Federación ¿los derechos políticos, no son derechos fundamentales?, o ¿qué entienden, entonces, por garantías individuales?

Este vicio conceptual en México ha traído problemas no solamente para la dogmática, sino también para los propios estudiantes de derecho. En varias ocasiones, se ha intentado dar explicación a este vicio, contradiciendo, por cierto, la misma interpretación del Poder Judicial de la Federación, que hemos comentado arriba. Así, se ha explicado que “El Congreso Constituyente habló indistintamente de derechos del hombre y de garantías individuales... Podemos concluir que mientras los derechos del hombre son ideas generales y abstractas, las garantías, que son su medida, son ideas individualizadas y concretas”.³⁵ Pero lo cierto es que para que exista la garantía de un derecho, no basta con su declaratoria, sino que es necesario introducirle al ámbito del lenguaje normativo y, en este sentido, los derechos políticos son derechos que requieren el *status*

³⁴ Tesis XX.1o.34 A., novena época, tesis aislada, agosto de 1997. Tribunales Colegiados de Circuito; tesis P. LXIII/99 aislada, de septiembre de 1999. Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Así como la decisión de fecha 16 de agosto de 2005. Amparo en revisión 743/2005. En todas, se hace referencia a la posibilidad de recurrir al juicio previsto en la Ley de Medios de Impugnación, frente al Tribunal Electoral y tesis de jurisprudencia J.O2/2000. Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. En donde se establecen los requisitos de procedencia para el juicio para la protección de los derechos político-electorales ante el Tribunal Electoral. Consideramos este hecho una incongruencia que se traduce en falta de certeza y seguridad para el individuo al desconocer qué “tipo de derecho” le está siendo violentado por parte de una autoridad y qué tipo de juicio debe interponer para restituir su derecho lastimado. Uno de los principios para integrar un catálogo de derechos eficaz es la transparencia y la certeza. “Ofrecer parámetros unívocos para la actividad interpretativa de los jueces y la especificativa del legislador (especialmente en aquellos sistemas constitucionales donde faltan órganos jurisdiccionales profesionales y dotados de un «*status*» constitucional de autonomía y de independencia del poder político); hacer «visibles» los derechos garantizados, llevando a cabo una función de transparencia de cara a los ciudadanos” también, una función didáctica de cara a los ciudadanos, pues el ciudadano debe quedar en posición de conocerlos y hacerlos valer. En otros términos, dice Rolla, “los derechos fundamentales debe ser visibles”. Véase Rolla., G., *op. cit.*, nota 10, pp. 6 y 7.

³⁵ Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge, *Derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991. pp. 18 y ss.

de ciudadano. Así pues, cabe simplemente añadir, que en este modelo estatal decisionista, los derechos y libertades siguen la misma suerte: son lo que el Estado quiere que sean. La autoridad del Estado se encuentra referida pues a la existencia de garantías (garantías individuales) que *son* los derechos fundamentales.

La realidad en que debe sustentarse la soberanía del Estado, no es en la unidad política de un pueblo o una nación que el Estado soberano representa, sino la de un conjunto de individuos que no pueden ser presupuestos y cuya individualidad debe ser considerada como el punto de partida (y de regreso).³⁶ De tal forma que la dignidad de la persona se convierta en el verdadero vértice del sistema seguido de la norma fundamental orientada a protegerla por la vía normativa.

La idea de que el «Estado» que tradicionalmente representa el bien fundamental de la unidad política, no sea el presupuesto de todo, sino más bien el resultado de una acción consciente de los individuos, de las fuerzas sociales y políticas, como también de los mismos poderes públicos... el estatismo liberal es derrotado por la nueva realidad constitucional en un doble sentido. Con la Constitución como norma fundamental de garantía renace la idea de que la validez de las normas del Estado puede y debe ser juzgada partiendo de una norma fundamental que precede la autoridad misma del Estado. Y con la Constitución como norma directiva fundamental renace la idea de que el mismo Estado existe sólo como resultado de un encuentro de voluntades, como consecuencia de una dirección elegida, que los poderes públicos deben perseguir de común acuerdo.³⁷

Varios países de la Europa de posguerra optaron por un modelo de Constitución mixto, como Italia en 1947; Alemania en 1949; Francia en 1958 y que influyó también, en la “segunda ola constitucional”, como con Grecia en 1975; Portugal en 1976; o España en 1978 y posteriormente, en la llamada “tercera ola de democratización”, en los Estados del bloque comunista de Europa del Este. El constitucionalismo contemporáneo europeo, cohesionado hoy a través de los tratados europeos y la carta de derechos, han conformado un sistema mixto, en el que las Constituciones democráticas del siglo XXI, unen por un lado la doctrina del gobierno limitado, y por el otro, la doctrina de los deberes del gobierno.

³⁶ González de la Vega, Geraldina, *Ouroboros*, cit., nota 15, *passim*.

³⁷ Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 9, pp. 129 y 130.

Es decir, la Constitución es, siguiendo la idea de M. Fioravanti: *límite y dirección al mismo tiempo*.

A pesar de las críticas que puedan hacerse a este modelo, principalmente por teóricos neoliberales, el modelo de justicia a que aspira este modelo mixto es el que ha funcionado —más o menos— en los estados democráticos y sociales de derecho, que Europa ha implementado con el ánimo de procurar y promover la igualdad entre los individuos que viven dentro de los confines de la Unión Europea.

