

LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO EN MÉXICO Y SU NECESARIA EVOLUCIÓN HACIA EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Enrique URIBE ARZATE*
Diego Enrique URIBE BUSTAMANTE**

Sumario: I. *Introducción*. II. *Estado y legalidad* no constitucional.
III. *La ficción de la división del poder*. IV. *Del Estado de derecho al Estado*
de los derechos. V. *La ratio constitucional*. VI. *Fuentes citadas*.

I. INTRODUCCIÓN

Sabemos con suficiencia cuáles son los grandes problemas de México; todos tienen una dimensión social y su traducción es institucional/constitucional; por ello, parte de la solución de la grave crisis que vivimos, debe ensayarse desde el escenario de las reglas constitucionales, en un esfuerzo ingente por enlazar los mejores diseños constitucionales, con la realidad que nos atenaza cotidianamente con todas sus miserias.

A partir de esta afirmación que identifica nuestra postura sobre la cuestión que abordaremos, la difícil situación general que enfrenta México, se puede focalizar en varias de sus expresiones centrales; a saber: Un sistema institucional en crisis que hace evidente su fragilidad en la corrupción y la impunidad irrefrenables; a causa de esto, la ausencia de credibilidad en los gobiernos de cualquier ámbito competencial, la falta de legitimidad nacida de procesos electorales poco confiables y la opacidad generalizada en

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México

** Estudiante de la Licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.

grandes espacios de las decisiones centrales para el país, han propiciado la desconfianza hacia el espectro que conocemos como el Estado de Derecho.

Como resonancia de tiempos pretéritos, recordemos que en la construcción de conceptos como soberanía popular, representación, democracia y poder público, el Estado absolutista cedió el paso a una nueva organización que asumió como principios insuperables, los aquí referidos. A partir de la revolución francesa, quedó patentizado que el único e irremplazable titular de la *potestas* es el pueblo y en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, quedó consagrada una afirmación vital para los seres humanos: “*Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.*”

Aquí está el *quid* de la cuestión; más de dos siglos después, las garantías de los derechos apenas están en construcción y la separación de poderes no ha propiciado los ejercicios pertinentes para el control sobre quienes encarnan las atribuciones de los órganos del Estado; por tanto, el Estado de Derecho, desembocó en lo que podemos llamar un *Estado jurídico mínimo*. El Estado de la legalidad incapaz de servir de cauce a la cuestión de mayor relieve que significa el control de la constitucionalidad, se conformó con vigilar la “legalidad” de las leyes y la legalidad de los actos de poder, sin atender la defensa de los principios constitucionales que entonces fueron cuestionados y violentados; así, fácilmente se comprende el *status quo* dominante inundado de leyes inconstitucionales, tratados que cuestionan la primacía formal de la Constitución y actos y omisiones que materializan el abuso de poder y la irresponsabilidad sin consecuencias, de los gobernantes corruptos y mendaces.¹

En la misma vertiente, la división del poder público que se creyó suficientemente asegurada con la separación interorgánica de los “tres poderes” y la absurda segmentación de sus atribuciones, muestra el día de hoy una realidad de apremio que exige la colaboración interorgánica horizontal y vertical, para hacer frente a las necesidades y expectativas de la sociedad actual que requiere respuestas prontas, lejanas a la tortuosidad del aparato gubernamental e infranqueables al abuso y la corrupción.

¹ Una crítica -sin duda interesante- plantea algo insalvable en lo que sigue: “*La idea de un Estado de Derecho se crea con la intención pueril de presentar algo absurdo y totalmente contradictorio: un Estado soberano, es decir supremo, que al mismo tiempo no es supremo pues está regido, es decir, controlado o reglamentado por el Derecho; esto supone tontamente, por una parte, que el Derecho se hace y se establece por sí mismo y por otra que, aunque el Estado sea supremo, el derecho es superior a él.*” Valdés, Clemente, *La invención del Estado*, Coyoacán, México, 2010, pp. 94 y 95.

El Estado de Derecho —que Ferrajoli ha identificado como el Estado de Derecho en sentido débil,² está sumido en esta doble crisis; por un lado, *la crisis real*, fáctica, sensible para todos los gobernados —inermes ante la ausencia de autoridad y sobre todo carentes de respuestas oportunas, pertinentes a sus reclamos más sensibles y básicos—; por el otro lado, *la crisis teórico-conceptual* que hoy no alcanza para argumentar y sostener la viabilidad de una organización jurídico-política, paulatinamente agotada e incapaz de ofrecer respuestas a los habitantes, cada vez más oprimidos y cada vez menos ciudadanos.

