

LA NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: TRES PROPUESTAS

Miguel CARBONELL

What is a constitution? it is the form of a government delineated by the mighty hand of the people, in which certain first principles of fundamental law are established. The constitution is certain and fixed; it contains the permanent will of the people, and is the supreme law of the land; it is paramount to the power of the legislative, and can be revoked or altered only by the power that made it.

Pennsylvania District Court, 1795.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sobre el concepto de Constitución*. III. *La Constitución vinculante*. IV. *Supremacía y suprallegalidad constitucionales*. V. *Propuestas*. VI. *A modo de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto fundamental de este trabajo es realizar tres propuestas que pueden contribuir a mejorar la normatividad de la Constitución mexicana de 1917. Se trata de cuestiones relativamente sencillas y, en todo caso, poco originales, pero posiblemente útiles tomando en cuenta el contexto constitucional mexicano del presente.

El hecho de que el trabajo se enfoque a una carta constitucional en concreto y no se refiera a una problemática general requiere de alguna explicación. Se ha considerado más apropiado reducir el enfoque a un texto constitucional particular porque se cree que, aunque el constitucionalismo a nivel mundial se va creando y asentando a partir de una ideología común (que no otra cosa es, finalmente, el mismo constitucionalismo), presenta notables diferencias en la realidad de cada Estado contemporáneo. Ade-

más, sólo ubicando una carta constitucional en un momento histórico, social y económico determinado puede entenderse cabalmente, pues como señala Konrad Hesse, “la única cuestión que debe plantearse en el contexto de la tarea de exponer los rasgos básicos del derecho constitucional vigente es la relativa a la *Constitución actual, individual y concreta*”.¹ El análisis constitucional “en abstracto” es cada día más difícil de llevar a cabo (y tal vez menos útil).

Antes de exponer las tres propuestas para reforzar la normatividad de la Constitución mexicana se abordan algunos aspectos (estos sí generales) en torno al concepto de Constitución y a nociones como supremacía y suprallegalidad constitucionales.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

El concepto de Constitución ha tenido y tiene un sinnúmero de formulaciones,² muchas de ellas incompatibles y contradictorias entre sí, lo cual no ayuda sino que complica la búsqueda de un concepto válido que la describa. La variedad de conceptos de Constitución que se han elaborado se debe principalmente, según Manuel García Pelayo, a dos motivos:³

a) A que el concepto de Constitución se refiere “a la sustancia de la existencia política de un pueblo”, por lo que “está particularmente abocado a convertirse en uno de esos conceptos simbólicos y combativos que hallan su *ratio* no en la voluntad de conocimiento, sino en la adecuación instrumental para la controversia con el adversario”. Razón por la cual se dice que la Constitución es una “escurridiza realidad nombrada con un término ambiguo siempre, pero nunca neutro, sino cargado de significación política interesada”,⁴ y

1 *Escritos de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, 1992, p. 4. Cursivas en el original.

2 “... como resultado de una compleja interacción de factores técnico-jurídicos y políticos, el concepto mismo de Constitución sigue siendo un concepto polémico y el término que lo designa continúa afectado de una multivocidad radical que obliga frecuentemente a adjetivarlo”, Rubio Llorente, Francisco, “La Constitución como fuente del derecho” en su libro *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, 1993, p. 79; *vid.* también Fioravanti, Maurizio, “Costituzione e stato di diritto”, *Filosofía política*, año V, núm. 2, diciembre de 1991, pp. 325 y ss.

3 *Derecho constitucional comparado*, *cit.*, p. 33.

4 Tomás y Valiente, Francisco, “Constitución”, *Enciclopedia Iberoamericana de filosofía. Filosofía Política II. Teoría del Estado* (edic. de Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel), Madrid, 1996, p. 45.

b) A que la Constitución no se agota en su significación jurídica, sino que comprende “diversas esferas de la vida humana objetivada”, vinculando sectores de “la realidad política, jurídica, sociológica, etcétera”.