Si partimos de la comprensión de la Constitución como un postulado de justicia, parece pues, que la elección sería, más que entre los modelos básicos de Constitución, entre ideales de justicia, que, referidos a aquellos modelos, podemos caracterizar como de justicia distributiva y de justicia correctiva.

a) *La justicia distributiva*, es aquella en donde el Estado interviene, hay un consenso precedente y la sociedad es “moldeada” previamente a partir de ciertos valores fundamentales. La justicia es pues preventiva. Podría colocarse dentro de este ideal de justicia, el modelo mixto de Constitución europeo, pues en él, el Estado y los individuos moldean la sociedad de manera anticipada con base en el consenso constitucional, en donde han acordado plasmar un conjunto de valores culturales y morales que se tienen como fundamentales. De tal forma que la intervención del Estado previene el conflicto, distribuye y equilibra a la sociedad, es decir, se interviene “antes de”. Este modelo puede resultar semejante a la idea de justicia como *fairness* que John Rawls expone en su *Teoría de la justicia*.

b) El ideal de *justicia correctiva*, es aquél en el que el Estado interviene como supervisor y enmendador, una vez que se ha traspasado el límite por parte, ya sea de una autoridad o de un individuo. La justicia es pues remedial y sancionadora. En esta idea de justicia, es posible caracterizar el modelo de Constitución garantista, que de manera general es observado en los Estados Unidos. En él, la sociedad y el Estado realizan sus actividades de manera libre, y el remedio o la reparación del valor-derecho conculcado aparece de manera correctiva, es decir, “después de”.

En la teoría constitucional europea,³⁸ la comprensión valorativa de la Constitución como fundamento del orden jurídico está directamente rela-

³⁸ Hoy en día, la comprensión constitucional fundada en un eje antropocéntrico no es exclusiva del constitucionalismo continental europeo. El constitucionalismo norteamericano ha incursionado en esta comprensión por la vía jurisdiccional. Véase Cossío, José

cionada con la dignidad de la persona como vértice del orden jurídico, cláusula de valor que abre el sustento del Estado en los principios organizativo (federal), democrático y social de derecho, y que vincula no sólo a los órganos del Estado, sino a la colectividad. Así, los derechos fundamentales y la organización del Estado se encuentran fundamentados en el reconocimiento, protección, promoción y garantía de la dignidad como punto de arranque del orden jurídico, no solamente en cuanto a relaciones Estado-individuo, sino también entre particulares. La premisa del Estado constitucional en esta máxima de origen kantiano,³⁹ radica en la necesidad de comprender a la Constitución como el soporte jurídico de la libertad. De tal forma que no debe ser vista ya en una pura relación de suprasubordinación, es decir, entre gobernantes y gobernados, sino como una premisa básica de convivencia entre individuos que se reconocen como libres e iguales y que, en estas condiciones, se unifican bajo una Constitución integradora como vértice del orden jurídico, mismo que hará posible esa convivencia pacífica en términos de igualdad.⁴⁰

Ramón, “Constitucionalismo y globalización”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, 2a ed., México, UNAM-Porrúa, 2003. Asimismo, se han realizado diversas contribuciones sobre el tema en el constitucionalismo latinoamericano. Véase, por ejemplo, Häberle, Peter y Kotzur, Markus, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003; Rolla, Giancarlo, “El valor normativo del principio de la dignidad humana. Consideraciones en torno a las Constituciones Iberoamericanas”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2002, pp. 463 y ss.; Landa, César, “Dignidad de la persona humana”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, 2002. Así mismo, de Häberle, Peter, *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001.

³⁹ Parte de la doctrina alemana hace un gran hincapié sobre la fundamentación del concepto de la dignidad de la persona humana en la filosofía kantiana sobre la idea del hombre como un fin en sí mismo y sus postulados morales. “La dignidad humana es comprendida como un concepto jurídico. Su formulación parte de la propuesta de Günter Dürig, quien toma el concepto de la teoría moral kantiana, pues comprende que una lesión a la dignidad humana puede comprenderse como la objetivización del ser humano, es decir, la comprensión de la persona humana como un medio «fórmula objetiva». La jurisprudencia se ha unido a este criterio, a pesar de ser criticada por la doctrina, como vacía de contenido”. *Cfr.* Hilgendorf, Eric, *Atlas Recht*, Band I. Grundlagen Staatsrecht, Würzburg, 2003. A favor de ésta interpretación, véase, por ejemplo, Horster, Detlef, *Rechtsphilosophie*, Hamburgo, Junios, 2002, pp. 39 y ss.

⁴⁰ Véase *supra*, subtítulo II.

La cláusula de la dignidad, junto con los derechos fundamentales, construyen, simultáneamente, una idea de sistematicidad o una cadena de reciprocidad. Bajo este esquema, los derechos fundamentales tienen un núcleo que parte de la dignidad humana, la cual se complementa, a su vez, a través de los derechos fundamentales constitucionalmente disponibles. De tal forma que, en un siguiente paso, se concretiza la garantía de la dignidad en el principio de libertad y en el principio de igualdad, los que a su vez sirven de núcleo para el desarrollo de derechos más concretos, formando de esta forma una cadena de concretización.⁴¹ Dogmáticamente, lo anterior significa que el principio de libertad, como derecho general a la libertad, funciona como *lex generalis*, en cuyo núcleo habita la dignidad humana; mientras que los derechos específicos que protegen una libertad en concreto (por ejemplo, la libertad de trabajo en el artículo 5o. de la CPEUM) serán comprendidas como *leges speciales*.

