

CAPÍTULO SÉPTIMO

EXCURSUS SOBRE UN CONCEPTO Y DOS MODELOS DE CONSTITUCIÓN

Ley fundamental es en todo Estado aquella que, si se anula, el Estado se derrumba y disuelve por completo, lo mismo que un edificio cuyos cimientos son destruidos. Por tanto, una ley fundamental es aquella en virtud de la cual los súbditos están obligados a mantener todo poder dado al soberano, ya sea éste monarca o una asamblea soberana, sin el cual el Estado no puede subsistir.

Thomas Hobbes

No queríamos terminar estos ensayos sin expresar unas ideas, por otro lado más que conocidas, sobre la Constitución. Nos incentiva el hecho de que la sola recepción de la justicia constitucional a nivel local implica una lectura diversa de ella. Con independencia de las fallas o los aciertos con que se han estructurado los modelos hoy vigentes en Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas, si algo hay que vanagloriar es el comienzo de la lectura normativa de sus ordenamientos fundamentales. Estas Constituciones comienzan un camino ascendente con el objeto de imponer sus mandamientos a los poderes que ellas mismas constituyen. Pero precisamente por tratarse de comienzos, sería difícil y atrevido expresar aquí el futuro de la justicia constitucional local. Su eficacia dependerá de múltiples factores. Lo que sí puede decirse es que el tiempo que le lleve tomar carta de naturaleza será el mismo que nos tomará olvidar los momentos en los que las Constituciones locales se concebían como aquéllas de la Europa continental del siglo XIX, entendidas simple y sencillamente como un conjunto de principios políticos de observancia no obli-

gatoria y que más que jurídicamente constreñían moral y éticamente a los detentadores del poder.

No centraremos estas palabras en el multívoco concepto de Constitución. Nos interesa más centrar la atención en una de sus adjetivaciones. Elegimos solo una porque sería imposible dar las nociones más esenciales del conjunto de adjetivaciones que se le han endosado en el esfuerzo cotidiano por resaltar algunas de sus peculiaridades. Dejamos pues de lado, así sea momentáneamente, clasificaciones que han tomado carta de identidad en la teoría de la Constitución que van de aquéllas tan célebres como las decisionistas de Carl Schmitt, a las de Kelsen y su formalismo jurídico, a las de Loewenstein basadas en la eficacia normativa, McIlwain o García-Pelayo con tintes más historicistas.¹

Tampoco podemos detenernos en la célebre confrontación doctrinal sostenida a principios del siglo XX entre los defensores del positivismo jurídico con Kelsen a la cabeza, y una pluralidad de autores como Lassalle, Smend, Schmitt, Heller, Duguit, Hauriou, Santi Romano, Mortati hasta culminar tal vez con Burdeau, quienes pretendiendo romper la sagacidad, coherencia y purismo ideológico del pensamiento del maestro de la escuela de Viena, acudieron a los más disímiles conceptos, caracterizaciones y entendimientos de la Constitución.²

¹ Schmitt propone cinco conceptos diversos de Constitución: el absoluto, relativo, positivo, ideal, al que añade el concepto de ley fundamental. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, presentación de Francisco Ayala, epílogo de Manuel García-Pelayo, Madrid, Alianza Editorial, 1982, sección primera, p. 29 y ss. Kelsen, por su parte, habla de un concepto propio, originario y estricto, de un concepto amplio y de una noción corriente de Constitución. Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional*, México, UNAM, 2000, p. 21 y ss. Loewenstein basa su clasificación directamente en la eficacia normativa de los textos constitucionales, proponiendo la denominación de Constituciones nominales, semánticas y normativas. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabitarre, 2a. ed. ampliada, Barcelona, Ariel, 1976, esp. pp. 218 y 255. McIlwain ofrece la visión de la Constitución desde un ángulo antiguo y moderno, a partir del punto de inflexión representado por las revoluciones americana y francesa. McIlwain, C. H., *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca, Nueva York, Cornell University Press, 1947, esp. cap. I. García Pelayo aporta un concepto racional normativo, al lado del histórico racional y del sociológico. García Pelayo, Manuel, "Constitución y derecho constitucional. Evaluación y crisis de ambos conceptos", *Escritos políticos y sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 24-44, esp.

² Autores que, por otro lado, trascienden el concepto puro de Constitución para intentar buscar algo aún más importante: su función dentro del Estado en general. Así Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, estudio preliminar de Eliseo Aja, Barcelona, Ariel, 1964; Smend, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional*, trad. José María Beneyto

El objeto de estas líneas es más modesto y, por ende, se centra en la *Constitución normativa* —por la particularidad de sus alcances vinculatorios—, identificada plenamente con la *Constitución democrática* —por los principios en que se fundamenta— y a la que se le pueden unir las adjetivaciones de *Constitución larga* —por la peculiaridad de su contenido sustancial, que no por su extensión— o *Constitución mixta o híbrida* —por la intersección de tradiciones y postulados teóricos que coadyuvieron en su configuración—. Constitución que irrumpe con toda su intensidad dentro de los procesos constituyentes de la segunda posguerra y que basa la fuerza de sus postulados en una pluralidad de elementos de los que aquí intentaremos someramente dar cuenta. Cabe advertir que no se pretende hacer un recuento de lo que la Constitución ha significado históricamente en otras latitudes; lectura, para decirlo de paso, que no ha terminado de recepcionarse hasta ahora en nuestro país. Más bien de lo que se trata es de señalar las características que hacen de la Constitución norma suprema desde unos supuestos históricos que sin duda pueden ser utilizados para explicar una buena parte de las Constituciones de la actualidad.

Si en México, siguiendo los designios de la transición política en curso, hemos optado por una transición jurídica que cambie el orden institucional no democrático en democrático desde la misma ley fundamental, entonces más allá de reformas, profundas o incipientes, lo que en realidad debe generarse es una nueva manera de entender, valorar, leer, comprender o interpretar la Constitución. Hasta que punto esta operación sea correcta, no lo sabemos. Es la decisión que se ha seguido y como tal debe respetarse. De lo que sí estamos seguros es de que, queriendo realizar una lectura constitucional renovada, es lógico que los principios en los que se ha basado habitualmente la interpretación deben ser, sino sustituidos, al menos sometidos a revisión profunda.

Pérez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985; Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, edición y prólogo de Gerhart Niemayer, México, Fondo de Cultura Económica, 1971; Duguít, Léon, *Traité de droit constitutionnel*, ts. II y III, *La Théorie générale de l'Etat*, 2a. ed., París, E. de Boccard, 1923; Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, traducción, estudio preliminar, notas y adiciones de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, 1927; Romano, Santi, *Principii di diritto costituzionale generale*, 2a. ed., Milán, Guiffre, 1947; Mortati, Costantino, *La Constitución en sentido material*, estudio preliminar y traducción de Almudena Bergareche Gros, epílogo de Gustavo Zagrebelsky, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; Burdeau, George, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 19a. ed., París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980.

Luego de señalar las líneas maestras de la Constitución normativa esperamos dejar anotada la contraposición entre dos modelos constitucionales contruidos por la doctrina y que sirven básicamente para enjuiciar el papel que cumplen los parlamentos y la justicia constitucional dentro de los ordenamientos modernos. La polémica, por los presupuestos de los que parte, ha venido a sustituir a aquella que adelantábamos entre los sostenedores de la Constitución en sentido formal y los que pugnaban por un concepto material de Constitución. Ahora, en una confrontación rica en argumentos constitucionales intenta señalarse la eventual contraposición entre la Constitución entendida como un *sistema material de valores* y la llamada *Constitución abierta*. Comencemos pues por el principio.

La contraposición actual, ya adelantábamos, debe su razón de ser a la concepción eminentemente normativista de Constitución que surge con posterioridad a la segunda posguerra y que abandona el debate anterior al transformarse radicalmente la forma de intercalar los presupuestos históricos del constitucionalismo. El abandono no significa, sin embargo, que los supuestos que estaban en el centro de la discusión hayan cambiado. Básicamente lo que existe es una nueva toma de posición en cuanto a la lectura de la Constitución, intentando, desde el nuevo ángulo elegido, destacar e inclusive sobrevalorar determinados elementos ínsitos en ella a fin de llegar a conclusiones particulares. No hay una ruptura frontal en los debates debido a que subyace la misma problemática: la concepción del concepto de Constitución y la actuación de los poderes que ordena a partir de dicha concepción.

Recordemos que si algo se le criticó a Kelsen fue su aportación a la construcción de la más grande estructuración jurídica del indiferentismo ideológico. Indiferentismo que basado en su purismo a ultranza no tomaba posición por preferencia ideológica alguna sino que, por el contrario, pugnaba por una pretensión de neutralidad con el objeto de que el modelo de Constitución obtuviera carácter universal.³ Se olvidaba, sin más, que toda Constitución pertenece a un orden social que necesita verse representado en ella, que no puede ser solamente norma sino también aspiración, que no puede dedicarse a ordenar la estructura fundamental del Estado sino, ante todo, a intentar vertebrar una sociedad que con el paso del tiempo aparecía más resquebrajada y dividida bajo la interacción de la pluralidad de intereses particularizados.

³ Cfr. Aragón Reyes, Manuel, “La Constitución como paradigma”, *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, 1998, p. 23.

Es dentro del contexto de la reflexión profunda motivada por la reedificación del Estado alemán bajo la Constitución de Weimar donde se advierte con total nitidez la intención de recuperar la realidad histórica⁴ y de paso hacer coherente la organización liberal del Estado con la variedad de complejos sociales de poder —como los bautiza Schmitt— que, por otro lado, eran la novedad del momento.⁵ Si en el extremo de la crítica, observado como el indiferentismo ideológico podía provocar que en nombre de la democracia se utilizase la Constitución justamente con el objeto de aniquilar al Estado constitucional,⁶ será el ambiente sobrevenido a la culminación de la segunda conflagración mundial el propicio para intentar una ruptura determinante con el pasado inmediato.⁷ Conscientes todos de las aberraciones que desde un ordenamiento se podían motivar, y sensibilizados por los devastadores efectos de la guerra, se intentará recomenzar de nuevo en el plano constitucional, intentando primeramente la recomposición en el plano social.⁸

Imbuidos en una nueva condición espiritual, el tiempo histórico será el propicio para aventurar un nuevo modelo de Constitución que, intentando reparar los edificios constitucionales derribados se convertirá en la manifestación más plena de la vuelta a los principios y valores, recuperando la indisoluble unidad que debe existir entre sociedad y orden constitucional. La decisión estará encaminada a procurar que las Constituciones sean valiosas en sí mismas; valoración que vendrá determinada por su alejamiento de la vacuidad y el indiferentismo ideológico con su consecuente retorno al rumbo certero. Es así como surgen sendos instrumentos constitucionales

⁴ Véase la transición entre el positivismo jurídico y el positivismo sociológico que maneja Pedro de Vega para referirse a la crítica al formalismo de Kelsen. “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998, p. 17 y ss.

⁵ Cfr. Schmitt, Carl, *Il custode della Costituzione*, edición de A. Caracciolo, Milán, Giuffrè, 1981, p. 113.