Lo que parece cierto en cualquier caso es que para encontrar un concepto válido de Constitución no se puede apelar solamente a elementos formales de lógica-jurídica. Se puede estar de acuerdo en que “el concepto de Constitución se construye a partir de la jerarquía entre normas”, siempre y cuando se convenga también en que ese inicio se complementa con las cualidades intrínsecas de la Constitución que se han ido construyendo desde el nacimiento del constitucionalismo y que se pueden sintetizar en las siguientes líneas de Francisco Rubio Llorente:

Por Constitución entendemos aquí y entiende hoy lo mejor de la doctrina, un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder.

El mismo autor termina el concepto transcrito señalando que “No hay otra Constitución que la Constitución democrática”.⁵

De hecho, desde el comienzo mismo del constitucionalismo se ha apelado continuamente a los “contenidos” de la Constitución para poder llamar a un Estado como constitucional y a una carta fundamental como tal.⁶ Así, el famoso artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789 establecía: “Toute société dans la quelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”.⁷

5 “La Constitución como fuente del derecho”, *cit.*, p. 87; Francisco Balaguer Callejón recuerda que “democracia, garantismo y normatividad se configuran como las tres fuentes principales de las que surge el caudal histórico del constitucionalismo”, *Fuentes del derecho*, t. II, Madrid, 1992, p. 31.

6 Sobre los vínculos entre el concepto de Constitución y el constitucionalismo como doctrina política, de forma breve, Rubio Llorente, “Constitución”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1995, p. 1525.

7 Sobre la confección de este artículo y los respectivos debates parlamentarios *cf.* Duguit, León, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, presentación y traducción de Pablo Pérez Trempos, Madrid, 1996.

Garantizar los derechos y establecer la división de poderes son las dos premisas con que debe contar cualquier Constitución que merezca ese nombre: son el *contenido mínimo* de la Constitución.⁸ El constitucionalismo, desde su nacimiento, se sustenta en una ideología: la liberal-democrática, de modo que aquellos Estados cuya carta fundamental no tenga por objetivo la promoción y defensa de esa ideología no podrán ser considerados como Estados constitucionales.⁹

De hecho, democracia y normatividad constitucional son conceptos que, en alguna medida, se autoimplican; en efecto, solamente en un sistema democrático cabe entender a una Constitución como normativa, puesto que los regímenes autoritarios no se suelen caracterizar por su estricta observancia de las *formas* jurídicas. Por otro lado, la democracia encuentra su mejor garantía en la normatividad constitucional: no basta la sola proclamación retórica de los derechos fundamentales (de todos, mayorías y minorías) y de la división de poderes; hay que hacer que esos postulados se cumplan en la realidad, hay que poner los medios para que sean exigibles y exigidos, y para que en caso de ser violadas las normas que los recogen, se produzca la consecuente sanción. La democracia sobrevive cuando dentro del Estado se cuenta con la vigencia efectiva de una Constitución normativa, que es el mejor obstáculo a la arbitrariedad y al autoritarismo.

III. LA CONSTITUCIÓN VINCULANTE

Para que una Constitución pueda considerarse como normativa tiene que ser concebida como una parte del ordenamiento jurídico estatal, es decir, el concepto de Constitución normativa debe partir de una visión *intrasistémica*, dejando a un lado las visiones constitucionales historicistas o sociológicas.¹⁰

Para definir *jurídicamente* a una Constitución solamente cabe hacerlo desde el ordenamiento jurídico y desde la vocación del mismo de regular la totalidad de la vida jurídica;¹¹ aunque tal visión deba ser parcialmente

8 Tomás y Valiente, Francisco, "Constitución", *cit.*, p. 49.

9 Klaus Stern señala que, desde el inicio del constitucionalismo, "El carácter de Estado de derecho, la libertad y los derechos de participación política constituyen, pues, el sentido de la constitución. La constitución se convirtió en garante de una determinada cultura jurídica y política", *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid, 1987, p. 216.