En este sentido, el agotamiento de las capacidades de respuesta del aparato gubernamental —como expresión pragmática de la potestad del Estado—, evidencia ante los habitantes, esta necesidad de reconstrucción conceptual-teórica-estructural y competencial de *lo stato*; esta necesidad/exigencia se vuelve mayor en el caso de los Estados que por su organización de tipo federal son más complejos; en este supuesto, la dualidad competencial requiere una mejor definición para la viabilidad de la articulación entre los órganos federales entre sí, y entre las autoridades federales y las de orden local (estatales y municipales), cuidando en todo momento de no incurrir en invasiones competenciales (verticales u horizontales) nugatorias de la división de poderes y de los derechos de los habitantes. Un ejercicio contrario a lo aquí dicho, convierte a los Estados libres y soberanos del modelo federal, en meras administraciones locales de las decisiones del centro y a los municipios (salvo contadas excepciones), en poco más que espacios acotados para la administración de la pobreza.

En este orden de ideas, si el Estado de Derecho fungió como el gran acierto del siglo XX para enfrentar las dictaduras y la violación flagrante a los derechos civiles y políticos, el desarrollo de las sociedades, marcó poco a poco pero de manera firme, una clara distancia entre el Estado de corte jurídico-político, legalista y formal, y las necesidades acuciantes, cotidianas de los habitantes, que nunca se han podido paliar con diseños formales contruidos *a priori*.

De este modo, las reglas de derecho visibles en ciertos enunciados como la irretroactividad de la ley, la división de poderes, o en recetas como *el primero en tiempo es primero en derecho* o *el que puede lo más puede lo menos* y creencias irrefutables como la infalibilidad del juzgador, la cosa juzgada como decisión terminal o la jurisprudencia como interpretación incuestionable, han dejado de ser semiente de certidumbre para los gobernados, por la facilidad

² Ferrajoli, Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía*, número 16, abril 2002, ITAM, México, p. 9.

con que permiten la generación de iniquidades y violaciones irreparables, tales como la prescripción de los delitos o la imposible reparación del daño en violaciones a derechos humanos como la desaparición forzada, la tortura y otras manifestaciones de la opresión y el abuso del poder.

Tal vez se sitúe aquí la gran crisis del Estado de Derecho: ni teórica, ni conceptualmente, ni en la realidad misma, sirve para propiciar certidumbre y confianza en los gobernados. *Id. est.*, la legalidad como suprema expresión del Derecho dejó de ser el anclaje insustituible de la certeza jurídica y de la credibilidad social, y la creación indiscriminada de órganos acotados de origen, impenetrables y cerrados a la suma de esfuerzos, solamente generó más burocracia y volvió tenues y frágiles las competencias interorgánicas y sumamente complejo el funcionamiento del Estado.

Tomando en cuenta la evolución de estos conceptos que fueron —y siguen siendo citados reiteradamente—, vamos a ubicar nuestro análisis en dos de ellos: la universalidad y fuerza de la legalidad *no constitucional* y la insostenible fractura del poder público en varios “poderes” y en varios “niveles” de gobierno, cuyo resultado previsible es la colisión, la desorganización y la ineficacia en los resultados de la gestión pública. En esto último, la franca ruptura del desiderátum normativo con la realidad, debe llamar la atención de juristas y políticos, pues la simulación legal-normativa³ ha causado un daño tremendo a la cosa pública, al desarrollo del país y al bienestar de los habitantes, y semejante *status quo* resulta insostenible.

Una vez planteado el sentido de nuestro abordaje, ¿qué ruta debe seguir el Estado de Derecho para superar esta crisis? Algunos atisbos se ofrecen en las reflexiones siguientes.

II. ESTADO Y LEGALIDAD *NO CONSTITUCIONAL*

De las afirmaciones cuasi axiomáticas que referimos líneas atrás, y que son citadas cada día y en todo momento en cualquier escenario de la vida huma-

³ Esto es lo que Valadés ha llamado la nomogogia: “*La nomogogia es la manipulación de la norma para satisfacer intereses coyunturales y en perjuicio del sistema constitucional. La nomogogia de los juristas es más nociva que la demagogia de los políticos, porque la hacen expertos vinculados por el juramento profesional de servir con lealtad a la comunidad. Los políticos irresponsables crean ilusiones para obtener votos. Esto es dañoso para las sociedades pues las hace perder confianza en la política; pero los juristas irresponsables forjan contradicciones y fantasías, y esto hace que una sociedad pierda confianza en sí misma al considerarse impotente para una vida de relación justa, equitativa y libre, basada en principios y en reglas razonables.*”, Valadés, Diego, “Los constitucionalistas y el cambio constitucional”, en Bazán, Víctor, *et. al.*, (Coords.), *Estado constitucional y convencional*, Instituto de Estudios de Investigación Jurídica, Hispamer, Managua, 2017, p. 17.

na, podemos extraer algunas que sirven de sustento al Estado de Derecho y que son, racionalmente cuestionables.