Esta cadena de concretización se encuentra enlazada por dos vías con la vida del Estado:⁴² una, por la vía del derecho público como derecho inmediatamente vinculable a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y la otra, por la vía del derecho privado, a través de las cláusulas generales, desde donde operan los derechos fundamentales, tanto derechos objetivos o valores de la comunidad, como principios interpretativos.⁴³

La teoría de los derechos fundamentales se desarrolla y deviene de un cambio de perspectiva, como el propio Bobbio ha planteado desde un punto de mira histórico:

La afirmación de los derechos humanos deriva de un cambio radical de perspectiva, característico de la formación del Estado moderno, en la representación de la relación política, es decir, en la relación Estado-ciudadano o soberano-súbdito: relación que es observada cada vez más desde el punto de vista de los derechos de los ciudadanos y no de los súbditos, antes que desde el punto de vista de los poderes del soberano, en correspondencia con la visión individualista de la sociedad, según la cual para comprender la sociedad es necesario partir de la base, es decir, de los individuos que la componen, en oposición a la tradicional concep-

⁴¹ Maurer, Hartmut, *Staatsrecht I*, 4a. ed., München, Beck, 2005, pp. 264 y ss.

⁴² El Estado en el sentido de “integración”, planteado por Smend, R., *op. cit.*, nota 16.

⁴³ Así ha sido resuelto el Tribunal Constitucional Alemán en la sentencia conocida como “El caso Lüth”, *BVerfGE*, 7, 198, de enero de 1958. Así como el Constitucional español en las sentencias: STC 16/1982, de 28 de abril y STC 80/1982, del 20 de diciembre.

ción orgánica, según la cual la sociedad como todo está antes que los individuos.⁴⁴

A decir de Bobbio, los derechos se convierten en uno de los indicadores principales del progreso histórico, y es gracias a ellos y a su relación con la democracia, que las sociedades o los Estados en el sentido arriba apuntado, consiguen la paz. De tal forma que el entendimiento de los derechos fundamentales ha rebasado ya la teoría monista, que les confiaba únicamente el *status* de protección de la esfera del gobernado frente al gobierno, y ha evolucionado hasta entenderse hoy desde un punto de vista plural.

Peter Häberle,⁴⁵ reconocido por su gran contribución en este sentido, apunta las siguientes funciones y características de los derechos fundamentales: *a)* como *status* de libertad o derechos subjetivos; *b)* con una función objetiva o de valores supremos; *c)* como principios de interpretación; *d)* con una función social y no solamente como intereses individuales; *e)* como condiciones para la existencia de la comunidad; *f)* como fundamento funcional de la democracia; entre otras. Finalmente, Häberle explica que la garantía y el ejercicio de los derechos están caracterizados por la concurrencia de intereses públicos e individuales, desde donde parten los límites y la organización de la propia comunidad.

IV. PROSPECTIVA CONSTITUCIONAL MEXICANA

Ante la presencia de ambos ideales de justicia, de los modelos descritos de norma constitucional, así como del concepto jurídico-constitucional de dignidad humana como núcleo de los derechos fundamentales; pareciera que la dogmática constitucional mexicana se acerca cada vez más hacia el modelo mixto europeo.

Esto lo afirmamos con base en las recientes tesis del Poder Judicial⁴⁶ de la Federación, en donde se reconoce a la Constitución como conteni-

⁴⁴ Bobbio, Norberto, "Introducción", *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

⁴⁵ Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Granada, Comares, 2003, capítulo primero, pp. 29 y ss.

⁴⁶ Para este apartado, analizamos tesis del Poder Judicial de la Federación, únicamente de la novena época y nos enfocamos, además, mucho más en las producidas a partir de 2000.

do de principios, valores y reglas supremas,⁴⁷ cuyas instituciones fundamentales son las derivadas de los principios básicos que tienen como objetivo construir y definir la estructura política del Estado mexicano. Así mismo, se entiende que la función del Estado es la de proteger y hacer efectivas las disposiciones de la Constitución, dando estabilidad y permanencia a la nación en su conjunto, pues rigen su vida política, social y económica. Se consideran como básicos, los siguientes principios:⁴⁸ *a*) régimen federal; *b*) división de poderes; *c*) sistema representativo y democrático de gobierno; *d*) separación Iglesia-Estado; *e*) garantías individuales; *f*) justicia constitucional; *g*) dominio directo y originario de la nación sobre sus recursos; y *h*) rectoría económica del Estado. Así mismo, el Poder Judicial de la Federación comprende que es voluntad de la Constitución asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente de conformidad con el carácter excepcional que la misma les atribuye.⁴⁹

Así mismo, se han establecido como valores superiores del orden jurídico: la vida⁵⁰ y los principios de libertad, igualdad, la dignidad humana, la democracia, la división de poderes que regula y limita a las autoridades, los poderes y los órganos del Estado. Entendiendo que éstos, de conformidad con los postulados y principios fundamentales que acoge la Constitución, están sujetos a la ley en su organización, funcionamiento, facultades y atribuciones, y sólo pueden actuar en aquello que les ha sido concedido, pues en lo que guarda silencio, lo tienen prohibido (principio de legalidad); en tanto que tratándose de particulares, ese silencio les garantiza que lo que no les está prohibido, es lícito y permitido (principio de libertad).⁵¹

⁴⁷ Tesis I.4o.A.58 K, novena época, Tesis aislada de abril de 2005, Tribunales Colegiados de Circuito.