10 Sobre ellas, García Pelayo, *op. cit.*, pp. 41-53.

11 Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid, 1991, p. 174.

corregida por los constitucionalistas, como se ha señalado ya en párrafos anteriores, si se quiere comprender la totalidad de la realidad estatal.¹²

La Constitución puede definirse, en palabras de Konrad Hesse, como “el orden jurídico fundamental de la sociedad”.¹³ A tratar de explicar las partes de este concepto se dedican las siguientes líneas. Para ello se exponen algunas de las implicaciones de la Constitución como norma y como normas de las fuentes (incluyendo referencias a la Constitución mexicana), cuestiones que se hallan íntimamente ligadas con la superioridad de la Constitución respecto al resto del ordenamiento.

El que la Constitución sea, ante todo, un orden jurídico, un ordenamiento o una parte de él, supone que deba considerársele en primer lugar como norma.¹⁴ De ello se deriva que sus preceptos tienen que concebirse como vinculantes para la conducta de los sujetos a los que se destinan.

Ciertamente, como han puesto de relieve Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, la obligatoriedad de la Constitución es difícil de entenderse intrasistémicamente, ya que “cualquier intento en este sentido lleva, bien a un razonamiento circular (la Constitución es obligatoria porque así lo dice la propia Constitución o porque lo dice una norma que a su vez es obligatoria de acuerdo con la Constitución) bien al vacío (se afirma la obligatoriedad de la Constitución sin proporcionar fundamento alguno para ello; la Constitución se afirma obligatoria porque sí)”.¹⁵

Ahora bien, como se ha apuntado al principio de este trabajo, desde luego, el origen de una Constitución (y por tanto de su obligatoriedad como norma suprema dentro del sistema jurídico) no puede buscarse en una norma anterior, sino que se encuentra en un acto de poder; sin embargo, tampoco debe soslayarse el hecho de que asumiendo el carácter *finito* del orden jurídico (en cierto sentido circular, si así se le quiere ver) la fundamentación *jurídico-normativa* de la obligatoriedad de la Constitución no puede encontrarse en ninguna otra norma más que en la propia

12 En este sentido, García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 63.

13 *Escritos...*, cit., p. 16; *idem*, “Constitución y derecho constitucional”, en Benda, Maihofer, Hesse y Heyde, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, 1996, pp. 5-6.

14 García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, 1988, capítulos I y II.

15 “La regla de reconocimiento y el valor normativo de la Constitución (Una aproximación desde la teoría del derecho)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 47, mayo-agosto de 1996, p. 32; ahora también en su obra *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Madrid, 1996, p. 146.

Constitución, produciéndose una “autorreferencia normativa”,¹⁶ que puede ser implícita o explícita;¹⁷ como escribe Hesse, la Constitución “tiene que crear un sistema que grave sobre sí mismo y conlleve los presupuestos necesarios para prevalecer”.¹⁸

Cualquier observador de la realidad política de un Estado constitucional mínimamente desarrollado comprende que esa “autogravitación” solamente es capaz de crear un equilibrio precario entre los órganos del Estado que aplican la Constitución y aquellos encargados del control de esa aplicación: “en última instancia, depende de que cada órgano estatal se someta voluntariamente a los vínculos de la Constitución, y que reconozca y cumpla con todas sus responsabilidades para hacerla observar”.¹⁹

Gustavo Zagrebelsky lo explica de otra forma, tanto o más acertada, si cabe, que la de Hesse. Para Zagrebelsky hay que distinguir entre *legitimidad* y *legalidad* para determinar la validez de las fuentes del derecho. La primera (la legitimidad) se aplica solamente a la Constitución, mientras que el criterio de la legalidad (entendida en sentido amplio) es el que rige para todas las fuentes subconstitucionales.²⁰

Como la Constitución no puede ser creada con fundamento en ninguna norma sobre la producción jurídica del propio ordenamiento,²¹ su validez radica en que goce de legitimidad, entendiéndolo a esta última como “una característica sustancial de adecuación a las condiciones constitucionales materiales”,²² es decir, la validez de la Constitución deriva del hecho de que sus normas guarden correspondencia con la llamada Constitución material, que el propio Zagrebelsky define como un conjunto de relaciones (acciones-reacciones) entre fuerzas materiales y espirituales que actúan dentro de una organización política estable.²³

16 Jiménez Campo, Javier, “Interpretación de la Constitución”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, 1995, p. 3686; *vid.* las observaciones de Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2a. ed., Barcelona, 1989, pp. 25-26.