⁶ El ejemplo más contundente es el de Weimar. Ahí, tras el control del nacionalsocialismo del Reichstag mediante elecciones democráticas, el presidente Hindenburg nombra canciller a Hitler en 1933, quien motivado en el artículo 48 de la Constitución procedería al desmantelamiento del régimen constitucional.

⁷ Según Fioravanti, en el periodo histórico que estamos comentando, “la Constitución debía representar grandes rupturas y situarse como fundamento de nuevos regímenes políticos, concurriendo a legitimarlos de manera decisiva, como en el caso de las democracias que en la última posguerra mundial han salido de las cenizas de los precedentes regímenes totalitarios”. Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 149.

⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, Bolonia, Il Mulino, 1988, p. 25 y ss.

enteramente rematerializados que, representando la susodicha ruptura histórica, fijarán una posición clara respecto a los fines que se pretenden conseguir mediante su formulación normativa, al tiempo de positivizar los valores en los que pretende reposar el andamiaje institucional de la comunidad política y que operarán como elementos orientadores, legitimadores, identificadores y vinculantes para los poderes públicos. Nace pues, la Constitución axiológica.

Más allá de evidenciar la riqueza material de los ordenamientos a que hacemos alusión, algo que por ejemplo ha llevado a Zagrebelsky a señalar la vuelta victoriosa del iusnaturalismo al campo del derecho constitucional,⁹ lo que pretendemos es observar las fuentes históricas y doctrinales desde las cuales se puede explicar el modelo de Constitución en términos generales. Maurizio Fioravanti ha señalado, con notable agudeza, que la configuración constitucional actual se debe a la confluencia de las dos tradiciones históricas más importantes del constitucionalismo: la francesa y la estadounidense.¹⁰ Ambas, teniendo finalidades diferentes por partir de condiciones disímiles, dieron las respuestas que en aquel momento consideraron oportunas, configurándose así, históricamente, sus características específicas.

Dentro del alejamiento que parece haber entre ellas, existe un elemento que las acerca representado por el debate acerca de los presupuestos teóricos sobre los que se asienta el Estado constitucional que no es otro que aquel en el que se discute la titularidad y las formas de ejercicio de la soberanía. Situación que, con distintas manifestaciones y sin ser propio de nuestros días —recordemos que desde la antigüedad se discutía la fundamentación del poder—, llega hasta hoy y constituye, como tal, el tema más apasionante y complejo en el devenir del derecho constitucional.

Si existe tal convergencia entre las dos tradiciones para fundar la Constitución normativa contemporánea, obvio es referirnos separadamente a cada una de ellas. ¿Cómo se representan dentro de este debate las dos tradiciones constitucionales? En ánimos de sumariedad habremos de decir que la línea que las lleva por caminos disímiles nace de la finalidad que se buscaba bajo un hecho común, pero que tenía presupuestos de índole diversa: la revolución. Es por todos conocido que mientras para los franceses la revolución

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 114.

¹⁰ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes para una historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 2001, p. 127 y ss.

supuso el desmembramiento de la sociedad estamental y la despersonalización de la soberanía y del poder, para los estadounidenses consistió en el desmoronamiento del yugo opresor del legislador y, por ende, de la institución parlamentaria inglesa. La no concordancia de los fines llevó a tomar decisiones divergentes en la más plena lógica de dar respuestas a sus problemas particulares.

Francia en sus intentos de despersonalizar la soberanía se inmiscuye en un constante vaivén de opciones que oscilan entre las concepciones de la democracia identitaria de Rousseau y aquéllas de la democracia representativa impulsadas de la mano de Montesquieu y Sieyès. Las tesis roussonianas, llevadas al extremo mediante el jacobinismo radical, apuestan por un pueblo activo políticamente que en unidad es capaz de marcar la dirección y el destino de la organización estatal. Quienes en contrario abogan por la representatividad, evidencian su preferencia por un pueblo pasivo que deje que determinadas personas representen el querer de la nación. Lo que subyace a la determinación por una u otra opción es el hecho de que, optando por la primero, el ejercicio asambleario del poder, en apelación a su soberanía originaria, impediría la formación y continuidad de los poderes constituidos. El argumento es entendible si se reconoce que al estar presente el poder cuya fuerza constituyente está capacitada para transformarlo todo con la sola manifestación de su voluntad, sin limitaciones temporales, legales o de cualquier tipo, llevaría a potenciar un estado de tensión permanente entre los poderes constituidos que pretendían dar continuidad a la vida del Estado y aquel otro poder fáctico capaz de sustituirlos en el momento en que lo considerase oportuno. En cambio, optando por las tesis representativas, el pueblo, se decía, aseguraría la continuidad de la organización política, fortaleciendo la actuación de los poderes constituidos ante la ausencia del temor a ser desconocidos y eliminados por el soberano. Después de probar con ambas fórmulas, se imponen en el constitucionalismo francés las tesis representativas,¹¹ como la historia ha registrado, de cuya decisión saldrá ni más ni menos un legislador fortalecido y virtuoso que cuenta con la capacidad para equiparar el ejercicio de su actividad con la expresión de la voluntad general manifestada tangiblemente mediante la ley.

¹¹ Aun cuando la decisión en Francia y también en Estados Unidos fue en favor de la representación, costó mucho trabajo derribar la barrera del voto censitario y abrir el sistema a una verdadera democracia. Sobre el particular, *cfr.* Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 124 y ss.

De una u otra forma, sea apostando por la democracia directa o por la representativa,¹² lo verdaderamente importante, y ahí queríamos reparar, es que el pueblo francés mostró una encomiable capacidad para proyectarse como unidad política por sí mismo o mediante la representación, estando de acuerdo en la necesidad de construir un nuevo régimen político en el que no quedaran vestigios del antiguo régimen, y en el que debía existir una orientación política sustentada en valores y principios. De lo que se trataba, a final de cuentas, era de reconstruir el sistema y la sociedad misma sobre la base de la libertad y la igualdad. El pueblo soberano francés de la mano de una burguesía que pretendía consolidarse como clase hegemónica,¹³ no se conformó con ser el origen y el fundamento de la Constitución, sino que emprendió la tarea de ser un pueblo soberano promotor de la revolución mediante la Constitución. La distinción de ambas funciones es lo que permite determinar por qué la Constitución francesa se configura como ordenamiento finalista; sencillamente porque era el instrumento del pueblo por el que pretendía desarrollar su programa político para transformar un orden social fragmentado por el periodo estamental.¹⁴

Ahora bien, para el pueblo norteamericano las circunstancias fueron diferentes. Allí no se trataba de derribar los cimientos de un Estado estamental sino de derrumbar la arrogancia de un Parlamento opresor. Contrariamente al esfuerzo francés de solidificar la imagen del legislador, en Estados Unidos los esfuerzos irán encaminados a debilitarlo una vez vivida la adversa experiencia histórica. Las ideas de Hamilton y Madison a favor de construir un gobierno limitado¹⁵ son representativas de ese deseo ya que se ad-

¹² Este debate, que demuestra la disyuntiva a que se enfrentó el pueblo francés, está expuesto con meridiana claridad en Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 7, p. 111 y ss.

¹³ Cfr. Cabo, Carlos de, *La República y el Estado liberal*, Madrid, Tucur, 1977.

¹⁴ De hecho si se observa con detenimiento la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 se apreciará fácilmente que más que un catálogo de derechos a garantizar, representa un verdadero programa político, encaminado particularmente a crear un estado de cosas totalmente opuesto a la sociedad estamental del antiguo régimen. Esta circunstancia es acogida en forma de principios políticos en el título primero de la Constitución francesa de 1791 al establecer la solidaridad entre los franceses, los derechos a la instrucción, a la asistencia y al trabajo. La declaración de derechos de 1793 otorgaría mayor rigor normativo a estos principios mediante la *garantía social*, consistente en la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos; la garantía descansaba, como bien lo expresa el artículo 23, en la soberanía nacional. Las declaraciones aquí mencionadas se reproducen en Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 10, p. 139 y ss.

¹⁵ Cfr. Hamilton A. *et al.*, *El federalista*, Bolonia, Il Mulino, 1997, especialmente los artículos 10, 22, 47, 48, 51 y 63.

vierten como una constante en el debate constituyente. La crítica a toda forma de omnipotencia parlamentaria tendría su consecuencia en la institucionalización de un abigarrado sistema de *checks and balances* con el objeto si no de debilitar al órgano legislativo, por lo menos de garantizar su control. Al final, la solución adoptada dará la característica peculiar a la Constitución estadounidense.

Así el soberano mudó de residencia. No será más el Parlamento sino el pueblo. Pueblo que, consintiendo en depositar su voluntad en una Constitución explicitada en papel, intentaba impedir que alguna práctica debilitase el sistema e impusiera la supremacía de alguno de los órganos del Estado, dirigiendo esa intención claramente a la institución del Parlamento. Tan sigilosa construcción no se concebía completa mientras no se otorgase al Poder Judicial la posibilidad de velar por la regularidad de los actos del Poder Legislativo.¹⁶ De esta manera, aun cuando la Constitución de 1787 no reguló expresamente el control judicial de las leyes, las teorizaciones de los federalistas y el hecho mismo de asentar el principio de rigidez constitucional que no vendrá sino a proclamar la diferencia entre la forma legal y la forma constitucional, dejarían un terreno sin grandes obstáculos a la futura intervención de juez Marshall. Queda consagrada entonces una Constitución que, debido al poder implícito otorgado a los jueces para velar por su observancia, será oponible a todos los poderes en función de garantizar las ordenanzas constituyentes del pueblo estadounidense.

No obstante, la cautelosa construcción constitucional, en aras de romper con el tortuoso pasado subyugado a un Parlamento autoritario y siguiendo al pie de la letra la distinción entre declaración de derechos, pacto social y acto constitucional,¹⁷ concentró sus esfuerzos en el equilibrio institucional, dando por sentados, entendidos y válidos el conjunto de derechos fundamentales de sus nacionales. Dejó de proclamar, en consecuencia, los valores y principios orientadores de su ordenamiento; algo que, sin dudarlo, hubiese permitido intelegir en mejor manera el rumbo que la sociedad pretendía tomar mediante su Constitución. En otras palabras, se puede decir que, decidiéndose por una Constitución *breve e instrumental*, centró su atención

¹⁶ Cfr. El artículo 78 de *El federalista*, en donde Hamilton fundamenta la necesidad del control judicial de las leyes, p. 621 y ss.

¹⁷ Cfr. Vega, Pedro de, "Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 100, abril-junio 1998, p. 27.

en la edificación de una estructura que sirviese de límite al poder, pero dejó de establecer orientaciones claras acerca de los fines que se pretendían perseguir a través de ella.¹⁸ He ahí una de las explicaciones a que el redireccionamiento constitucional venga dado básicamente por la actuación de sus órganos constituidos.

Es evidente que si de lo que se trataba era de organizar los pilares sobre los que se asienta la construcción del Estado constitucional, esto es, el principio democrático de soberanía popular y el principio de supremacía constitucional, las respuestas tomaron sentidos opuestos y difícilmente conciliables. Mientras que para los franceses se consolidó el dogma de la soberanía del Parlamento y su consecuente de supremacía de la ley, en Estados Unidos las teorías del gobierno limitado harían de la Constitución ley suprema y del Parlamento simple órgano constituido sometido a férreo control por el Poder Judicial.