⁴⁸ Tesis P./J. 21/2002, novena época, Jurisprudencia de abril de 2002, Pleno de la Suprema Corte de Justicia.

⁴⁹ Tesis CXXXIII/2004, novena época, Tesis aislada de diciembre de 2004, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia.

⁵⁰ Tesis P./J. 13/2002, novena época, Jurisprudencia de febrero de 2002, Pleno de la Suprema Corte de Justicia.

⁵¹ En diversas tesis de la novena época: tesis CXXXV/2005, tesis aislada de agosto de 2005, Pleno de la Suprema Corte de Justicia; tesis 1a/J. 81/2004, jurisprudencia de octubre de 2004, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia; tesis P./J. 42/97, jurisprudencia de junio de 1997, Pleno de la Suprema Corte de Justicia; tesis I. 4o A 437 A, tesis

De igual forma, es importante destacar la utilización de principios de interpretación, que la teoría constitucional europea ha desarrollado, y a través de los cuales puede verse la gran influencia en la dogmática mexicana de la Constitución comprendida como límite y como dirección: el análisis objetivo del espíritu de la ley,⁵² la optimización entre derechos fundamentales (concordancia práctica),⁵³ la “interpretación conforme”⁵⁴ (a la Constitución), la protección de derechos en dos dimensiones (horizontal y vertical),⁵⁵ el principio *indubio pro libertate* o principio de libertad,⁵⁶ la diferencia entre derechos fundamentales y principios rectores del Estado social (*policies* o *Staatszielbestimmungen*),⁵⁷ el estudio o interpretación sistemática de la Constitución⁵⁸ y del sistema jurídi-

aislada de septiembre de 2004, Tribunales Colegiados de Circuito; tesis: XXIII.3o.J/1, jurisprudencia de octubre de 2002, Tribunales Colegiados de Circuito.

⁵² Tesis I. 4o A 437 A, novena época, Tesis aislada de septiembre de 2004, Tribunales Colegiados de Circuito. Así como la tesis XXVIII/98, novena época, tesis aislada de abril de 1998, Pleno de la Suprema Corte.

⁵³ Tesis II. 2o., p. 96, novena época, tesis aislada de octubre de 2003, Tribunales Colegiados de Circuito. Así como la tesis I. 1o. A 100 A, novena época, Tesis aislada de noviembre de 2003, Tribunales Colegiados de Circuito.

⁵⁴ Tesis I. 4o. A 58 K, novena época, tesis aislada de abril de 2005, Tribunales Colegiados de Circuito.

⁵⁵ Tesis 2a. XXVII/ 2005, novena época, tesis aislada de marzo de 2005, Segunda Sala de la Suprema Corte. De acuerdo con esta tesis, la Corte reconoce que la posesión es un derecho que se protege entre particulares y entre éstos y los poderes públicos a través del artículo 14 “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos” relacionado con el artículo 17 “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho”, de acuerdo con lo que reconoce que es deber de los poderes públicos de proteger la posesión y los derechos que de ella deriven con la finalidad de que ambas dimensiones adquieran eficacia jurídica. Así mismo la tesis 2a/ J. 40/96, novena época, Jurisprudencia de agosto de 1996. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia y las que respecto a la limitación en materia de publicidad y servicios financieros respectivamente se declararon en enero de 2005: 1a CLXVI/2004, novena época, tesis aislada de enero de 2005, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, y 1a CLXV/2004, novena época, tesis aislada de enero de 2005, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia.

⁵⁶ Tesis XVII. 2o C. T. 14 K, novena época, tesis aislada de agosto de 2004, Tribunales Colegiados de Circuito, Así mismo, se trata la interpretación conforme en esta tesis. Así como la tesis I. 4o A 441 A, novena época, tesis aislada de octubre de 2004, Tribunales Colegiados de Circuito.

⁵⁷ Tesis 2a. CXLV/2002, novena época, Tesis aislada de noviembre de 2002, Segunda sala de la Suprema Corte de Justicia.

⁵⁸ Tesis P. / J. 34/2000, novena época, Jurisprudencia de abril de 2000, Pleno de la Suprema Corte de Justicia.

co,⁵⁹ así como el reconocimiento de la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad por omisión del legislador, debido al modelo de justicia constitucional, en particular el principio de relatividad que rige el juicio de amparo.⁶⁰ Recientemente, la Corte se ha pronunciado por la introducción de criterios de escrutinio o principio de proporcionalidad en los actos de autoridad que limitan derechos fundamentales (el *strict scrutiny* norteamericano o el *Verhältnismäßigkeitsprinzip* alemán).⁶¹

A partir del desarrollo de una *nueva* dogmática de la CPEUM, podemos plantear la siguiente comprensión abierta y material sobre el concepto de Constitución mexicana,⁶² de acuerdo con lo arriba apuntado y con la propia normativa fundamental: la Constitución representa la unificación de valores⁶³ previamente establecidos que dan contenido al orden jurídico positivo⁶⁴ y que le sirven de fundamento a través de la incorporación de las tradiciones liberales en la República representativa y democrática,⁶⁵ del Estado de derecho⁶⁶ y el Estado fe-