Por principio, diremos que el uso corriente del término Estado de Derecho, se ha desgastado tanto que la referencia más común consiste en afirmar *el imperio de la ley*, aunque la ley *lato sensu* no se cumpla o resulte ineficaz; de este modo, la visión ortodoxa sobre el Estado de Derecho hace un uso limitado de este término y lo encajona en la dimensión legal-ordinaria, con la conclusión evidente de un Estado formalmente armado desde las leyes, pero no necesariamente asentado en principios, valores y preceptos jurídicos de orden superior; esto significa que la gran crisis generada desde la dimensión conceptual, ha trascendido hasta la *praxis* cotidiana, donde la máxima aspiración cultural y social es el respeto a la ley, *id. est.*, el respeto a la *legalidad ordinaria*, aunque a veces ni siquiera esta pueda ser colmada y aunque a veces las leyes puedan ser inconstitucionales.

En el desenlace de esta concepción, el Estado de Derecho, es una construcción teórica insuficiente, limitada y poco atendida, habida cuenta de la frágil referencia que hace de la legalidad y las leyes ordinarias, endebles y fácilmente mudables. En este sentido, el Estado *jurídico-formal*, es ese Estado de normas legales que pueden mutar la vida constitucional o simplemente esbozar en sus letras un orden jurídico sin dirección y proclive al desacato y a la befa de la ley, donde peligrosamente se incluye a la *lex superior*.

De acuerdo con esto, el Estado de Derecho es una voz de uso inveterado e irreflexivo que alude al “estado del arte” de la organización jurídico política por antonomasia, enclaustrada en la legalidad y en el imperio de la ley desde una visión reducida a las “leyes” legal-ordinarias. ¿Por qué no son suficientemente eficaces las leyes legal-ordinarias del Estado de Derecho?, ¿por qué cuestionar el sustrato jurídico formal y las atribuciones de los órganos desde la división de poderes? Estas son algunas preguntas que ni la moderna Teoría del Estado, ni la Teoría Política, ni el Derecho Constitucional han respondido, justamente porque el Estado de Derecho es una construcción semántica más cercana a la legalidad que a la constitucionalidad. A menos que esta voz sea entendida en la dimensión más amplia,⁴ el concepto en análisis no dejará de servir como útil *constructo* científico para

⁴ Vid. Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2004, donde este autor hace un estudio pormenorizado sobre el Estado de Derecho y sus contenidos. Especialmente relevante para lo que nos ocupa, es el numeral V. *Estado de Derecho y constitucionalismo*, donde concluye que el constitucionalismo y el Estado de Derecho “forman una clara unidad”. Así entendido, el Estado de Derecho es más bien, como lo dice Haberle -citado por el propio Valadés-, “un elemento del Estado constitucional”, pp. 34 y 35.

la legalidad y la segmentación del poder público, pero paradójicamente, no servirá para el control de la constitucionalidad ni para el control del poder.

En abono a lo anterior, diremos que las leyes legal-ordinarias (éstas son todas, con excepción de la Constitución —y tal vez los tratados internacionales—), aluden al principio de legalidad a partir de la consabida fórmula de que la autoridad puede hacer sólo aquello que la ley expresamente le faculta. Este axioma que se acepta sin reflexión, deja fuera a la Carta Magna y sus principios. De tal manera, la legalidad “legal ordinaria”, es un piso inferior a la legalidad *lato sensu* que desde ahora podemos identificar en la legalidad más amplia y defendible: La legalidad-constitucional. En otras palabras, la legalidad constitucional se refiere a la constitucionalidad como principio nuclear para el accionar de los órganos del Estado y de manera más directa, para la garantía de los derechos de los habitantes. Esto desemboca en la afirmación de que la legalidad-constitucionalidad debe ser referida en puridad como *constitucionalidad*: Creemos que para la distinción clara entre lo “legal ordinario” y lo “legal constitucional”, basta con hacer referencia a la voz *constitucionalidad*, aunque no debemos perder de vista que la legalidad en su sentido lato, tiene que encerrar ambos conceptos y que, a su vez, la constitucionalidad debe entenderse como una expresión omnicomprensiva, donde todo lo legal ordinario queda incluido.