El reencuentro de estas tradiciones, sin notables puntos de contacto durante el siglo XIX, se mostrará en toda su magnitud en la Constitución democrática que emerge de las cenizas de la barbarie nazi. Si en el pasado la Constitución no podía contener valores y garantizarlos al mismo tiempo, si debía elegirse entre norma limitadora o norma directiva sin poder conjugar ambos atributos, es en la nueva construcción donde habrán de converger los dos modelos de Constituciones históricas. Por un lado la que Fioravanti denomina *Constitución como norma directiva fundamental* y, por otro, la también adjetivada *Constitución como norma fundamental de garantía* para crear un modelo único de Constitución: la Constitución axiológica. Dejamos que sea el mismo autor quien advierta la función de cada una dentro de la hibridación señalada:

la Constitución como norma directiva fundamental, ... llama a todos los poderes públicos y a los individuos a trabajar por el cumplimiento de una empresa colectiva, en teoría para la realización de una sociedad más justa; ...la Constitución como norma fundamental de garantía, ... deja a todas las fuerzas en juego y a los individuos el poder de decidir sus fines libremente, limitando de manera cierta y segura la capacidad de influencia de los poderes públicos, en línea del gobierno limitado. Se estará más cerca del primer tipo de Constitución cuando se tienda a privilegiar la necesidad de sentirse

¹⁸ Sobre la clasificación de Constituciones breves y largas dentro de una tipología aún más rica y extensa véase Guastini, Riccardo, *Lezioni di teoria costituzionale*, Turín, G. Giappichelli Editore, 2001. p. 141 y ss.

parte de una comunidad en marcha que actúa para conseguir ciertos fines, que se identifica en el reconocimiento colectivo de ciertos valores generalmente compartidos, del segundo tipo, cuando se tiende a privilegiar la necesidad de limitar lo más posible la intervención de los poderes públicos sobre la sociedad.¹⁹

Es indudable que en el proceso de construcción de los ordenamientos que enseñan la hibridación señalada siguen sirviendo de base los principios que subyacen al constitucionalismo liberal. La consolidación de esta combinación no fue, empero, del todo sencilla. Y no lo fue porque los rasgos distintivos de cada tradición no podían así, sin más, acogerse en sus condiciones originales. Tuvo que ser la relectura que de cada una de esas notas ofreció la doctrina, lo que terminaría por decantar el sentido de las decisiones constituyentes. Es en este terreno donde la notable influencia de los dos juristas más importantes del siglo XX determinaría la trascendencia y oportunidad de incorporar los postulados que el constitucionalismo, en su devenir histórico, había venido manejando en modo por demás diverso. Será Carl Schmitt, por contradictorio que pueda parecer, quien intentando encontrar el elemento legitimador de la Constitución para devolverle su contenido político reintroduzca con todas sus consecuencias el principio democrático de la soberanía popular al encajar de nuevo en el escenario constitucional la fundamentación democrática de toda Constitución. A partir de él, la Constitución se entenderá otra vez como producto del poder constituyente del pueblo soberano tal y como había sido concebida por la experiencia francesa.²⁰

De otro lado, es Hans Kelsen quien apartado de su entendimiento aséptico del derecho dirá que una Constitución es democrática en tanto busca el equilibrio político mediante el valor de la pluralidad política y encuentra el fundamento de su validez en una norma jurídica. Con esta base, reconociendo la primacía del Parlamento²¹ por ser el órgano que refleja más fiel-

¹⁹ Cfr. Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 10, p. 97.

²⁰ Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 1, p. 45 y ss, y 95 y ss. Las aportaciones del autor alemán a la construcción de la Constitución democrática pueden verse en Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 7, p. 151 y ss.

²¹ Giovannelli, Adriano, "Alcune considerazioni sul modello della Verfassungsgerichtsbarkeit kelseniana, nel contesto del dibattito sulla funzione *politica* della Corte costituzionale", *Scritti sulla giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, Padua, CEDAM, 1985, t. I, p. 395. Modugno, *L'invalidità della legge*, Milán, Giuffrè, 1970, t. II, p. 147. También, Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva*

mente el principio democrático, pero situándolo correctamente en su estatus de órgano constituido, Kelsen antepondrá con sagacidad indudable, un poder cuya función se avocará a moderar el equilibrio constitucional que debe existir entre las fuerzas y órganos políticos. Tomando como base este equilibrio y teniendo en consideración la supremacía de la Constitución, tal y como la práctica constitucional estadounidense había patentizado, proclamará la necesidad de la justicia constitucional.

Bajo tan perspicaces lineamientos, el constitucionalismo de la segunda posguerra no podrá sino seguir la estela emanada de las tradiciones del constitucionalismo liberal, replanteadas y puestas al día por tan insignes juristas. Se consolida de esta forma el principio democrático que afirma categórico el derecho del pueblo a establecer las bases de organización del Estado mediante el ejercicio de su soberanía; principio que opera, en este contexto, como liga indisoluble que enlaza la validez con la legitimidad y que sitúa a la Constitución en la cúspide de las fuentes debido a la fundamentalidad de sus postulados.²² Se consolida también el principio de supremacía constitucional que lo que hace es vincular a gobernantes y gobernados a una ley que por su fundamentación y sus contenidos se considerará suprema,²³ apareciendo implícito el principio liberal que con tanta fortuna había teorizado Constant, encaminando sus esfuerzos a distribuir y racionalizar el ejercicio del poder con el objeto de controlarlo y equilibrarlo.²⁴ La intención era nítida: proteger los derechos fundamentales y el sistema de valores que corona la Constitución elevándolos a categoría ajena a toda intención de maleabilidad de parte de los poderes constituidos.

convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano, Bolonia, Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Lecture Series, Libreria Bonomo Editrice, 2003, núm. 5, p. 13.

²² Manuel Aragón ha insistido en la mayoría de sus reflexiones sobre el vínculo entre Constitución y democracia. Sostiene que “la democracia es el principio legitimador de la Constitución, entendida ésta no sólo como forma política histórica (o como verdadera y no falsa forma de Estado) sino, sobre todo, como forma *jurídica* específica, de tal manera que sólo a través de ese principio legitimador la Constitución adquiere su singular condición normativa, ya que es la democracia la que presta a la Constitución una determinada cualidad jurídica, en la que legitimidad y validez resultan enlazadas”. *Constitución y democracia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 27.

²³ Pedro de Vega entiende que la Constitución normativa es resultado de la mixtura histórica de estos tres principios. “Constitución y democracia”, en López Pina, A. (ed.), *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 44 y ss.

²⁴ Véase Constant, Benjamin, *Principi di politica*, edición de U. Cerroni, Roma, 1982.

Llegados a este punto es claro que la Constitución normativa de la actualidad es una Constitución democrática que recibió los influjos de las tradiciones constitucionales diseñadas a ambos lados del Atlántico, apuntalados por presupuestos teóricos que en la actualidad no pierden su sentido y razón de ser. La Constitución como norma directiva fundamental aporta los nuevos contenidos materiales al renovado modelo de Constitución, alejándose clara y rotundamente de la neutralidad ideológica y, por ende, del desgastado Estado liberal de derecho. La Constitución, desde esta óptica, dejará de ser mero edificio normativo encaminado a determinar la organización del poder, pasando a representar el conjunto de aspiraciones por las cuales la sociedad ha decidido emprender determinada organización constitucional pues concibe en ella la posibilidad de ver concretados sus anhelos, aspiraciones y deseos. Es mediante la introducción de valores y principios dentro del orden constitucional como el pueblo positiviza la orientación que quiere dar al Estado. Normas que por su textura característica operan como guías que habrán de señalar el rumbo a seguir y los límites que no pueden sobrepasar los poderes públicos. Se erige, con todo, una norma finalista que establece e impone, sobre todo, directivas y programas dinámicos de acción futura como sabiamente expuso Cappelletti,²⁵ con un núcleo de legitimidad claramente definido que le otorga identidad y valor en sí misma, en cuyo fondo se encuentra la sustitución histórica del Estado liberal por el Estado social de derecho.²⁶

La Constitución, en su vertiente de norma fundamental de garantía, viene a situar la ideología social que ha de direccionar la actividad estatal en la cúspide del orden jurídico. Aun así, el entendimiento de su supremacía se razonará de modo diferente pues como sostiene De Otto,

la Constitución pasa a considerarse norma jurídica fundamental no en el sentido de que sea el fundamento de la validez de todo el ordenamiento, en cuanto regula las condiciones de la creación jurídica, sino en el de que contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la vida social y

²⁵ Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milán, Giuffrè Editore, 1968, p. 75.

²⁶ Sobre el traspaso del Estado liberal al Estado social véase, entre otros, Abendroth, W., *et al.*, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986; Garrorena Morales, A., *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*, Madrid, Tecnos, 1984; Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1983.

política, de modo que prefigura, de forma similar a como lo hacen los programas de partido, un *modelo de sociedad*.²⁷

Modelo obligatorio pues tiene la fuerza de conducir las acciones de los poderes que ordena hacia su realización mediante elementos que tienden a realzar la vertiente garantista como el principio de rigidez constitucional, el de responsabilidad de los servidores públicos y, sobre todo, un abigarrado sistema de justicia constitucional que pone énfasis especial en la protección de los derechos fundamentales.

La mixtificación de las dos tradiciones, aportando lo mejor de su constitucionalismo,²⁸ deja en el escenario político de la segunda posguerra sendas Constituciones totalmente rematerializadas que han fijado en el horizonte un destino a seguir y que, en su cualidad de normas supremas, no pueden apartarse sin más de la ruta fijada socialmente argumentando, en el extremo de los casos, que esos principios no son más que declaraciones políticas del estilo de las que contenían las Constituciones del siglo XIX en Europa. Por el contrario, precisamente por esa condición jurídica, existirá la obligación de perseguir los fines sostenidos comúnmente en el entendido de que la Constitución cuenta dentro de sí con los mecanismos idóneos para una rectificación de rumbo político en caso de cualquier desviación premeditada o no. Es así como finalmente “la doctrina del constitucionalismo ya no puede ser sólo doctrina del gobierno limitado sino también doctrina de los deberes del gobierno, como es el caso —ya recordado— de los derechos sociales en relación al valor constitucional de igualdad a promover y realizar”.²⁹

Empieza, bajo los auspicios de la Constitución rematerializada, una nueva etapa para el constitucionalismo una vez superadas las deficiencias que los modelos históricos, en su separación radical, mostraron en toda su magnitud. La idea sobre la cual se montan todas las esperanzas intenta compro-

²⁷ Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 44.

²⁸ Fioravanti lo expresará así: “las Constituciones democráticas actuales intentan combinar lo que en las revoluciones aparecía irremediamente separado. La tradición estadounidense de la rigidez de la Constitución y la tradición revolucionaria francesa —de 1789 y también de 1793— de la soberanía popular y del cuerpo constituyente soberano se toman como premisas para elaborar la norma directiva fundamental que debe transmitirse a los poderes públicos”, *op. cit.*, nota 10, p. 131.