⁵⁹ Tesis P. / J. 837 99, novena época, Jurisprudencia de septiembre de 1999, Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Así como, la tesis I. 4o. A 451 A., novena época, tesis aislada de enero de 2005, Tribunales Colegiados de Circuito, “el orden jurídico tiene la pretensión de ser hermenéutico, de ahí el principio de interpretación y aplicación sistemática orientado a conseguir la unidad, concordancia o coherencia, plenitud, eficacia y coexistencia inter-sistémica de los varios bienes jurídicos en tutela. Por tanto, los derechos sustantivos de nivel constitucional presentan: a) límites internos de su cobertura en razón, precisamente, de los bienes tutelados, y b) restricciones necesarias que permitan la vigencia efectiva de otros derechos fundamentales, configurativos del orden público”.

⁶⁰ Tesis LXXX/99, novena época, Tesis aislada de noviembre de 1999, Pleno de la Suprema Corte de Justicia, así como la tesis P. CLXVIII/97, novena época, tesis aislada de diciembre de 1997, Pleno de la Suprema Corte de Justicia. Consideramos de importancia este reconocimiento, pues indica la comprensión de la vinculación directa de los órganos del Estado a la Constitución.

⁶¹ Tesis 1a. CXXXII/2004, novena época, tesis aislada de diciembre de 2004, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, así como la tesis 1a. CXXXIII/2004, novena época, tesis aislada de diciembre de 2004, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia.

⁶² Cfr. Hesse, Honrad, *op. cit.*, nota 2. El autor habla sobre el concepto material que el Tribunal Constitucional Alemán (*BVerfGE*) ha pronunciado a través de diversas resoluciones, p. 4.

⁶³ Tesis I.4o.A.58 K., novena época, tesis aislada de abril de 2005, Tribunales Colegiados de Circuito.

⁶⁴ Artículos 70-77, 89 I, 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

⁶⁵ Artículos 12, 39, 40, 41 y 49 de la CPEUM.

⁶⁶ Artículos 1, 13, 14, 16, 17, 23, 49 y 133 de la CPEUM.

deral,⁶⁷ así como de los principios de Estado social⁶⁸ y de las decisiones sobre un orden de valores⁶⁹ que los Constituyentes han dado estableciendo un Estado ideológicamente plural⁷⁰ pero que no puede entenderse como “a-valorativo”.

V. EXCURSO SOBRE EL LEGISLADOR PENAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Entendida la Constitución como límite y como dirección, así como un postulado de justicia, cuyo núcleo y dirección se encuentran en el concepto jurídico-constitucional de la dignidad, cobra relevancia el papel que el derecho penal ejerce dentro de un Estado, en el que ya no solamente los derechos y libertades son vinculantes frente a la autoridad, sino que además se convierten en valores que la comunidad en su conjunto desea proteger y promover. Pues en este sentido:

No se debe considerar al derecho penal sólo como un «arma» a disposición de la comunidad. Se debería, más bien, intentar establecer una relación íntima sustancial y fecunda entre aquél y los titulares de los derechos fundamentales llamados en causa... El derecho penal está dado, a menudo, para hacer operativos los valores que son objeto, a su vez, de los derechos fundamentales. Dicho en otros términos: si se le pregunta sobre el sentido y fin de las leyes penales admisibles constitucionalmente —y para definir los límites admisibles para los derechos fundamentales se debe razonar de ese modo— se puede demostrar sin duda que el fin que se propone realizar el derecho penal no solamente no es contrario a los derechos fundamentales, sino que opera a favor de éstos, y por eso también a favor del individuo mismo.⁷¹

La falta de vinculatoriedad de la Constitución mexicana al legislador en materia penal, ha llevado a contradicciones no sólo de tipo formal, sino también de tipo doctrinal. Esto se debe a la adolescencia de *constitucionalidad* que esta disciplina ha sufrido, y que la ha llevado a ser confusamente

⁶⁷ Artículos 2-4, 25-28, 40, 41-49, 115-122, 124, 133 y 135 de la CPEUM.

⁶⁸ Artículos 2-5, 25-28, 123 de la CPEUM.

⁶⁹ Artículos 1-3, 39-41, 12, 115-122, 124, 130, 133, 136 de la CPEUM.

⁷⁰ Artículos 3, 6, 7, 9, 24 y 130 de la CPEUM.

⁷¹ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 45, p. 59.

considerada por algunos tratadistas como “Constitución negativa” o como la *cara represora* del derecho. En realidad, el derecho penal aparece como garante de derechos,⁷² sancionando a quienes ejercen su libertad más allá de los límites que una sociedad democrática se ha puesto a sí misma. Pues “[c]astigando determinadas acciones, el ordenamiento jurídico enuncia un juicio de valor negativo. Una libertad que no estuviese vinculada a un valor equivaldría al albedrío. En el conjunto de las normas penales se reflejan las concepciones de los valores de la comunidad. El individuo depende de estos valores, estando sustancialmente asociado a la comunidad”.⁷³ La totalidad del sistema jurídico refleja en su contenido aquellos valores que la comunidad plasma en la Constitución como fundamentales y de acuerdo con los cuales el Estado deberá funcionar. La ley penal no es una excepción dentro del sistema jurídico, pero además se erige en garante del mismo pues guarda la integridad de ese orden jurídico que parte de la normatividad de la Constitución.⁷⁴

De tal forma, que de acuerdo con el *carácter tipo* de un Estado constitucional,⁷⁵ la ley penal guarda la misma relación de subordinación constitucional que cualquier otra norma secundaria, pero además, guarda la más estrecha relación con los principios fundamentales del Estado cons-

⁷² Véase González de la Vega, René, *Ciencia jurídico penal*, México, Inacipe, 2003, *passim*. Asimismo, González de la Vega, René y González de la Vega H., René, “¿Por qué hacer filosofía del derecho penal?”, *Revista Intercriminis*, México, núm. 2, tercera época, 2005.