Con esta última afirmación, es posible señalar que en el Estado de Derecho en su dimensión más elevada, la legalidad debería incluir a la Carta Magna, y con esto quedaría resuelto el problema aquí tratado; sin embargo, no es así, porque la legalidad se focaliza en la producción jurídica “ordinaria” del Estado y evidentemente sus reglas de producción, sus alcances y sus restricciones, guardan una distancia considerable con la proyección del máximo ordenamiento estatal. Ante el panorama irresoluble que se nos presenta con el “estado del arte” del lenguaje de uso corriente en el Estado de Derecho, nos parece indispensable hablar de la constitucionalidad, en el entendido de que un desarrollo teórico de mayores alcances, deberá incluir en el uso cotidiano de la voz “constitucionalidad” a todas las normas jurídicas del Estado, que no pueden estar viciadas de inconstitucionalidad sin ser expulsadas del ordenamiento jurídico, sea mediante su anulación *a posteriori* o en virtud de un proceso de riguroso control *a priori* de su aprobación y promulgación.

Ahora bien, en el escenario donde puede/debe tener lugar la constitucionalidad conspicua e irrefutable, es inconcuso que las leyes ordinarias no pueden tener cabida, a menos que la legalidad/soporte del Estado de Derecho, sea capaz de abarcar a las normas de orden constitucional. Como ya lo referimos, esto quiere decir que los trazos de la legalidad propia del Estado

de Derecho, tendrían que incluir de consuno a las normas de rango constitucional, pero lamentablemente, las referencias cotidianas de este lenguaje, agotan en la legalidad ordinaria al Estado de Derecho que resulta ser la versión más endeble de esta acepción en sentido amplio, donde la legalidad constitucional debería tener su asiento inamovible. En la versión cotidiana del Estado de Derecho, la producción jurídica (formal y material) de los órganos, genera normas propias de la legalidad y solamente el proceso de revisión constitucional, puede plasmar en el *corpus* de la Carta Magna, normas de orden constitucional. Como se puede ver, las normas de naturaleza constitucional son realmente limitadas, como limitadas son las posibilidades del órgano revisor de ir más allá de las prescripciones de orden superior vaciadas en las decisiones políticas fundamentales, que funcionan como límite y directriz de ese órgano revisor de la Constitución.

Es claro que la cuestión aquí apuntada es mucho más que una exigencia de orden nominal. Decir Estado de Derecho podría “dejarnos sin materia” —como se dice en el argot de los abogados—, si esta expresión implicara el celoso respeto y aseguramiento de los derechos humanos de los habitantes y el control sobre quienes ejercen la potestad del Estado; como no es así, el uso formal de esta expresión, no va más allá de un efecto remedial —pobre y limitado— respecto a los derechos de las personas y de un uso selectivo de los medios de control sobre quienes deciden y operan la cosa pública. Lamentablemente en lo primero, el asunto es gravísimo, pues las violaciones a derechos humanos provienen en gran medida de quienes deberían salvaguardarlos y en lo tocante a las tareas de seguimiento, vigilancia y sanción de los casos de abuso de poder, nuestro *constructo* ingeniosamente llamado sistema nacional anticorrupción, es mero remedo de un auténtico sistema de control del poder.

III. LA FICCIÓN DE LA DIVISIÓN DEL PODER

Así las cosas, el Estado de Derecho pretendió asumirse como garante del ejercicio racional del poder; desde que aparecieron las primeras constituciones, el derecho fue incapaz de marcar la separación entre el Estado de corte liberal burgués —propio para el sojuzgamiento y la explotación— y el Estado garante de los derechos de los habitantes y la permanencia, respeto y pervivencia de las instituciones.

Con la limitada idea de que el orden jurídico, específicamente el de naturaleza *ordinaria*, sería capaz de asegurar esto, la ciencia jurídica se ciñó a lo dicho por la teoría de la división de poderes. Montesquieu, el gran artífice

de este modelo, no pudo avistar la complejidad que hoy entraña el ejercicio de la *potestad*; a la clásica división tripartita, habría que añadir los nuevos venenos de expresión de atribuciones constitucionales que requieren órganos recién inventados para su actualización.

Aquí solamente nos queda preguntarnos si esas atribuciones recientemente creadas, no son parte de alguna de las tres funciones básicas del Estado; de ser así, los *órganos constitucionales autónomos* no deben existir; en caso contrario, la tesis de la división de poderes, merece ser revisada y replanteada, particularmente en el caso de Estados que tienen evidente dualidad competencial como México. El constitucionalismo local, la justicia constitucional local, la soberanía estatal, el régimen federal son, al menos, las áreas que requieren atención inmediata desde la investigación jurídica para su adecuada estructuración política.