²⁹ *Ibidem*, p. 131.

bar si con la concurrencia de lo mejor de ambas puede producirse el correctivo a las carencias que cada una demostró en su tiempo histórico, no en cuanto a la debilidad de su ideología, sino más bien a la impotencia o insuficiencia de sus construcciones normativas para producir, en el terreno de los hechos, la realización de sus fines concretos.

Si intentáramos un análisis sumario de los textos constitucionales de la posguerra veríamos rápidamente como comparten los rasgos esbozados anteriormente. Todas ellas se fundamentan en el reconocimiento explícito de la soberanía popular. Todas ellas realizan una división rigurosa de las funciones estatales e introducen el elemento técnico de la rigidez para manifestar con mayor intensidad la cualidad suprema de la norma. Todas incorporan ricos contenidos materiales básicamente en referencia a los derechos fundamentales de las personas tanto en su individualidad como en su actuar colectivo, confirmando la histórica deferencia al legislador pero moderada ahora por la introducción de sistemas de justicia constitucional que tendrán la función de salvaguardar el sistema de equilibrios políticos ínsitos en la ley fundamental.

¿Qué es lo que hace que dentro del concepto de Constitución normativa se produzcan dos interpretaciones opuestas? No es casual que hayamos elegido como título de estas reflexiones el de *un concepto y dos modelos de Constitución*. Como hemos visto de manera apretada, dentro de los textos constitucionales de la actualidad parecen manifestarse los elementos que permiten constatar la veracidad de la teoría del *reencuentro de tradiciones* que seguimos. Si se está de acuerdo en los postulados teóricos e históricos que influyeron en la adopción de la Constitución democrática, no ha existido el mismo consenso en cuanto al tema de su función, a pesar de que los elementos históricos que se retoman podrían indicar gran parte de los cometidos que está llamada a representar. Es pues un problema no sobre la fundamentación, sino sobre la operación de la Constitución. Un problema de función entre funciones o, si se prefiere, de poder entre poderes.

Si es verdad, como lo es, que en toda discusión doctrinal se necesita un objeto y más de un participante, la que interesa a propósito de este estudio tomó como punto de partida la lectura de los contenidos materiales incorporados a la Constitución. Sus participantes, puede decirse, se dividieron entre aquéllos que antepusieron un entendimiento procedimental de ellos, y los que prefirieron su entendimiento sustancial. Centremos nuestra atención en dichos contenidos.

La incuestionable riqueza material de los textos constitucionales³⁰ ha intentado explicarse argumentándose el retorno de la tendencia neoiusnaturalista al campo del derecho constitucional.³¹ Cierta o no tan singular apreciación, su positivización vino a debilitar la de por sí nada convincente teoría de la homogeneidad de contenidos de las Constituciones.³² Independientemente del punto de análisis por el que se quiera optar, parece tomar fuerza en la actualidad, así sea con fines eminentemente didácticos, la clasificación de la textura normativa de la Constitución agrupando sus dispositivos en valores, principios y reglas. Lógicamente tampoco existe consenso en la significación de cada una de estas categorías. Son muchas y muy importantes las divergencias en lo que respecta a su concepto, contenido, eficacia, grado de concreción, etcétera.³³

³⁰ Como muestra de esa riqueza, el preámbulo de la Constitución francesa de 1946, recogido por la Constitución de 1958 sostiene que: “Tras la victoria obtenida por los pueblos libres sobre los regímenes que intentaron esclavizar y degradar a la persona humana, el pueblo francés proclama de nuevo que todo ser humano sin distinción de raza, religión o creencias, posee derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano consagrados por la Declaración de Derechos de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República”. La Constitución italiana incorpora también un conjunto de proclamaciones cargadas de *valor*. Por ejemplo el artículo 1o. determina que “Italia es una República democrática fundada en el trabajo”. El 2o. según el cual “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social”. El 3o. que, en su primer párrafo señala que “todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley”. La ley fundamental de Bonn, en los primeros apartados del artículo 1o. determina: “La dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. “El pueblo alemán se identifica, por tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia del mundo”. La Constitución francesa de 1958 incorpora en su artículo 2o. como ideales que habrán de inspirar a las instituciones de la república la libertad, igualdad, fraternidad. Portugal plasma con plena nitidez la aspiración de su pueblo en el artículo 1o. “Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en la transformación en una sociedad sin clases”. El caso español es sintomático pues en su artículo 1o. sostiene que “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

³¹ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 9, p. 114.

³² La ruptura de la homogeneidad es destacada por Nieto, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, vol. I, núm. 100-102, enero-diciembre de 1983, p. 377 y ss.

³³ Dworkin distingue, por ejemplo, entre normas, principios y directrices políticas. Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 72. Alexy diferencia las categorías de acuerdo con su pertenencia al campo deontológico o axiológico. Cfr.

Con independencia de la discusión doctrinal a la que no podemos entrar ahora,³⁴ lo que parece claro es que existe una jerarquización entre tales categorías³⁵ que da lugar a que se utilicen grados en la intención de diferenciarlas.³⁶ Este escalonamiento sirve, a nuestro juicio, para dejar en claro que existe una cadena normativa en la que cada uno de los tres peldaños cumple una función diferente dentro del ordenamiento constitucional. Los valores, en su calidad de metanormas,³⁷ sirven para indicar los objetivos, metas o fines a alcanzar por la comunidad política. Son expresiones de alto contenido axiológico que ayudan a entender a la Constitución como cauce de orientación política —*Costituzione indirizzo* en la terminología italiana—. Los principios en vez, expresan la toma de posición respecto de determinados mecanismos que se consideran óptimos para la consecución de los valores, generalmente representados mediante instituciones concretas. Finalmente, en el último peldaño, las reglas coadyuvan a la instrumentalización de los principios con carácter exhaustivo y concreto. Explicado todo desde el punto de vista inverso, diremos que las reglas expresan la toma de posición política respecto de las cláusulas jurídicas específicas que desarrollan la esencia de los principios, a la vez que éstos, como expresa Balaguer,

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 147. Wróblewsky prefiere hablar de reglas de conducta, de organización, teleológicas y directivas. Cfr. Wróblewsky, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 104-105. Por su parte Rubio deja en claro la multivocidad de conceptualizaciones. Cfr. Rubio Llorente, Francisco, “Principios y valores constitucionales”, *Estudios de derecho constitucional y ciencia política. Homenaje al profesor Fernández Carvajal*, Murcia, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1997, vol. I, p. 650. En cuanto a la diferenciación de acuerdo al mayor o menor grado de concreción parecen coincidir, entre otros, Prieto Sanchís, L., *Sobre principios y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 141; Parejo Alfonso, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 144; Balaguer Callejón, Francisco, “Constitución y ordenamiento jurídico”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 193.

³⁴ Remitimos al *excursus* sobre la interpretación en este mismo trabajo.

³⁵ La superioridad de los valores sobre los principios ha sido expuesta por Lucas Verdú, Pablo, *Estimativa y política constitucionales*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1984, p. 167 y ss.

³⁶ Sobre la polémica respecto a si la distinción entre categorías es de grado o de calidad véase Hart, H. L. A., *Postscript a The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford Clarendon Press, 1994, p. 259 y ss.

³⁷ Pérez Luño utiliza esta expresión como una diferencia de grado entre los valores y principios para afirmar la superioridad de los primeros. Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 291.

“pueden considerarse como los instrumentos normativos fundamentales para la realización de los valores superiores del ordenamiento”.³⁸ Estos últimos, ya hemos dicho, representan los fines últimos consentidos por la comunidad política.

La cadena normativa, desde este ángulo, toma una coherencia tal que ayuda a entender la lógica implícita dentro del máximo ordenamiento jurídico. Como se puede apreciar, las reglas, al ser cláusulas específicas —caracterizadas por contener un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica— son las encargadas de instrumentalizar el alcance normativo de un principio determinado. Si hablamos en términos cuantitativos no se puede negar que por su naturaleza y la función que desempeñan deben manifestarse en una pluralidad suficiente para abarcar la regulación normativa que exprese a cabalidad la esencia del principio, intentando cubrir todos los supuestos sin dejar resquicio alguno. Por otro lado, los principios tenderán a ser muchos menos, de hecho sólo unos pocos, en la medida en que expresan las definiciones constitucionales referidas a la organización del Estado,³⁹ con el objeto de que mediante ellos se concrete la dimensión axiológica de la Constitución. Es por ello que existe una plena identificación entre principios y reglas puesto que estas últimas son las que en realidad vivifican los principios y, hay que decirlo, a veces los distorsionan o niegan.

Como señala Zagrebelsky,⁴⁰ los principios desarrollan un papel propiamente *constitutivo* del orden jurídico. Como elementos que constituyen jurídicamente al orden social operan también como elementos de unificación y cohesión del entramado normativo,⁴¹ debiendo todas las normas del

³⁸ Cfr. Balaguer Callejón, Francisco, *op. cit.*, nota 33, p. 193.

³⁹ Lucas Verdú diferencia entre afirmaciones políticas y definiciones constitucionales. Aquéllas sirven para perfilar el techo ideológico de la Constitución, mientras que éstas se refieren a la parte orgánica de la Constitución. Cfr. *Curso de derecho político*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1986, vol. II, p. 545.

⁴⁰ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 9, p. 110.

⁴¹ Eduardo García de Enterría, aun cuando toma con idéntico valor las concepciones de valores y principios, las cuales diferencia de la ley, está de acuerdo con que su función de dar unidad al ordenamiento jurídico: “La unidad del ordenamiento es, sobre todo, una unidad material de sentido, expresada en unos principios generales de derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (sobre todo, naturalmente, al intérprete judicial, a la jurisprudencia), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre todos, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva”. Cfr. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 97-98.

ordenamiento regresar a ellos cuando exista confusión sobre su significado, como un bumerang que parte de un lugar y después de su travesía regresa al punto original de partida.

Como elementos informadores no pueden, por su misma complejidad genérica, desdoblarse normativamente para producir ellos mismos su concretización, esa función les es ajena y pertenece a otro tipo de prescripciones; es aquí donde cobran importancia las reglas debido a que el desdoblamiento a que nos hemos referido ha de producirse indefectiblemente a través de ellas. Las reglas, al contar con una complejidad concreta y prescribir conductas que deben producirse y que en caso de no obedecerse conllevan una determinada sanción jurídica, están en mejor posición para materializar lo que un principio significa en su esencia.⁴² Es por ello que en los conflictos de interpretación, las reglas deben ser valoradas en función de los principios puesto que son su concretización, teniendo los principios igual marco referencial con la categoría de los valores. Como indica García de Enterría, “ninguna norma subordinada —y todas lo son para la Constitución— podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente a dichos valores”.⁴³

La rematerialización aquí vista, centrando la atención en el argumento de la concreción o abstracción de las disposiciones en que se expresan, ha llevado a una adjetivación diferente. Las normas que expresan valores o principios por su textura inusual, alejada de la que contiene una norma jurídica común, son entonces cláusulas vagas, confusas, abstractas, indeterminadas, ambiguas o más elegantemente, representan zonas de penumbra, precisamente por la dificultad para determinar con exactitud lo que expresan debido a que regulan contenidos que de una óptica a otra pueden variar en su significación.⁴⁴

⁴² Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 9, p. 109.