17 Este último caso es el de la Constitución española en su artículo 9.1.

18 “Constitución y derecho constitucional”, *cit.*, p. 8; *vid.*, también las observaciones, como siempre agudas, de Ignacio de Otto, *Derecho constitucional...*, *cit.*, pp. 55-56.

19 Hesse, *idem*. En este contexto sobra decir que la autoridad moral de los tribunales constitucionales y el prestigio y honorabilidad de sus miembros son fundamentales para imponer la observancia de la Constitución a los demás órganos estatales.

20 *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, Turín, 1993, pp. 29 y ss.

21 Sobre el concepto de “norma sobre la producción jurídica” *vid.* Guastini, Riccardo, “En torno a las normas sobre la producción jurídica”, trad. cast. de Miguel Carbonell, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 89, mayo-agosto de 1997, pp. 547 y ss.

22 Zagrebelsky, *Manuale...*, *cit.*, p. 37.

23 *Idem*, p. 25.

Las formas en que cada precepto constitucional concreto *vincula* a los ciudadanos y a los poderes públicos son variadas puesto que la fuerza de obligar de la Constitución tiene modulaciones,²⁴ impuestas, las más de las veces, por las peculiaridades de las propias normas constitucionales: “Constitución ‘vinculante’ no es equivalente, sin más, con todo, a Constitución ‘imperativa’ y ‘autoaplicativa’”.²⁵

Pero de lo que no hay duda es de que, como afirma el Tribunal Constitucional español, “la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento...” (STC 16/1982), sin que se le pueda considerar como una “declaración programática o principal” (STC 80/1982). La Constitución debe entenderse como el marco en el que todos los actos del poder público deben tener cabida y encontrar fundamento, pero no como mera declaración de buenas intenciones o de propósitos a conseguir por los poderes estatales “sino como centro sobre el que todo debe converger”.²⁶

Cualquier violación de la Constitución debe ser considerada ilícita por la propia Constitución o por otra norma del ordenamiento,²⁷ pues como señala Ignacio de Otto, “si la infracción de la Constitución escrita es lícita, los preceptos de esa Constitución serán constitucionales sólo en el sentido de que están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, pues una norma que puede ser infringida lícitamente no es una norma”.²⁸

Para preservar la integridad de la Constitución, además de considerar a los actos contrarios a ella como ilícitos, debe implementarse un mecanismo eficaz para reparar las posibles violaciones a la carta fundamental. En este sentido, debe hablarse de la noción de control para entender el concepto de Constitución normativa. Como señala Manuel Aragón, “el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se ‘realice’...

24 Rodríguez Bereijo, Álvaro, “Constitución y tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, julio-septiembre de 1996, p. 369.

25 Jiménez Campo, “Interpretación de la Constitución”, *cit.*, p. 3686.

26 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dicitil. Ley, derechos, justicia*, Valladolid, 1995, p. 14.

27 Bobbio recuerda que el establecimiento de una sanción jurídica no es una propiedad de todas y cada una de las normas del ordenamiento, y desde luego, vale agregar, no lo es de la Constitución, sino del ordenamiento en su conjunto; *Teoría general del derecho*, trad. de Eduardo Rozo Acuña, Madrid, 1991, pp. 124 y ss.

28 *Op. cit.*, p. 18.

o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no pura entelequia o desnuda vaciedad”.²⁹ Difícilmente cabe hablar hoy en día de Constitución normativa sin control de constitucionalidad de las leyes.

Normalmente la protección de la Constitución se encomienda, sobre todo desde la Segunda Posguerra Mundial, a unos órganos especializados que desempeñan, entre otras funciones, lo que Mauro Cappelletti ha llamado la “jurisdicción constitucional de la libertad”.³⁰

IV. SUPREMACÍA Y SUPRALEGALIDAD CONSTITUCIONALES

La Constitución no vincula jurídicamente como lo hacen las demás normas del ordenamiento. Históricamente, la Constitución ha tenido que imponer su *vinculatoriedad* incluso, y sobre todo, frente a otras normas.