Por lo pronto, la idea de la división de poderes tanto horizontal como vertical, es poco propicia para la adecuada articulación de las potestades en los diferentes ámbitos competenciales. En la dimensión horizontal, el ejecutivo sigue siendo el órgano superior y por eso el legislativo no significa un contrapeso capaz de equilibrar, atenuar y poner coto a las decisiones del presidente que —invariablemente— deben ser cuestionadas y sometidas al escrutinio, verificación y control interorgánico. Del judicial poco decimos, pues padece la misma asfixia del ejecutivo, y nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha alcanzado a erigirse como el fiel de la balanza en esta tensión dialéctica ejecutivo-legislativo.

En el plano vertical, las relaciones interorgánicas han limitado el desarrollo del modelo federal, pues las grandes decisiones se siguen tomando en el centro y la periferia (los Estados y sus municipios) siguen padeciendo la falta de recursos y la limitación a sus atribuciones (que deben atender con visión local y regional).

En suma, el Estado de Derecho centralizó la vida política, y la división de poderes es un artificio cuya maleabilidad permite el abuso de poder y las complicidades sin consecuencias ni castigo. Con la ficción de un poder dividido —absurda afirmación que es inoperante para la potestad del Estado—, las atribuciones constitucionales-orgánicas de los llamados “tres poderes”, ejercidas con desaseo evidente, solamente sirven para fragmentar el poder del Estado.

En el marco de un celoso desempeño de cada atribución constitucional-orgánica, los tres poderes se olvidaron de la colaboración y de la potencia que radica en las atribuciones híbridas y en la colaboración interorgánica que en los Estados modernos hacen caminar de manera oportuna a la administración pública y con esto, atienden los derechos de los habitantes y vi-

gilan a los sujetos que quieren y actúan en nombre del Estado. Con claridad lo expuso Carré de Malberg en estos términos:

La separación de poderes, según el derecho positivo actual, de ningún modo es una separación de funciones en este sentido. Las tres clases de actos, legislativos, ejecutivos y judiciales, pueden tener un contenido idéntico; pero la misma decisión adquiere un valor muy diferente según la autoridad que la toma... es una separación que se refiere, no ya a las funciones materiales, sino a los grados de potestad formal. Esto se parece muy poco a la separación que preconizaba Montesquieu.⁵

Un Estado de Derecho armado con estas atribuciones constitucionales compartidas y que sea capaz de pasar por alto la absurda división de poderes, puede garantizar sin duda, los derechos esenciales de los habitantes y poner coto a los excesos de las autoridades —servidores públicos— designados para servir.

Hoy, cada vez es más claro que la ruta por la que debemos transitar debe dar paso a la afirmación de un control efectivo, claro, ciudadano, inobjetable sobre los conciudadanos que ejercen un poder que no es suyo; id. est., el poder de todos, el poder social convertido en poder público, cuyo claro destino es el beneficio de sus titulares, los gobernados. Como dijera Dabin: “*El poder no es una res nullius de la que se pueda uno apoderar. El poder es una función, que supone un título de competencia y, por consiguiente, para desprender esta competencia, un procedimiento más o menos satisfactorio de designación.*”⁶

Todo lo aquí dicho sirve para afirmar que el poder del pueblo subyace a la potestad del Estado, única, indivisible, irrestricta; por eso, ningún espacio de la potestad o poder público, puede contravenir a los intereses del pueblo; todos y cada uno de los miembros de la organización humana que ha prohiado a sus instituciones, son los verdaderos titulares de la potestad que corresponde a los órganos que gravitan desde el concepto de los tres poderes. El respeto a esa titularidad, es la mínima expresión de la garantía en el Estado constitucional —genuina expresión de lo que está constituido desde su raíz por la decisión y voluntad del pueblo—.

Así, cobra sentido la expresión de Heller: “*El gobernante tiene poder en el Estado pero nunca posee el poder del Estado*”;⁷ y más adelante leemos:

⁵ Carré de Malberg, Raymond, *Teoría general del Estado*, UNAM, FCE, México, 1998, p. 839.

⁶ Dabin, Jean, *Doctrina General del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 174 y ss.

⁷ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, FCE, México, 2000, p. 305.

Por muchos controles que se establezcan nunca podrá resolverse el problema: *Quis custodet custodem?*⁸ No hay forma ninguna de inviolabilidad de las normas constitucionales que pueda detener revoluciones y restauraciones; ninguna división de poderes de derecho constitucional puede impedir que un conflicto insoluble, por ejemplo entre el gobierno y el parlamento, decida, a falta de una unidad superior de acción, el poder prácticamente más fuerte, realizando así la necesaria unidad del Estado.⁸

Por eso, el Estado tiene que ser constitucional, en el entendido de que la única forma de “vigilar al que vigila”, es desde las posibilidades del orden constitucional materializado en controles interorgánicos —ciertos y viables— que pongan freno a los excesos y al uso irracional del poder del Estado.