⁴³ *Cfr.* García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 41, p. 98.

⁴⁴ Sobre este tema tan controvertido y polémico por el impacto que este tipo de preceptos representan para la interpretación de la Constitución véase Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, p. 65 y ss; del mismo autor, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, p. 89 y ss; Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 164 y ss. Centrando la atención en el impacto de este tipo de normas en la interpretación véase Moreso, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

Es indiscutible que tal selección normativa refuerza de sobremanera los márgenes de discrecionalidad actuativa tanto de los parlamentarios como de los jueces constitucionales, debido a que ambos interpretan los preceptos constitucionales para traducirlos en leyes o en sentencias. Lógicamente el margen interpretativo, bien político, bien jurídico, es tan amplio que en determinadas situaciones tiende a desbordarse. Es precisamente dentro de esta problemática donde se advierte de nuevo y en toda su magnitud cómo el principio de supremacía constitucional salvaguardado por los tribunales constitucionales se enfrenta con el principio democrático representado por los parlamentos.

La pugna generada entre el denominado activismo judicial y la objeción democrática a la justicia constitucional es lo que, en síntesis, ha motivado la nueva discusión sobre los modelos de Constitución. Polémica que se ha abierto entre dos posturas doctrinales radicalmente opuestas en donde, de una parte, se sostiene la concepción valorativa de la Constitución y de otra, sin negar esa concepción, se propone una interpretación en la que el pluralismo de los valores se reduzca a la singularidad de un solo valor: el pluralismo político.⁴⁵ Hablamos de quienes dentro de la objetivación que frecuentemente se suele otorgar a la Constitución sostienen la tesis de la Constitución como sistema material de valores o, simplemente *axiológica*, y la Constitución *procedimental* o *abierta*, aun cuando en estas dos adjetivaciones existan también diferencias sustanciales.

La contraposición de estos dos modelos se incardina directamente en el tema de la interpretación de la Constitución y, en un panorama más amplio, en la teoría de la Constitución. Lo que subyace al debate es el papel que se pretende otorgar dentro del propio sistema constitucional, tanto a los órganos que tienen como función la producción jurídica, como a aquéllos a quienes se confiere la interpretación de esa producción utilizando como parámetro directo la Constitución. La discusión, en otras palabras, debe observarse en referencia a una decisión política de gran envergadura por lo que supone para la marcha del Estado constitucional, entre quienes pugnan por el fortalecimiento del Parlamento con la correspondiente debilitación

⁴⁵ Es importante reparar en el hecho de que la Suprema Corte de Justicia mexicana ha reconocido como valor ínsito en la Constitución de Querétaro al pluralismo político, en sentencia pronunciada en la acción de inconstitucionalidad 6/98 en donde el Partido de la Revolución Democrática impugnó la *cláusula de gobernabilidad* consagrada en el Código electoral local. Al respecto Cossío D., José Ramón, “El reconocimiento de valores por la Suprema Corte”, *Este país*, México, núm. 97, abril de 1999, p. 26 y ss.

del órgano encargado de la aplicación judicial de la Constitución y los que sostienen la tesis contraria, esto es, el fortalecimiento de la justicia constitucional en detrimento del Parlamento democrático. Ni qué decir tiene que el debate no está cerrado y que en la actualidad se sigue presentando con gran fuerza dentro del debate académico y político, pues como decíamos líneas atrás, el papel que dentro del entramado constitucional juegan los principios democrático y de supremacía constitucional ha estado siempre presente, cuyo equilibrio es y seguirá siendo el tema capital del derecho y la teoría constitucional. Es pues el entendimiento de ellos lo que de nuevo abre la contraposición doctrinal.

Los sostenedores de la Constitución abierta o procedimental en esencia abogan por el entendimiento de la democracia como un sistema tendiente a la protección de un único valor: el pluralismo político. Para ellos, la democracia no es más que un sistema encaminado a garantizar, mediante las instituciones y los procesos conducentes, que todas las corrientes políticas surgidas en el seno de la sociedad puedan eventualmente llegar a participar en la contienda electoral y convertirse en una opción política mayoritaria; se presupone, para ello, la existencia de un procedimiento imparcial que permite que todos participen con el mismo nivel de oportunidades. Bajo esta consideración, la democracia procedimental tiene exclusivamente un fin: mantener abierto el proceso político a la participación de todos sin excepción. El objetivo perseguido consiste en posibilitar la oxigenación permanente del proceso político, evitando, en lo posible, que una sola opción pueda permanecer indefinidamente en el poder y que mediante argucias legales o ventajas indebidas se obstaculice la entrada de nuevas fuerzas a la lucha por su ejercicio.

Con el objeto de coadyuvar en la concreción de ese fin, los sostenedores de este tipo de democracia, principalmente Ely⁴⁶ en Estados Unidos y de alguna manera Häberle⁴⁷ en Alemania, sin olvidar que el mismo Kelsen abogaba por una noción similar en *Esencia y valor de la democracia*,⁴⁸ reconocerán la necesidad de garantizar determinados derechos de partici-

⁴⁶ Ely es el principal sostenedor de esta concepción de democracia, a la que propone un modelo de Constitución y por ende de interpretación. Para él, la función de la *Judicial Review* debe constreñirse a garantizar la apertura del proceso democrático. Cfr. Ely, John H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1980.

⁴⁷ Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM-IIIJ, 2001, p. 149 y ss.

⁴⁸ Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Labor, 1977, p. 22 y ss.

pación política que son congruentes con la visión prescrita. Entre estos derechos destacan claramente el de asociación, el de expresión, el de voto, etcétera, pero no considerados en su dimensión sustantiva sino reducidos a técnicas instrumentales para posibilitar el acceso y mantener la apertura del sistema.⁴⁹ Son, por decirlo de otro modo, los instrumentos que sirven de base para auspiciar la existencia de fuerzas políticas de cuño heterogéneo, en donde no importa bajo qué ideología se presenten al proceso político, sino el hecho mismo de presentarse a la contienda democrática en tanto se presupone que es una opción precedida de un determinado respaldo social y que cuenta por ello con representatividad.

Frente a la dimensión procedimental o pluralista de democracia —en la medida que tiende a garantizar la pluralidad política— que respalda la caracterización de Constitución abierta, existe una dimensión contraria que parte del presupuesto procedimental de democracia, en tanto la democracia es también procedimiento, pero que entiende que existen un conjunto de valores que subyacen al propio concepto de democracia de forma que sin ellos el concepto y lo que representa quedarían vacíos de contenido. Para esta tendencia lo que verdaderamente caracteriza a la democracia es la riqueza de su sustancia; riqueza que por otro lado no funciona como mero instrumento decorativo puesto que expresa los valores sobre los que se construye el orden social y, en consecuencia, el orden político.⁵⁰ Para esta segunda opinión son trascendentales conceptos como los de libertad, igualdad, dignidad humana, etcétera, pero trascendiendo su consideración formal para preferir su dimensión material.

Sintetizando la cadena argumental y los razonamientos de sus defensores, podemos decir que no puede establecerse un sistema democrático basado en simples reglas que orienten las formas en que la sociedad ha de comportarse políticamente. Previo a ese sistema deben estar garantizados los derechos a gozar de márgenes amplios de libertad y a ser considerados iguales en expectativas y tratamiento. También deben existir derechos materiales que alimenten al ser humano con los conocimientos necesarios para que su participación política no se exprese en forma vacua e irrelevante

⁴⁹ Cfr. García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 41, p. 222.

⁵⁰ La idea de Manuel Aragón es clara en este sentido: “No cabe concebir a un pueblo soberano si no es un pueblo libre y no cabe concebir a un pueblo libre si la libertad no es disfrutada por todos los ciudadanos, es decir, si los ciudadanos no son iguales en su libertad”. Cfr. *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 61.

para el proceso mismo, sino que potencien una intervención consciente en la medida en que satisfaga las expectativas propias y las de la sociedad en su conjunto.

Parece que es una rotunda mayoría la que se decanta por la consideración sustancial de la democracia. Es así porque es difícil negar que los valores de igualdad y libertad subyacen a todo sistema democrático para que pueda detentar tal denominación. En este sentido, es indiscutible la relación que existe entre los derechos fundamentales y la democracia. El mismo Kelsen que en un principio concibió a la democracia como simple método para la toma de decisiones, posteriormente reconocería la importancia que para ella suscita la garantía de la opinión pública y de las libertades que la comportan.⁵¹ No debe extrañarnos entonces por qué Robert Dahl inicia su teoría del proceso democrático con la exposición de la idea de igualdad intrínseca, secundada por la consecuente idea de libertad.⁵² O por qué Rawls, reconociendo las mismas cualidades, evidencia los poderes morales del ser humano, manifestados en su capacidad para formar una concepción del bien y para desarrollar un sentido de justicia;⁵³ idea en la que parece coincidir Habermas con la estrechez con que considera la autonomía pública de la autonomía privada.⁵⁴ En fin, principios como el liberal y el democrático tienen en el fondo una conexión evidente e insoslayable, algo que ha quedado debidamente demostrado también por Bobbio.⁵⁵

Bajo estas concepciones de democracia parece quedar marcada la separación doctrinal. Si de un lado se determina, siguiendo la propia lectura de lo que significa la democracia, que la Constitución debe garantizar el acce-

⁵¹ “Una democracia sin opinión pública —dirá Kelsen— es una contradicción en los términos. En la medida en que la opinión pública sólo puede formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa y de religión, la democracia coincide con el liberalismo político, aun cuando no coincida necesariamente con el económico”. Más tarde concluirá diciendo: “El principio de la mayoría y, por tanto, la idea de la democracia, es así una síntesis de las ideas de libertad e igualdad”. Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995, pp. 340-342.

⁵² Dahl, Robert, *La democracia y sus críticos*, Barcelona-Buenos Aires-México, Paidós, 1992, p. 103 y ss.

⁵³ Cfr. Rawls, John, *Political Liberalism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, p. 334 y ss.

⁵⁴ Cfr. Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, 4a. ed., Madrid, Trotta, 1998, p. 82 y ss.

⁵⁵ Sobre la estrechez de estos principios, Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

so político a todas las fuerzas que lo deseen para que una vez en el poder, investidos de plena legitimidad democrática, introduzcan el sistema de valores que han de regir a la sociedad; del otro se determina que la decisión de incorporar un determinado orden de valores no puede dejarse a mayorías eventuales guiadas por intereses políticos de grupo, sino que deben situarse fuera de su alcance. La solución, por tanto, es constitucionalizar los valores a fin de que tengan una protección jurídica especial. Lógico es que optando por la primera de las posiciones, es el órgano legislativo quien se sitúa en una posición de preponderancia política; si por el contrario se adopta la segunda opción, son los guardianes de la Constitución los que, en su calidad de órganos de cierre, tendrán la última palabra.