Aceptando que la Constitución es una norma, se avanza, ciertamente, en la indagación de su concepto, pero de poco servirá si no se complementa con otras características esenciales de la Constitución: su superioridad respecto del resto del ordenamiento y frente a la ley, por una parte, y los efectos jurídicos que en concreto despliega cada enunciado constitucional,³¹ por otra. Las líneas siguientes se dedican a estudiar ese primer punto.

La superioridad constitucional deriva de varios datos ineludibles: A) la Constitución *crea* a los poderes públicos del Estado,³² B) *delimita* sus funciones —positiva y negativamente—,³³ C) recoge los procedimientos

29 “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 19, 1987, pp. 15-52 (la cita en p. 16).

30 *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix Zamudio, México, 1961; *id.*, *Justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, trad. de varios autores, México, 1987; *cfr.*, además, Fix-Zamudio, H., “La defensa de la Constitución” en la obra colectiva del mismo nombre, México, 1984 y ahora en la recopilación de trabajos del autor *Justicia constitucional*, ombudsman y *derechos humanos*, México, 1993, pp. 253 y ss.

31 Como señala Alejandro Nieto, “...la cuestión no consiste en saber si la Constitución es, o no, una norma, sino en determinar cuáles son los efectos jurídicos de ella; porque si pensamos que los efectos jurídicos de las normas son, de hecho, variadísimos, y en muchos casos (tanto en el derecho público como en el privado) no son directos, es claro que nada se ha conseguido con tan rotunda afirmación”, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núms. 100-102, enero-diciembre de 1982, p. 387.

32 “El efecto más inmediato e indiscutible del acto constitucional es el de construir de manera inmediata y efectiva un sistema de poderes capaces de funcionar y de actuar y que en conjunto diseñan la estructura básica del Estado”, García de Enterría, *La Constitución como norma...*, *cit.*, p. 79.

33 “...la Constitución se entiende como mecanismo de control del poder y como ley suprema, en la medida en que es, a su vez, el mecanismo de organización de competencias y atribuciones de los diferentes órganos estatales”, Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1991, p. 18; Hesse, “Constitución y derecho constitucional”, *cit.*, p. 4.

de *creación normativa*, D) reconoce los *derechos fundamentales* de los habitantes del Estado, y E) incorpora los *valores esenciales o superiores* de la comunidad a la que rige.³⁴

En este contexto, se ha dicho, quizá con razón, que dentro del Estado constitucional la soberanía no puede pertenecer más que a la Constitución, que es el marco de referencia suprema de las actividades de todos los habitantes del Estado.³⁵

La supremacía constitucional, que es una cualidad eminentemente política, se halla correspondida a nivel estrictamente jurídico por la suprallegalidad de las normas constitucionales:

La supremacía podría ser entendida como una cualidad política de toda Constitución, en cuanto que ésta es siempre (al margen de cualquier consideración ideológica) un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales, es decir, por esenciales, para la perpetuación de la forma política. La suprallegalidad no es más que la garantía jurídica de la supremacía y, en tal sentido, toda Constitución (en sentido lato) tiene vocación de transformar la supremacía en suprallegalidad.³⁶

Dicha suprallegalidad parte de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, y se puede entender como la “cualidad que le presta a una norma su procedencia de una fuente de producción (y por lo mismo de modificación) jerárquicamente superior a la de la ley”.³⁷

El correlato más notable de la suprallegalidad es la rigidez de la Constitución. La distinción entre Constituciones rígidas y Constituciones flexibles fue realizada originalmente por James Bryce en una obra clásica.³⁸ La rigidez constitucional se identifica con la existencia de procedimientos

34 Rodríguez Bereijo, “Constitución y tribunal constitucional”, *cit.*, p. 368.

35 *Cfr.* la argumentación al respecto de Martin Kriele, *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, trad. de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, 1980, pp. 149 y ss. De acuerdo con la tesis de la soberanía de la Constitución se manifiesta en México Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 24a. ed., México, 1994, pp. 16 y 19. Recientemente se ha hablado también de “Constitución sin soberano” (Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, *cit.*, p. 13), matización que parece encaminada a poner de manifiesto la transformación del papel de las Constituciones pluralistas de la actualidad; *vid.* también, Balaguer, *Fuentes del derecho*, *cit.*, t. II, pp. 33-34.