IV. DEL ESTADO DE DERECHO AL *ESTADO DE LOS DERECHOS*

En seguimiento a lo hasta aquí vertido, podemos decir que el Estado de Derecho que no asegura los derechos de los habitantes, es una clara contradicción; de entrada, podemos afirmar que se ubica en franca decadencia, y a la par de esta fragilidad que se afianza en la cotidianidad, el *constructo* que de ello deriva se convierte en una aporía. El Estado *per se* y de manera inseparable a su *natura*, debe ser una organización jurídico-política garante de los derechos, proclive a su desarrollo, comprometida con su acrecentamiento y su defensa.

El Estado de Derecho que es el Estado de la legalidad, requiere legitimidad y ésta sólo se obtiene de la aquiescencia de los habitantes; lamentablemente la lejanía de los ciudadanos en relación con quienes gobiernan, aunado al descrédito y desconfianza que existe hacia casi cualquier servidor público, no permite ver una salida próxima a este problema tan profundo como es la *legitimidad endeble* y cuestionada de quienes gobiernan. “*Así pues, nada tiene de azaroso que la legalidad —signo característico de la validez de la acción del Estado— deba someterse cada vez más a la materialidad discriminante de la fundación legítima de la acción del Estado*”.⁹

Por eso, mientras el Estado de Derecho no reelabore su concepción del ejercicio del poder público para enfocarlo a la garantía eficaz de los derechos de los habitantes, la percepción de un *Estado en quiebra o fallido*, no dejará de estar presente en la vida cotidiana de los ciudadanos. Para superar el *status quo* imperante, sólo con un adecuado sistema constitucional, y con

⁸ Heller... *Op. cit.*, p. 329.

⁹ Negri, Antonio, *La forma-Estado*, Akal, 2003, Madrid, p. 355.

un *diseño institucional-orgánico* que sienta sus bases en los principios, valores y directrices centrales de la Carta Magna, el *Estado de los Derechos* que aquí avizoramos, podrá ser identificado como un Estado constitucional en su expresión más depurada.

Como podemos colegir de esto, la dimensión nominal, estrictamente formal del Estado de Derecho, tiene que ser reemplazada por la expresión Estado constitucional que encierra en su expresión, el reconocimiento y garantía de los derechos humanos y la *praxis* cotidiana de límite, control y sanción a quienes incurran en excesos o vacío de poder. Esto es un Estado constitucional; *id. est.*, el Estado de los derechos de los habitantes que concretan su garantía en el discurso, en la dimensión nominal que es aquiescente con la vida de todos los días; se trata del Estado que asegura los derechos de los habitantes con un sistema de control del poder accesible a los ciudadanos, que los escucha y atiende y que incluso, enseña desde los primeros años de la instrucción escolar, la dimensión de la responsabilidad y los deberes en una sociedad que debe ser rescatada desde lo más hondo de su complejo entramado.

El Estado de los derechos significa, entonces, el próximo y urgente desarrollo de nuestro Estado de Derecho; en términos más concretos, el uso irreflexivo del Estado de Derecho a que nos hemos referido, debe ceder el lugar al Estado constitucional con todas sus consecuencias; una de éstas es el sentido cabal e inequívoco que una sociedad incluyente debe ser capaz de imprimir al reconocimiento y garantía de los derechos humanos. Nuestro Estado de Derecho hundido en la legalidad frágil e insuficiente, debe dar paso al Estado Constitucional, es decir, al Estado de los Derechos Humanos y de las garantías;¹⁰ al Estado donde la exigencia ciudadana, sea el más elemental ejercicio de la legalidad ordinaria, soportada por un aceitado y funcional sistema de controles, impermeable a la corrupción y a la impunidad de nuestros días, pues como dijera Pedro de Vega: “*Es cierto que siempre tiene que haber una justicia. El Antiguo Testamento nos habla de un periodo de los jueces anterior al periodo de los reyes. Pero no es menos cierto que hay una justicia de cadí y una justicia democrática, y no cabe hablar de justicia democrática y libre en sociedades que, previamente, no son democráticas ni son libres*”.¹¹

¹⁰ Este punto deben ser incluidos los procesos de control de la constitucionalidad de la Constitución misma; *Cfr.*, Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008.