Centrado el punto de discordia, parece que existe un alejamiento sin retorno en los puntos de vista y en las nociones de Constitución que por las premisas desde las que parten se enfrentan entre sí. Señalado lo anterior cabe preguntarse si no existe una posibilidad de encontrar un punto de confluencia entre ambas posiciones, por mínima que sea. Lógicamente si lo intentamos desde la argumentación del concepto de democracia que se ha seguido será más difícil encontrar ese punto. Creemos, por tanto, que si fijamos la atención en la textura normativa de las Constituciones de la posguerra, ricas en contenidos constitucionales como ya hemos visto, puede desvelarse más fácilmente que en la contraposición doctrinal señalada existe una notable confusión puesto que la norma constitucional es tan dócil, tan dúctil que nada impide que las dos dimensiones señaladas confluyan en un solo tipo de Constitución. Antes de señalar las posibilidades de esa convergencia cabe retornar, así sea para efectos meramente didácticos, a la conceptualización de las Constituciones.

En primer lugar, es necesario hacer una distinción terminológica puesto que hasta el momento hemos venido utilizando indistintamente los términos de *Constitución procedimental* y *Constitución abierta* como equivalentes, aunque en realidad no lo son. Y no lo son debido a que aun cuando las dos coinciden en el sostenimiento de determinadas tesis, el concepto de Constitución abierta es más amplio y abarca elementos que la noción procedimentalista incluso niega.

Es necesario aclarar entonces la noción de apertura que utilizamos, para lo cual es menester señalar que la apertura puede referirse a diversos campos de la actividad normativa; puede darse hacia otros ordenamientos jurídicos o hacia el derecho internacional, al derecho comunitario, al derecho canónico, al derecho natural o hacia cualquier manifestación de ordenación

jurídica.⁵⁶ Parece pues que la apertura se manifiesta, en principio, en dos escalas claramente diferenciadas. Una, la relativa a la apertura a órdenes jurídicos ajenos al propio y otra que tiene que ver con la concepción ontológica de derecho que informa a un determinado ordenamiento jurídico.⁵⁷ Dentro de la última dimensión, que es la que interesa a los efectos de este *excursus*, podemos identificar que la cualidad aperturista de la Constitución se refiere en un primer momento a su capacidad para promover una sociedad abierta al estilo popperiano, en donde se garantiza a los individuos una porción importante de derechos de autonomía individual que los hace aptos para participar en el proceso público de toma de decisiones bajo estándares de igualdad.⁵⁸

Dentro del ámbito normativo, la noción de apertura puede sostenerse cuando una Constitución abre su interpretación a una pluralidad de agentes no sólo jurídicos sino también políticos y sociales; es decir, cuando no exclusiviza su lectura a los órganos estatales aunque reconoce como suprema y última la interpretación que realizan los tribunales constitucionales.⁵⁹ También puede hablarse de apertura cuando se observa la capacidad de la Constitución para recepcionar los cambios que la dinámica social y política imponen en la realidad y que necesitan ser trasladados al ámbito normativo para que, como manifestaciones fácticas, adquieran su traducción en expresiones jurídicas. Los cambios pueden ser traducidos por vía interpretativa cuando la complejión normativa de las prescripciones constitucionales es lo suficientemente elástica para permitir que el juez o el legislador, a la hora de concretar el alcance de una disposición, pueda llenarla con contenidos acordes al momento histórico presente,⁶⁰ o bien mediante la utilización de

⁵⁶ Cfr. Lucas Verdú, Pablo, *La Constitución abierta y sus enemigos*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, 1993, p. 9.

⁵⁷ Linde, al analizar la Constitución española, parece estar de acuerdo en las dos escalas a que hacemos referencia. Linde, Enrique, *Constitución abierta*, Madrid, Linde Editores, 1991, p. 11.

⁵⁸ Cfr. la contraposición entre sociedad abierta y sociedad cerrada de la que parte Popper en su estudio. *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. de Eduardo Loedel, Buenos Aires-Barcelona, Paidós, 1991, p. 15 y ss.

⁵⁹ Es la idea básica de Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, gobierno vasco, 1996, p. 18 y ss. En el mismo sentido se manifiesta Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 54, p. 222 y ss.

⁶⁰ Tesis impulsada bajo argumentos sólidos y convincentes por Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 33, p. 211 y ss; retomada, entre otros, por Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 9, p. 146 y ss, esp. 150 y ss.

un mecanismo formal que posibilite la transformación del ordenamiento. Hablamos por supuesto de la cláusula de reforma constitucional, prescripción cuya finalidad es compatibilizar la disyuntiva cambio-permanencia como tensión a la que permanentemente está sometida la Constitución.⁶¹

Enterados de los ámbitos en los que válidamente puede utilizarse la expresión *Constitución abierta* toca ahora abordar lo relativo al concepto de *Constitución procedimental*. Para ser más claros, en este punto diremos que la noción procedimentalista refleja un ordenamiento fundamental en el que únicamente se regulan instituciones y procesos de gobierno. No es concebible, según ésta, que bajo el orden constitucional se cobije declaración sustancial alguna debido a que existe una clara deferencia al principio de la democracia representativa; principio que es producto de la conexión entre las concepciones de libertad y representación en sentido material bajo un razonamiento llevado hasta sus últimas consecuencias.⁶²

Para la concepción procedimental de Constitución lo trascendental es dejar manos libres a la representación política en el entendido de que lo que ellos resuelvan es lo que la sociedad desea y considera políticamente correcto.⁶³ Si la representación política decide implantar un sistema determinado de valores y principios de conducción social, la acción se considerará legítima e inobjetable puesto que la exteriorización de esa conducta no será otra cosa que la manifestación más clara de una autoridad obtenida dentro

⁶¹ Linde, Enrique, *op. cit.*, nota 57, p. 58. Es interesante la lectura que De Cabo realiza sobre el particular, Cabo, Carlos de, “La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 45 y ss.

⁶² Tomamos el concepto que maneja Böckenförde, conforme al cual “la representación consiste en que, y está dada cuando, la acción de los órganos de dirección se configura de tal forma que los individuos y los ciudadanos en su conjunto (el pueblo) pueden reconocerse en esa acción, tanto en sus diferentes concepciones como en aquello que quieren y que mantienen como correcto en común. Incluye también el que los individuos —en cuanto representados, y no en un sentido meramente formal— consideren que sus representantes tratan y resuelven todas las cuestiones que afectan a su convivencia y, ciertamente, que lo hacen de modo que, con independencia de las diferencias de opinión y de concepción, permite y hace surgir una identificación con esta forma de tratar y decidir tales cuestiones”. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 146.

⁶³ Una representación de la teoría de la Constitución procedimental se contiene en Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. Del mismo autor, en un análisis condensado véase “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 247 y ss.

de un proceso político en el que todos han tenido las mismas oportunidades. Desde esta perspectiva, la voluntad política de la mayoría no puede petrificarse con cláusulas que, protegidas bajo la rigidez, hagan su transformación casi imposible ya que en la base de la democracia pluralista se encuentra la alternativa del cambio y la rectificación. Las posibilidades de la alternancia se sitúan en primera fila como ventana siempre abierta para variar el rumbo político cuando así lo estime conveniente y prudente la mayoría electoral.

No debe haber ninguna referencia a valores y principios sustanciales dentro de la Constitución porque éstos se erigirían sencillamente como un estorbo a la libre acción de los poderes democráticos que, por el contrario, necesitan de los mayores márgenes de acción para posibilitar la transformación social. Por lo mismo, no debe existir ningún reconocimiento de derechos sustantivos puesto que la atribución de positivizarlos corresponde al legislador. Como ha quedado de manifiesto, la única prioridad de la Constitución en esta construcción es el reconocimiento de los derechos políticos indispensables para participar en el proceso de toma de decisiones debido a que se colige que de la pureza de ese procedimiento se desprende la legitimidad de dichos órganos y que en tanto exista legitimidad, esto es identificación plena entre los intereses de los representantes y los representados, los órganos democráticamente elegidos expresarán fielmente el conjunto de valores que la sociedad quiere reconocerse en un momento histórico determinado sin atenerse a los que en un proceso lejano, perdido en el pasado, hayan consentido quienes acudieron a la construcción de la Constitución. Los derechos son, en contra de lo que sentencia Dworkin, producto de la mayoría y no a prueba de ella.⁶⁴

Como es evidente, lo que subyace en el fondo de semejante construcción doctrinal es la sobrevaloración del principio representativo debido a que se entiende en un contexto en el cual los intereses de todas las personas están adecuadamente representados, considerando que en la toma de decisiones se ponderan todos esos intereses sin infravalorar ninguno. Parece exclamarse una identidad absoluta entre representantes y representados como ha dejado en claro la definición de Böckenförde, ya que sólo desde esa consideración se puede entender que en una sociedad no quede ningún interés sin ostentar representación. Desde esta perspectiva es fácil proclamar que no debe existir ninguna cláusula que exprese valores sustantivos den-

⁶⁴ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 33, p. 285 y ss.

tro de la Constitución puesto que al ser tan nítido el proceso democrático, lo que se auspicia en realidad es la posibilidad de que cualquier valor sustantivo pueda llegar a ser acogido por la sociedad, siempre y cuando sea tomado con arreglo al principio de la mayoría.⁶⁵ Esa es la virtud de que la Constitución determine un proceso de gobierno y no una ideología para gobernar en palabras de Ely.⁶⁶

No obstante, si algo ha quedado claro en la historia del constitucionalismo es precisamente la idea contraria. No se puede negar, por un lado, la importancia de los partidos políticos en el Estado constitucional, algo que quedó evidenciado bajo los agudos razonamientos kelsenianos;⁶⁷ ello no es óbice, empero, para destacar que la representación política, como magistralmente expusiera Michels a principios del siglo XX, no es, ni por mucho, el fiel reflejo del sentimiento social.⁶⁸ Cuando se tiene plena conciencia de lo anterior, nace la impostergable necesidad de privar del alcance del cuerpo representativo determinadas decisiones trascendentales, consideradas plenamente sustantivas, en el entendido de que representan un consenso social más amplio demostrado en la naturaleza propia del poder constituyente. Desde este punto de vista, los valores y principios se justifican plenamente y cumplen un papel de límite al ejercicio de los cuerpos representativos debido a que rompen con la idea de que los partidos políticos, apoyados en el principio mayoritario, tienen plena autoridad para modelar la vida social.

Ahora bien, vistos los extremos en que transcurren las adjetivaciones de la norma fundamental, cabe destacar que el concepto de Constitución abierta participa mayormente de las tesis que aquí se han reproducido someramente en referencia a la Constitución procedimental; acoge en buena medida una visión instrumental de la democracia y su toma de posición es evidente en favor de la primacía del principio democrático, mantener abiertos los cauces del proceso político es en sí una de sus finalidades. Considera, em-

⁶⁵ Sobre el principio de la mayoría puede consultarse a Chueca, Ricardo, *La regla y el principio de la mayoría*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁶⁶ Cfr. Ely, John, *op. cit.*, nota 46, pp. 100-101.

⁶⁷ Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit.*, nota 48, p. 37 y ss.

⁶⁸ “La constitución de oligarquías —dirá Michels en su famosa “Ley de hierro”— en el seno de las múltiples formas de democracia es un fenómeno orgánico y, por consecuencia, una tendencia a la cual sucumbe fatalmente toda organización, sea socialista o incluso anarquista... La supremacía de los jefes en los partidos democráticos y revolucionarios es un hecho que debe ser tenido en cuenta en toda situación histórica presente o futura...” Cfr. Michels, Robert, *La sociología del partido político nella democrazia moderna*, Turín, 1924, p. 295 y ss.

pero, algunos elementos que no podrían ser recogidos por los procedimentalistas so pena de derribar su propia construcción doctrinal.