⁷³ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 45, p. 59.

⁷⁴ En el mismo sentido se pronunció la Corte en la siguiente tesis desarrollada en 1943, que vale la pena transcribir, casi íntegramente: SJF LXXXVII, p. 2002, Pleno, tesis aislada, GARANTÍAS INDIVIDUALES, ATAQUES A LAS. El derecho constitucional mexicano se desarrolló, al principio, en un cuadro individualista, para proteger las garantías individuales, estableciendo medios preventivos, represivos y reparadores, y por último el juicio de amparo como medio típico y reparador por excelencia; pero no puede sostenerse que las leyes secundarias que, en cumplimiento de los preceptos constitucionales, reglamenten y fortalezcan sólo los derechos del hombre, no pueden dictarse por los Estados, pues en caso contrario, no se explicaría que las legislaturas locales dictasen códigos penales, civiles y de procedimientos, en ambas materias, todos los cuales tienen como fundamento los derechos establecidos en la Constitución Federal... La materia de cada artículo constitucional es la regla que decide la competencia exclusiva o concurrente de la Federación y los estados, en estos puntos, de lo contrario, la consecuencia lógica sería la negación del sistema federal. Siendo la mayor parte de los delitos ataques a las garantías individuales, de aceptar la exclusividad legislativa del Congreso Federal, ningún estado podría expedir ya códigos penales ni castigar el homicidio, las heridas, el plagio, etcétera.

⁷⁵ Véase *supra*, subtítulo I.

titucional. Es la propia norma penal, la encargada de velar por el respeto de los derechos fundamentales, del orden jurídico, así como de las instituciones y estructuras del Estado mismo. Cualquier ley penal sanciona los actos cometidos en contra de los mismos principios normativos que un Estado constitucional protege,⁷⁶ a saber: derechos fundamentales, Estado de derecho, democracia y soberanía e instituciones del Estado. El Código Penal mexicano sanciona en su libro segundo las conductas que lesionen estos mismos valores constitucionales, protegiendo desde la seguridad de las instituciones del Estado, hasta el derecho a un medio ambiente adecuado.

A partir de ese desarrollo conceptual del constitucionalismo mexicano de hoy, es posible apuntar ahora mismo, según se percibe en el clima general de la nación, no sólo a un nuevo constitucionalismo, sino a uno regente de la actividad legislativa ordinaria, fundamentalmente la penal, vista en tanto instrumento de molestia grave a los gobernados, por lo mismo, tenido por brazo represor de un Estado autoritario, ya fuera de contexto en este sesquicentenario de la Constitución de 1857 y a 90 años de la carta de 1917.

Por esos defectos ya comentados en la construcción e interpretación constitucionales, y todo ello montado en épocas no felices para la edificación de una ley penal atendida a la norma suprema (pues durante décadas se tuvo a la norma punitiva como *soberanamente constituida*, según aportación del derecho nacionalsocialista, al convenir así a sus intereses), el penalismo universal logró imponer un derecho visto más como símbolo artificial para la dominación selectiva, que como dispositivo protector de derechos fundamentales, ante comportamientos desviados.

En los entretiempos de publicación y vigencia de nuestras dos Constituciones paradigmáticas (1857-1917), se presentó una primera sistematización del derecho penal, a través de los trabajos de un distinguido discípulo de Jhering: Von Liszt,⁷⁷ quien aportó el ahora fundante Programa de Marburgo, mismo que para sus épocas, cuando se desconocía el principio de supremacía constitucional, propuso como garantía a los justicia-

⁷⁶ Así lo vemos en la interpretación de la Corte durante los primeros años de vida de la Constitución: SJF XIV, quinta época, p. 776, Pleno, tesis aislada del 25 de febrero de 1924. Así como SJF XXVIII, quinta época, p. 1324, Pleno, tesis aislada del 10 de marzo de 1930. En donde la Corte reconoce que todos los delitos lesionan garantías individuales.

⁷⁷ Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*. traducción de la 18a. edición alemana por Quintiliano Saldaña, Madrid, Reus, 1926, 3 ts.

bles, el principio de máxima restricción, en concordancia a ese Estado autocontrolado ya mencionado.

La teoría purificadora del derecho,⁷⁸ unos años más tarde, durante la primera posguerra, incorporó el sentido autopoiético de lo normativo, para indicar que las reglas producen reglas y que lo importante no era el contenido normativo, sino los modos procesales de producción de leyes, para brindarles vigencia, con ello validez y ante tal, resultar justas, construyendo así la afamada teoría de la justicia del positivismo más fuerte.