¹¹ De Vega, Pedro, *Estudios político-constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Complutense de Madrid, México, 2004, p. 309.

V. LA *RATIO* CONSTITUCIONAL

¿Por dónde empezar este enorme desafío de ingeniería constitucional?

Creemos que la esencia constitucional debe acompañar los procesos de revisión y mejora del Estado de Derecho; *id. est.*, si por Estado de Derecho nos vamos a referir al *neonato Estado constitucional*, el lenguaje jurídico (sin dejar de ser importante) es lo menos relevante; podremos identificar al Estado constitucional como el mismo Estado de Derecho ya reformado, revisado, reelaborado; en el caso contrario, si los dos tipos de Estado aquí citados tienen significados distintos, entonces sí será conveniente comenzar la difusión del uso adecuado de la voz *Estado constitucional*, como el instrumental *ad hoc* para estos tiempos de crisis recurrentes y criminalidad (social, institucional y personal) que agravan los derechos humanos y carcomen a las instituciones.

En este orden de ideas, podemos decir que la fragilidad inaceptable del Estado de Derecho, nos ha puesto de frente a lo que he llamado el *Estado reblandecido*, producto de la ya larga crisis institucional que ha dado lugar a cuestionables procesos de arribo al poder y de ejercicio desmedido de las potestades en cualquier ámbito competencial que deseemos referir.

El concepto de *Estado reblandecido* juega aquí un relevante papel en la construcción de nuevas ideas y perspectivas inéditas para la comprensión del modelo o tipología más oportuna para atender la crisis a que nos hemos referido. De la superación del *status quo* aquí señalado, deben emanar perspectivas nuevas que den nacimiento a un nuevo tipo de Estado de Derecho, cercano a la realidad, arropado de legitimidad y con incuestionables mecanismos ciudadanos para el ejercicio de la democracia en todo tiempo y lugar.

El *Estado neonato* que debe ser una organización alimentada por principios hasta ahora poco indagados, tendrá que reemplazar en breve, la caduca estructura y los desgastados axiomas que sostienen al Estado de Derecho (de la legalidad, normativamente insuficiente y socialmente lejana) desvenecijado por la corrupción, la opacidad, y la ruptura institucional estructural que es más visible en la entronización e inamovilidad de grupos pequeños y excluyentes que han hecho de las elecciones una grotesca ruleta para el recambio de posiciones políticas.

De este modo, la reconstrucción teórica del Estado de Derecho se advierte como una condición esencial para el afincamiento de los principios que podrán servir para este cambio de paradigma indispensable en la auténtica transición de la legalidad a la constitucionalidad y la viabilidad del Estado garante de las vías para la exigencia ciudadana, la eficacia de los

controles sobre quienes ejercen cualquier espacio de la potestad, la vivencia democrática con resultados y la absoluta transparencia en todo lo concerniente a la *cosa pública*.

El nuevo Estado de Derecho tiene que ser *a fortiori*, un Estado de varios pisos; en la base de esta construcción ubicaremos a la *norma normarum* como insustituible *corpus* esencial para el basamento de la legalidad y el ejercicio de las potestades; en el segundo nivel, la estructura y competencias interorgánicas, darán lugar a una nueva forma de interrelación entre órganos, direccionada por la colaboración y la cooperación y afianzada por mecanismos ciertos para el control *interorgánico* que nos mostrará la antañona división de poderes como una vivencia pretérita poco eficaz en resultados y sí bastante proclive a la generación de desencuentros; en el mismo nivel, tenemos que advertir el innegable relieve de la actividad *intraorgánica* para el control del poder,¹² pues sobran fiscalías, auditorías, contralorías y falta mucho para la creación de un eficaz sistema anticorrupción. Finalmente, en la parte más alta de este nuevo edificio constitucional-institucional, tendremos que ubicar a los derechos humanos, razón de ser de todo este andamiaje jurídico, político, estructural, competencial, orgánico, que sólo existe por sus destinatarios finales: los seres humanos.