En efecto, quienes participan de la postura aperturista no niegan que la Constitución pueda fincarse sobre la base de una concepción sustantiva de derechos fundamentales dentro de un orden que se siente dispuesto a acoger, en una u otra medida, determinados supuestos axiológicos que expresen el acuerdo fundamental dentro de la pluralidad de intereses sociales. En este sentido, la Constitución abierta es, por decirlo de alguna manera, menos abierta que la procedimental en tanto su apertura se condiciona por los límites a que la norma sujeta al legislador democrático, lo que no ocurre en el otro modelo. Sin embargo, con esta afirmación no se niega su clara preferencia por una Constitución que reafirme y fortalezca la posición del legislador y de sus políticas dentro del sistema constitucional.

En un primer acercamiento, parece que la posición de los aperturistas comparte y se mueve dentro de los márgenes planteados por la tesis del dualismo democrático de Ackerman, que entiende que en la democracia existen dos niveles de decisiones fundamentales: unas emanadas del pueblo en el momento constituyente y otras emanadas de la conversión de la soberanía en representación dentro del proceso de gobierno.⁶⁹ En la medida que se suscriban los planteamientos de la primera decisión se estará optando por una Constitución que dentro de su apertura no otorgue plena libertad al legislador para imponer sin límites sus convicciones ideológicas. El acuerdo social reflejado en la Constitución se antepone como una decisión de mayor grado, portadora, como lo es, de un consenso social fortalecido que ha de ser respetado por el propio legislador.

La apertura se refleja, sin embargo, en la pluralidad de opciones que la misma norma constitucional en su elasticidad permite, y que se evidencia en la incorporación de valores y principios que pueden ser tangibilizados a partir de una pluralidad de opciones de política legislativa; por las constantes remisiones que la Constitución hace a la ley con objeto de que sea el

⁶⁹ Cfr. Ackerman, Bruce, *We the People: Foundations*, Cambridge Massachussets, Harvard University Press, 1991, esp. cap. I. Igualmente Ackerman, Bruce y Rosenkrantz, Carlos, "Tres concepciones de la democracia constitucional", *Fundamentos y alcances del control judicial de la constitucionalidad. Cuadernos y Debates*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. La distinción de las decisiones puede verse desde otra óptica, esto es, desde los poderes que las concretan: por un lado el poder constituyente y por otro, los poderes constituidos. Cfr. Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 24 y ss.

legislador quien, mediante las bases aportadas por ella, proceda a expedir la legislación pertinente; también por la especial relevancia que en los Estados sociales de derecho de la actualidad tiene el mismo legislador, ya que producto de la adopción de normas programáticas que, como sabemos, deben ser actuadas y concretadas a través de una posterior actividad normativa, dejan su mediación a cargo del legislador.⁷⁰ Igualmente esa apertura se manifiesta al observar la configuración del poder de reforma constitucional, pues en la medida en que su procedimiento sea más rígido se estará reconociendo la valía del contenido de las decisiones incorporadas por el constituyente y la necesidad de su protección frente a mayorías eventuales. Por el contrario, si no es rígido en extremo y los requisitos para la transformación constitucional se pueden cumplir con facilidad, no habrá duda que lo que allí se está privilegiando es la posibilidad de que los operadores jurídicos que ostenten las mayorías necesarias puedan moldear a comodidad la carta fundamental. No se cierra, como puede observarse, el camino a la actividad del legislador, simplemente se le delimitan los márgenes dentro de los cuales puede desplegar legítimamente su discrecionalidad.

Si, por el contrario, dentro de las dos decisiones expuestas por Ackerman se sostiene que son de mayor trascendencia las dictadas en el día a día del proceso de gobierno, el nivel de apertura será máximo en la medida en que el legislador podrá orientar la actividad estatal sobre las decisiones de la mayoría, imbricadas obviamente de la ideología política triunfante electoralmente. Entonces, privará el consenso político producto de las elecciones sobre consenso social producto del proceso constituyente. En este caso, la Constitución será lo suficientemente esquemática para determinar un proceso de gobierno y los modos democráticos de acceder a él, dejando todo el peso de la dirección política al legislador, cualquiera que sea la óptica política bajo la que actúe.

Ahora bien, el hecho de apostar por un modelo de apertura moderada, esto es, limitada conforme a la primer hipótesis, deja sobre el escenario un problema más de no poca importancia. Si lo que se intenta salvaguardar es que los cauces de acceso al proceso político estén abiertos a cualquier opción, en el entendido de que entran en él quienes comparten los principios bajo los que se rige, cabe preguntarse si esa apertura, en su afán de inclusión, permite que puedan entrar al proceso democrático fuerzas políticas que son contrarias al sistema de principios y valores democráticos sobre los

⁷⁰ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 9, p. 79 y ss.

que se erige la Constitución.⁷¹ Porque explorando un supuesto, podría darse el caso de que una fuerza política determinada, aprovechándose del grado de apertura de la ley fundamental, intente participar de manera institucionalizada en la lucha por el poder con el fin de erigirse como fuerza política mayoritaria y operar desde dentro el cambio de los valores en que se sustenta la Constitución para sustituirlos por otros. La pregunta obligada, si se toma en cuenta lo anterior, es hasta dónde esto es legítimo y en qué medida la apertura de la Constitución lo permite. De asentir tal posibilidad, la otra pregunta sería si no con ello se cae en el supuesto de lo que los franceses denominan el *fraude a la Constitución*.⁷² Lógicamente quienes intenten esa opción no dudarían en apelar, por ejemplo, al valor *pluralismo político*, reconocido en algunos ordenamientos —así la Constitución española en su artículo 1o.—. Una norma de estas características configura el presupuesto para defender el derecho a participar a aquellos que aun cuando no comparten los principios constitucionales están dispuestos a someterse a ellos entre tanto no logran el respaldo social suficiente para introducir una reorientación de los fines del Estado sobre sus particulares convicciones políticas.

La Constitución procedimental no participa de esta problemática debido a que no salvaguarda ningún valor sustantivo que en un caso determinado pueda generar la animadversión de algún sector o grupo político, es una de sus ventajas. Es más, este modelo otorga el permiso constitucional a cualquier fuerza para actuar políticamente, sin importar su ideología y, en consecuencia, los valores y principios que profesa. Decimos que no es parte de la problemática porque de acuerdo con esta posición la orientación estatal no la marca la Constitución sino los representantes democráticamente elegidos. Por tanto, si alguna fuerza política quiere sustituir las bases sobre las que se asienta el sistema de gobierno no se encontrará con limitantes en la Constitución y le bastará únicamente con legitimarse a través de los apoyos sociales necesarios para estar dentro del sistema en una posición de supremacía, operando la sustitución desde allí.

⁷¹ El tema lo ha tratado Díaz Revorio, quien sostiene que la apertura de la Constitución efectivamente permite que quienes pretendan sustituir el sistema de valores que subyace a ella lo hagan, siempre y cuando sea por los cauces que la misma ofrece. Díaz Revorio, Francisco Javier, *La Constitución como orden abierto*, Madrid, McGraw Hill, 1997, p. 3 y ss.

⁷² “Por *fraude constitucional* se entiende —dirá Pedro de Vega— la utilización del procedimiento de reforma para, sin romper con el sistema de legalidad establecido, proceder a la creación de un nuevo régimen político y un ordenamiento constitucional diferente”, *op. cit.*, nota 69, p. 291.

El único requisito para la sustitución antes dicha puede ser el respeto pleno al principio de la democracia deliberativa al estilo propuesto por Habermas, debido a que según el autor, es la condición necesaria para la obtención de la legitimidad.⁷³ De acuerdo con lo anterior, toda sociedad puede proceder a la sustitución de los principios sobre los que se erige su modelo de organización política siempre y cuando esa sustitución sea el producto de una deliberación profunda entre todos sus componentes, sin exclusión alguna, escuchando incluso las expresiones de las voces disidentes. Se requiere, en consecuencia, una sociedad viva, despierta, libre y abierta, desinhibida para inmiscuirse de lleno en los cambios y las transformaciones que en la realidad de este mundo globalizado adquieren dimensiones aceleradas y que en la medida que sus componentes representan seres políticamente activos tienen la oportunidad de expresar su opinión, sea mediante la adhesión o mediante la crítica, y que con independencia de las decisiones a las que se llegue se manifiesta a favor de romper con los esquemas del inmovilismo para reiterar su flexibilidad al hecho de recepcionar socialmente cualquier idea, cualquier posición y cualquier ideología. Es mediante este proceso de interacciones sociales continuas que, según Häberle, se crea y recrea la Constitución. Intenta desmentir, de eso no hay duda, la noción tradicional que considera a la Constitución como una norma gestada a partir de una *hora cero*, creación originaria de un Poder constituyente.⁷⁴

Aun cuando ya hemos esbozado las causas de aparición de las Constituciones axiológicas de finales de la segunda posguerra, consideramos prudente apuntar someramente algunas ideas más. Para comenzar es necesario hacer una distinción. Si la Constitución procedimental, como hemos puntualizado, legitima su existencia mediante el entrecruzamiento de la libertad y la representación en sentido material, la Constitución axiológica se basa en una primera noción de derechos de autonomía individual a los que se

⁷³ Cfr. Habermas, Jürgen, *op. cit.*, nota 54, p. 348 y ss.

⁷⁴ Pedro de Vega, al exponer la doctrina häberliana crítica al mismo tiempo la sustitución que hace del poder constituyente por la idea de *sociedad abierta*. “Al suprimir —dirá De Vega— la noción de Poder constituyente, por considerarla una abstracción metafísica, y al reemplazarla, desde un pretendido realismo histórico, por la noción mítica de la *sociedad abierta*, cuyos límites espaciales y cuya localización real se hacen imposibles de determinar, la teoría constitucional comenzará su andadura con la proclamación casi religiosa de un auténtico acto de fe. Nadie ha podido decir todavía dónde se encuentra esa nueva Arcadia de la libertad bautizada por Popper como *sociedad abierta*. Frente a ella, por el contrario, lo que el mercado mundial ofrece es el hobbesiano *bellum omnium contra omnes*”, *op. cit.*, nota 17, p. 52.

agregan derechos políticos y derechos económico-sociales que al concatenarse con la noción de representación en sentido formal⁷⁵ dejan fuera del alcance de cualquier órgano constituido determinadas decisiones que, como en el caso de los derechos fundamentales, se consideran verdaderas conquistas históricas que no pueden ni deben quedar al arbitrio de los detentadores ocasionales del poder. Las decisiones apuntadas por su trascendencia han de ser inscritas en un documento cuya jerarquía escape a las intromisiones de las mayorías políticas. Es así como se consagran en la Constitución.