Ese principio de jerarquía normativa introducido, parecía que aliviaba la carencia anterior mencionada al invocar a Liszt; pero el autor austriaco colocó en el vértice de su pirámide, no un ángulo cerrado, sino trunco, que denominó *norma hipotética superior*, para insistir en su *relativismo axiológico*, con lo que orillaba al legislador al derivar reglas desde reglas, a toparse con una parte superior inacabada, que suponía una especie de Constitución histórica inexistente, ante lo que Kelsen, por ese remonte apuntado, ha sido acusado recientemente de ser en realidad un iusnaturalista encubierto (Alf Ross).

Estas concepciones influyeron en su hora el incipiente constitucionalismo mexicano y la producción legislativa ordinaria, que fijamos en la materia penal, dada su especial trascendencia. El legislador ordinario de lo jurídico penal no atendió nada que no fuera ese autocontrol mirado en la “máxima restricción” y, partiendo de un concepto de derecho en tanto sistema coactivo y que reconocía a la norma jurídica como su objeto de estudio para dogmatizarse,⁷⁹ resultó un poder ilimitado, que se basó para su acto creativo de normas en su propio concepto de dañosidad, quebrantamiento del deber y lesión a juridicidad. Todo, bajo un modelo *ex parte principis*.

Un acto legislativo que se detenía tan sólo ante lo empíricamente comprobable y lo lógicamente posible, resultó estar sujeto sólo a sí mismo, y de ahí que ese acto creativo de leyes penales, se tuviera por un ac-

⁷⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 1934-1960.

⁷⁹ Aquí usamos el concepto de dogma y no el de dogmática apuntado en la nota 3, *supra*. Véase, por ejemplo, Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2a. ed., Argentina, Hammurabi-Depalma, 2000; Jakobs, Günther, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, trad. de Teresa Manso Porto, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; así como, Moreno, Moisés, “La política criminal legislativa”, en Moreno, Moisés (comp.), *Orientaciones de la política criminal legislativa*, México, ELD-CEPOLCRIM-Inacipe, 2005, pp. 1332 y ss.

to de características exclusivamente políticas, ajeno a la pantalla del teórico jurídico. Se legislaba en lo penal por decisionismos políticos, éticas unilaterales del poder, intuicionismos, sin estar ausentes los caprichos y arbitrariedades.⁸⁰

En realidad, esa forma de producción legislativa, ya pervertida, respondió a conveniencias del poder político de dominio, muy propio de las distintas civilizaciones del siglo pasado. Nunca quiso reconocerse que las leyes ordinarias tienen en su papel, entre otros, el de desarrollar derechos fundamentales, para garantizarles de manera más efectiva, a veces a través de la ley penal.

Al llamado principio de “máxima restricción”, montado en la concepción de un derecho tenido como sistema coactivo, a fin de brindarle una auténtica unidad en la razón práctica, habría que entrelazarlo con factores morales y políticos. El derecho es, en efecto, coactivo y autoritativo, pero resulta que es también crítico e ideal, pues hoy, aquella teoría de la justicia positivista no prevalece más, dado que no todos los juicios sobre lo jurídico resultan de orden lógico, ante su fuerza o vigencia, que puede calificarse de verdadera o falsa. Ahora, es preciso hacer juicios por separado en torno a la validez normativa, siempre que la ley se apegue a norma superior y no se puede soslayar el llamado juicio de justicia, que es *ex parte populi*, para resolver sobre su pertinencia en el seno comunitario.

Esto es, ahora se atienden juicios de orden alógico, sobre la rectitud o no de la norma, sobre sus contenidos éticos o inmorales, los que no se conforman con un ejercicio meramente empírico-analítico y deben acudir a otro de orden normativo-analítico. Pasar de una incompleta teoría dogmática⁸¹ del derecho penal, a otra de orden normativo, que sepa hallar las subyacencias que justifican el orden jurídico por crearse *lege ferenda* y el positivo, *lege lata*.

Ante una nueva comprensión del Estado constitucional mexicano, emerge la necesidad de reforzar cada vez más la argumentación jurídica que justifique los actos de poder, incluido el acto legislativo. En la ley penal, que es norma de alta densidad, ese ejercicio justificativo se exige con mucha mayor fuerza. De ahí que la incorporación de esos factores morales y políticos al análisis y creación del derecho penal pida una de-

⁸⁰ Véase *supra*, subtítulo II, sobre el modelo estatista decisionista.

⁸¹ Aquí usamos el concepto de dogma y no el de dogmática apuntado en la nota 3, *supra*.

cisión fuerte en el sentido de dedicar la ley penal a un papel mucho más digno y acotado: desarrollar y proteger derechos fundamentales, cuyo núcleo de valor puede ponerse en riesgo o lesionarse por individuos o autoridades.

Una Constitución normativa exige siempre la debida atención a principios indubitables del Estado de derecho: división de poderes; jerarquía normativa; legalidad estricta; vinculatoriedad, a fin de buscar legislaciones que en juicios separados, pero simultáneos, resulten vigentes, válidas y justas. Un legislador penal omnímodo e ilimitado es hoy una aberración, un anacronismo, que ha de ser revisado, a fin de llegar a una comprensión mucho más eficaz, que supere aquellas estructuras lógico objetivas de Welzel, y fundamentalmente, esa guía que quiere hallarse en una política de Estado, conocida como política criminal legislativa, que finalmente es una tendencia *ex parte principis*.