Necesitamos al menos comenzar con lo siguiente:

- 1) Una constitución para la estructura orgánico-competencial, cierta, viable, eficaz que comience a ensayar la colaboración *interorgánica* y los controles que se vuelven más eficaces si son de tipo *intraorgánico*. El sistema anticorrupción y los mecanismos de control administrativo, hacendario y político, deben dejar de ser el escenario proclive a las tareas de tipo cosmético y abandonar la maleabilidad de la legalidad, sus recovecos y simulaciones. El control sobre quienes ejercen el poder público es una tarea de carácter urgente y por ello, el rigor propio de la justicia constitucional debe poner coto a los abusos y las inconstitucionalidades.
- 2) Una constitución para delinear y asegurar los derechos de los habitantes, con garantías eficaces al alcance de la mano de cualquier ciudadano. En este punto, el sistema de justicia constitucional es la ma-

¹² Es oportuno recordar la impronta del control interno del poder. “Este sistema es un sistema de autocontrol; no podían ya ejercerlo los jueces en virtud del dogma de la separación. Lo ejerce la propia Administración, y respecto de este control montado por la Administración en su propio interés, los particulares coadyuvan, podemos decir, al modo de un Ministerio público, de un Ministerio fiscal, que denuncia la infracción de la Ley y en interés de ésta.” García de Enterría, Eduardo, *Democracia, ley e inmunidades del poder*, Palestra, Lima, 2004, p. 28.

quinaria infaltable del diseño constitucional, porque después del giro conceptual aquí tratado, coincidimos con Cappelletti, quien afirmó:

Resta naturalmente, como en todas las cosas humanas, el hecho de que ninguna institución, por sí, tendrá efectos positivos, sin la obra de los hombres que representan, por así decirlo, el alma de toda institución. El constitucionalismo moderno, y con él la justicia constitucional —nacional y supranacional— requiere jueces capaces de elevarse a la altura de la nueva gran tarea y del nuevo reto.¹³

Nuestra justicia ordinaria y los ensayos de justicia constitucional que tenemos en México, tienen frente a sí una tarea casi imposible en este reto de conversión de alta complejidad.

- 3) Una constitución como el gran documento que condensa *quid* y *telos* de la sociedad humana, y que deberá inscribir con un subrayado especial e indeleble a la democracia (traducida en bienestar) y a la legitimidad, como los dos pilares que ninguna ley ni el Estado legalista, pueden reemplazar.

El Estado constitucional visible como el *Estado neonato*, debe comenzar —y pronto— a dar sus primeros pasos en la senda de lo aquí referido en grandes trazos. No hay más opción que superar la inadmisibles teoría de la división de poderes y armar a los habitantes con instrumentos para la exigibilidad de la regularidad constitucional en actos y normas. Ese es el futuro del Estado neonato; su consolidación como un genuino Estado constitucional está mucho más allá del uso del lenguaje de la cotidianidad. Desde luego, desborda la referencia primaria a un tipo de Estado que tiene en la ley ordinaria su auxiliar básico y cercano, aunque ésta atente contra los principios y supuestos de la *norma normarum*, resulte ineficaz o incluso grave hacia el desarrollo de mutaciones¹⁴ -no siempre constitucionales-. En suma, el Estado que se califica como constitucional, no puede ser inconstitucional en ninguna de sus facetas, tiene que ser por antonomasia un Estado democrático, y por su teleología, un Estado solidario, social y humanista. El reto de conversión metanormativa del Estado de Derecho en un Estado constitucional, es tan grande como la incertidumbre y volatilidad de este tiempo de colisión

¹³ Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Porrúa, México, 1993, p. 78.

¹⁴ *Vid.* Uribe Arzate, Enrique y Correa Esquivel Alejandra, “Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado constitucional”, *Revista de Derecho*, número 38, julio-diciembre de 2012, Universidad del Norte, Barranquilla.

y desmedro; hagamos votos porque la dimensión temporal, no agote ni la paciencia ni la creatividad de esta sociedad mexicana expoliada y ahora so-
liviantada en la exigencia de derechos de difícil concreción.

VI. FUENTES CITADAS

- BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008
- CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, Porrúa, México, 1993
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría general del Estado*, UNAM, FCE, México, 1998
- DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003
- DE VEGA, Pedro, *Estudios político-constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Complutense de Madrid, México, 2004
- FERRAJOLI, Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía*, número 16, abril 2002, ITAM, México
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, ley e inmunidades del poder*, Palestra, Lima, 2004
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, FCE, México, 2000
- NEGRI, Antonio, *La forma-Estado*, Akal, 2003, Madrid
- URIBE ARZATE, Enrique y CORREA ESQUIVEL, Alejandra, “Mutaciones constitucionales y la problemática de su control en el Estado constitucional”, *Revista de Derecho*, número 38, julio-diciembre de 2012, Universidad del Norte, Barranquilla
- VALADÉS, Diego, “Los constitucionalistas y el cambio constitucional”, en BAZÁN, Víctor *et. al.*, (Coords.), *Estado constitucional y convencional*, Instituto de Estudios de Investigación Jurídica, Hispamer, Managua, 2017
- VALADÉS, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2004
- VALDÉS, Clemente, *La invención del Estado*, Coyoacán, México, 2010