Como es bien conocido, la rematerialización constitucional atravesó serios condicionamientos, principalmente por los ataques sobrevenidos por los defensores a ultranza del positivismo jurídico. La textura normativa de los nuevos contenidos constitucionales, en la medida que se alejaba de la complejidad tradicional de una norma cualquiera, generó las primeras arremetidas. Se consideraba que se habían introducido en la Constitución elementos extranormativos que, en su intención de elevar al más alto rango normativo ideologías, aspiraciones sociales, valoraciones éticas y consideraciones morales, lo que en realidad promovían era la vuelta al derecho natural con el consecuente debilitamiento de la normatividad de la ley fundamental y las repercusiones negativas que ello generaría en el ámbito de la interpretación constitucional. Se alegaba que la introducción de formulaciones vagas a lo que conduciría sería a una problemática generalizada en cuanto a los métodos de interpretación apropiados y que en un descuido, esa textura imprecisa, expresando valores o principios, se convertiría en la puerta de entrada a un activismo judicial sin precedentes que acarrearía una fragmentación progresiva de la autoridad del legislador y del propio principio democrático.⁷⁶

Lo cierto es que las críticas pueden ofrecer argumentos de peso contra la configuración actual de las Constituciones; sin embargo, hay que decir que esta condición no es más que el producto de la evolución histórica natural de los Estados mismos en su lucha por alcanzar estadios superiores. Brevemente podemos decir que en la metamorfosis a que hacemos referencia

⁷⁵ “En un sentido formal —dirá Böckenförde— se habla de representación para referirse a la autorización que los órganos de dirección, que actúan por sí, obtienen del pueblo, esto es, de los ciudadanos”, *op. cit.*, nota 62, p. 145.

⁷⁶ Es por ejemplo la postura de Kelsen, para quien las concepciones de justicia, de libertad, de igualdad o de moralidad podían jugar un papel peligroso para el derecho constitucional pues el poder del Tribunal Constitucional, interpretándolas, devendría insopportable. *Cfr. op. cit.*, nota 1, pp. 80-81.

puede observarse con toda nitidez el cambio en la noción de Estado de derecho que pasa de ser plenamente liberal de cuño burgués a ser un Estado material de derecho erigido como social y democrático.⁷⁷ El Estado legislador del siglo XIX es sustituido por el Estado constitucional con las consecuencias que eso implica para la ley, que en ese acto queda relegada a un segundo plano dentro del sistema de fuentes del derecho para dejar libre un lugar que sólo debe ser ocupado por la Constitución.⁷⁸ La Constitución, acaecido el intercambio, ocupa la posición clave para ser el centro de referencia de cualquier manifestación del derecho, obligando a la ley —al legislador en todo caso— a desenvolverse dentro de los márgenes trazados por ella y a ser interpretada de acuerdo a ella.⁷⁹

Hay también, en el traspaso mencionado, un reposicionamiento del derecho natural que desde el siglo XVIII había venido empujado permanentemente para abrirse paso frente al positivismo radical. La apertura al reconocimiento y garantía de los derechos humanos y la introducción de apelaciones a la dignidad humana, a la libertad, la igualdad, la justicia, etcétera, puede entenderse como la victoria final del *iusnaturalismo*. Sin embargo, siguiendo la autorizada opinión de Zagrebelsky, hay que decir que este hecho en lugar de suponer la victoria a la que hacemos mención, representa un rasgo de orgullo para el derecho positivo “por cuanto constituye el intento de *positivizar* lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural...”.⁸⁰ Con independencia del debate sobre el triunfador final en esta contienda de adjudicación de méritos, lo cierto es que el hecho de que dentro de la Constitución convivan un conjunto de contenidos de símbolo por demás variado conduce inexorablemente a que la interpretación de la misma se tenga que llevar a cabo bajo un método finalista con argumentaciones de plena tendencia *iusnaturalista*.

La consideración anotada pone al descubierto una característica más sobre la transformación a que hemos hecho alusión, esto es, la fusión entre el derecho y la moral de la modernidad,⁸¹ en donde la Constitución tiene ni

⁷⁷ Sobre el particular, Böckenförde, *op. cit.*, nota 62, p. 34 y ss.

⁷⁸ *Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 9, p. 114.

⁷⁹ “La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”. Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés y A. Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 26.

⁸⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 9, p. 114.

⁸¹ Sobre el particular acúdase al interesante estudio de Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 49 y ss.

más ni menos que la significativa función de servir de puente entre ambas perspectivas del conocimiento.⁸² Es aquí, sin duda, donde se asienta uno de los debates de más actualidad en el ámbito de la ciencia jurídica precisamente porque las respuestas que se desprendan de él significarán una toma de posición contundente respecto al entendimiento del derecho como tal y al papel que juegan los órganos constitucionales con respecto a los postulados de la Constitución y la ley.⁸³

Con la intención de volver a este debate cuando nos refiramos a la interpretación de la Constitución, baste concluir diciendo que, vistas las conceptualizaciones de Constitución esquemáticamente esbozadas se concluye que en la actualidad no es posible sostener un enfrentamiento radical entre los modelos de Constitución. La Constitución procedimental y la Constitución abierta no pueden, por ejemplo, proclamar que son plenamente abiertas, valga la redundancia, debido a que ambas reconocen un núcleo indisponible dentro de la Constitución que no puede ser desconocido y que en caso de que ello sucediese, sería labor de los jueces constitucionales impedirlo: hablamos por supuesto del reconocimiento y garantía de los derechos políticos sobre los que se sustenta el pluralismo político. Ahora bien, sostener la indisponibilidad de una parte de la Constitución y sustentar en ella la garantía de la apertura, lleva a la contradicción de proclamar que en realidad se necesita de una cláusula cerrada para que exista una permanente apertura del proceso político.⁸⁴ Si esa cláusula cerrada no exis-

⁸² Como sostiene Comanducci, “La Constitución funciona como puente entre el derecho y la moral (o la política), ya que abre el sistema jurídico a consideraciones de tipo moral, en un doble sentido: d1) los principios constitucionales son principios morales positivizados, y d2) la justificación en el ámbito jurídico (sobre todo la justificación de la interpretación) no puede dejar de recurrir a principios morales”. Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 137.

⁸³ Para ilustrar este debate, son orientadoras las palabras de Monaghan, quien haciendo referencia a Dworkin, uno de los principales promotores de la fusión entre el derecho y la moral, dirá: “algunos abogados, muchos jueces y quizás bastantes comentaristas académicos extraen de la Constitución una autorización a los tribunales para anular los resultados del proceso político sobre la base de unos principios generales de moralidad política no derivados inmediatamente de los textos constitucionales o de las estructuras que la Constitución crea”. Lógicamente se refiere a la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica donde en verdad existen disminuidas alusiones a cuestiones de moralidad. Monaghan, Henry, “Our perfect Constitution”, *New York University Law Review*, vol. 53, mayo-junio de 1981, p. 353.

⁸⁴ Cfr. Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 50, p. 55.

tiera se estaría consintiendo que incluso los derechos políticos que subyacen y sustentan a la democracia procedimental podrían ser sustituidos por otros, con lo que la argumentación se desmorona por sí sola.

Si estos modelos en teoría aperturistas no lo son tanto, tampoco puede achacarse una cerrazón desmedida al modelo valorativo. En efecto, si se parte de la consideración de que la Constitución axiológica recoge lo mejor de la tradición francesa y norteamericana y en ese sentido expresa un programa político consensuado en el momento constituyente, al cual se le adreza la característica de su oponibilidad frente a todos, órganos del Estado y ciudadanos, caeremos en la cuenta de que la misma, por esa cualidad, determina barreras infranqueables para el legislador que podrían presuponer limitantes a su poder de transformación social legitimado democráticamente, algo, por otro lado, injustificado desde el punto de vista de la democracia misma.⁸⁵ Al respecto cabe decir que, si bien es cierto existen esos límites absolutos que son expresión de un consenso mayor y de una naturaleza que apela a la legitimidad y no de la legalidad, dentro de la notable flexibilidad de la textura de los valores y principios constitucionales, es posible un importante despliegue de discrecionalidad del legislador al concretar sus políticas legislativas. La norma constitucional se limita a definir únicamente los márgenes dentro de los cuales puede aceptarse cualquier decisión política, y estos espacios de discrecionalidad son la prueba fehaciente de que en las Constituciones rematerializadas existe un grado de apertura significativo que no vacía de contenido al principio democrático sino que más bien lo orienta por el camino de la Constitución.

Es así que se llega a la conclusión de que, en verdad, en las Constituciones que proclaman su apertura existen implícitamente cláusulas cerradas que son precisamente la garantía de esa apertura y, por otro lado, en las valorativas existen márgenes suficientes de apertura que no vacían las atribuciones conferidas al legislador democrático. La doble dimensión en una sola norma se muestra igualmente ya que las posturas que proclaman valores materiales contemplan aquellas cláusulas que se refieren al acceso, titularidad y ejercicio del poder, esto es, a la estructura orgánica en virtud de la cual se racionaliza el proceso de gobierno, mientras que los sostenedores del aperturismo aceptan como valores a los derechos fundamentales como garantías de la libertad.⁸⁶ Queda claro, entonces, que la construcción teóri-

⁸⁵ Cfr. Otto, Ignacio de, *op. cit.*, nota 27, p. 46.

⁸⁶ Aragón, Manuel, *op. cit.*, nota 50, p. 55.

ca de las Constituciones abiertas, especialmente la procedimental que tiene en Ely a su más ferviente defensor,⁸⁷ se han producido como esfuerzos que intentan manipular el verdadero significado de la Constitución reconduciéndola a una posición desde cuyo centro sea relativamente fácil realizar una interpretación manipulada, dirigida a generar un reacomodo en las placas tectónicas que conforman el proceso del poder con el objeto de minar la fortaleza de los órganos encargados de velar por la supremacía de la Constitución, en beneficio de la representación democrática. Situación que no se ha conseguido por los medios que la misma Constitución, en su apertura natural, pone al alcance de todos y que refleja el ascenso de los bonos de las Constituciones rematerializadas.

Para finalizar baste señalar los elementos de la Constitución de la actualidad que muestran la enorme ductilidad que la caracteriza: es democrática por fundamentarse en el indiscutible principio de soberanía popular, es suprema por encomendar su garantía jurisdiccional a un guardián específico: un poder moderador, es abierta por reconocer el papel que dentro del sistema juega el legislador democrático, y es axiológica por su vuelta al reconocimiento de valores ínsitos en la historia del constitucionalismo: libertad, igualdad, justicia, dignidad humana, etcétera. El hecho de que no exista consenso sobre cómo armonizar racionalmente estos elementos deja inconclusa la especificación puntual de los papeles que el legislador y el juez constitucional juegan dentro del sistema, mostrando nuevamente cómo la titularidad y ejercicio de la soberanía recorre transversalmente la estructuración del Estado constitucional y permanece aún como problema irresuelto dentro de la ciencia del derecho constitucional.

⁸⁷ Para una crítica general a la teoría de John Ely, encaminada a demostrar que no ofrece argumentos consistentes para sostener que la naturaleza de la Constitución americana es netamente procedimental, Tribe, Laurence, *Constitutional Choices*, Cambridge, Massachussets, Harvard University Press, 1985; del mismo autor, *American Constitutional Law*, Nueva York, The Foundation Press, Mineola, 1988; Perry, J. M., *The Constitution, the Courts and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policy-making by the Judiciary*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1982.