Los principios ahora tan exigidos para allegar garantismo al derecho penal,⁸² consistentes en no legislar en lo penal sino bajo exigencias definidas de una auténtica necesidad, misma que emergerá bajo la presencia de una acreditada lesión al bien jurídico, quieren colocar límites al legislador.⁸³ No sólo por cuestiones de economía legal sino, en rigor, para asumir esa necesidad para legislar, como un verdadero límite positivado al creador de normas jurídicas, siempre que se avizore un daño o riesgo a un derecho fundamental, que basándose en razones socioaxiológicas, a partir de una ética universal, se erija en bien jurídico a proteger.

De esa manera, la ley penal asume su verdadero papel de ser ley ordinaria, emergida de un legislador ordinario, cuyo papel es proteger derechos

⁸² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2001.

⁸³ Por cierto, es de extrañar que hasta ahora la doctrina no haya reparado en la modificación realizada en 1996 a la fracción XXI del artículo 73 de la CPEUM, misma que acentuó mucho más el carácter de un “legislador omnímodo”. En ella, se modificó el verbo “definir” por el de “establecer” [los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellas deban imponerse]. El primer verbo (definir) presupone una connotación de límite, al tener un concepto o un núcleo a partir del cual concretar los delitos; mientras que el verbo establecer, denota creación. Así mismo, es de mencionar la connotación de “leyes orgánicas” de la Constitución española (artículo 81), que tienen, entre otras, la misión desarrollar derechos fundamentales, a través de un procedimiento legislativo con quórum elevado. Inclusive, ha sido reconocida por el propio Tribunal Constitucional Español la condición de ley orgánica de la ley penal. Es decir, no es *legibus solutus*. Véase *DOF* del 3 de julio de 1996.

fundamentales, regida por ese principio rector que, desde el problema de Weimar, exige que las leyes desarrollen esos derechos fundamentales para su debido goce y disfrute. Con ello, la ley penal pierde su infame carácter de ser legislación preventivo-represiva, con enorme ineficacia y se atiene a un más digno papel proteccionista.

Para poder reconocerle un aspecto garante a la ley penal mexicana es necesario reconocer la normatividad de que ha estado despojada durante sus 90 años de existencia. Especialmente en lo que se refiere al capítulo de derechos fundamentales y, en consecuencia, vincular directamente a ellos, no sólo al legislador, sino también a la propia comunidad. Una realización funcional, normativa, integradora y sistemática de la Constitución mexicana,⁸⁴ impulsará a su concretización por las vías interpretativa y creadora de normas, desde donde la legislación adquiere su formalidad, pero también, desde donde deberá adquirir su contenido material. Una vez establecido que la ley penal debe estar sujeta a un contenido material de núcleo constitucional, se estará en condiciones de proponer pues, una nueva visión penal, en tanto garante de la normatividad del Estado constitucional y, en especial, de los derechos fundamentales.

VI. COLOFÓN

Podemos concluir que la Constitución mexicana de 1917, que nació de las luchas provocadas por la Revolución de 1910, obsequió nuevos principios básicos al Estado mexicano, pero ha carecido del dinamismo propio que una Constitución normativa democrática de corte social requiere; pues, además de conservar la declaración de derechos y libertades propios del constitucionalismo del XIX, pretendió garantizar los llamados derechos sociales, mismos que precisan ya de un dinamismo en la comunidad, y no del mero reconocimiento por parte del Estado. De esta forma, el Constituyente de 1917 retóricamente modificó el nombre del título que originalmente era “De los derechos del hombre” y lo llamó “De las garantías individuales”, en un intento meramente declaratorio de garantizar, aquello que por mera estipulación lingüística es *ingarantizable*.

⁸⁴ Nos referimos evidentemente a los principios de interpretación constitucional que Konrad Hesse desarrolla en su obra. *Cfr. op. cit.*, nota 2, pp. 27 y ss. Mencionando también, el de concordancia práctica, el cual postula que a través de la interpretación se debe lograr una optimización de los principios constitucionales.

El culto constitucional que procedió a la promulgación de la Constitución, tuvo como labor la de justificar este fallo —y muchos otros— de un Constituyente que pretendió por la mera acción de las palabras garantizar las demandas populares, en un intento por acallar las disputas revolucionarias.

Durante el siglo XX, el constitucionalismo mexicano en materia de derechos fundamentales vivió bajo la fórmula decimonónica de un reconocimiento, *protección* y *garantía* sencillamente declaratorio y una vinculatoriedad al legislador puramente formal. Hecho que se ha ido corrigiendo, en cierta medida, con las recientes interpretaciones del Poder Judicial federal que hemos discutido arriba y que van configurando una comprensión constitucional mixta. Pero esto no es suficiente; para alcanzar un verdadero Estado social y democrático de derecho, habrá que continuar con la labor interpretativa, y quizá reformadora. Al hablar de derechos se debe atender a un lenguaje de tipo normativo. De otra manera, nos encontramos frente a meras declaraciones de buena voluntad. Por ello, al principio de esta colaboración ya llamábamos la atención acerca de la necesidad de desarrollar una dogmática constitucional, especialmente de los derechos fundamentales, estrictamente mexicana, pero que a fin de proteger eficientemente la libertad, parta de una fundamentación normativa antropocéntrica.