36 Aragón, Manuel, “Sobre las nociones de supremacía y suprallegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 50, 1986, p. 23.

37 *Idem*, p. 17.

38 *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú, Madrid, 1988.

diferenciados para la reforma constitucional (normalmente más agravados) y para la creación de leyes.³⁹

Hoy en día la distinción entre Constituciones flexibles y rígidas ha perdido gran parte de su importancia ya que la mayoría de las Constituciones contemporáneas son rígidas.⁴⁰ Por tal motivo se ha dicho que, más que hablar de rigidez y flexibilidad de las Constituciones se debe considerar su “mayor o menor grado de rigidez”.⁴¹

No es la rigidez requisito de la supralegalidad, puesto que el poder constituyente puede no haber creado expresamente un poder y un procedimiento de reforma constitucional, sino más bien su garantía jurídica. Rígida es una Constitución que no pueda ser reformada por la ley ordinaria, mientras que de supremo se puede calificar un documento normativo que haya sido creado por el poder constituyente,⁴² poder que desaparece después de haber elaborado la Constitución.

La supremacía —o supralegalidad, que en este caso da lo mismo— y la rigidez se distinguen también por sus objetivos: la primera sirve para *identificar* las normas constitucionales (de modo que solamente serán constitucionales aquellas normas que puedan imponerse sobre las demás, dejando por ahora aparte el tema de su contenido), mientras que la rigidez busca contribuir a la estabilidad de la Constitución, dificultando el cambio de sus normas.⁴³

Se puede distinguir incluso entre una rigidez “débil” y una “fuerte”.⁴⁴ La primera se da en aquellas Constituciones que se limitan a precisar que su reforma se debe hacer, o bien por un órgano especial (poder revisor) distinto de los demás poderes constituidos, o bien por el poder legislativo ordinario, pero a través de un procedimiento legislativo difi-

39 *Idem*, p. 64; *cfr.*, además, Zangara, V., “Rigidità della Costituzione”, *Studi in onore di G. Chiarelli*, Milán, t. II, 1973, pp. 1943 y ss., entre otros.

40 De hecho, Karl Loewenstein afirma que la distinción entre Constituciones rígidas y Constituciones flexibles ha sido “completamente superada” en la actualidad, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, 1976, p. 177. Javier Pérez Royo señala que “La clasificación de las Constituciones en rígidas y flexibles, que tenía un sentido en el siglo pasado, cuando... el constitucionalismo monárquico-liberal era en gran medida del segundo tipo, pierde todo su sentido con la generalización del constitucionalismo democrático. La propia clasificación sufre un proceso de obsolescencia irreversible. A lo sumo sirve para poner de manifiesto la especificidad tantas veces señalada desde distintos puntos de vista del constitucionalismo británico y para nada más”, *La reforma de la Constitución*, Madrid, 1987, pp. 71-72.

41 Vega, Pedro de, *La reforma...*, *cit.*, p. 50.

42 Aragón, *ult. op. cit.*, pp. 23-26; Otto, *Derecho constitucional...*, *cit.*, p. 62.

43 Otto, *Derecho constitucional...*, *cit.*, p. 63.

44 Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1993, pp. 73-74.

cultado, de modo que las leyes ordinarias no pueden contrariarla so pena de ser inconstitucionales, *i. e.*, inválidas. La rigidez fuerte es una cualidad de aquellas Constituciones que, además de lo anterior, consagran también un control jurisdiccional de la legislación que verifica si, llegado el caso, una norma legislativa vulnera o contraria una norma constitucional.

La rigidez constitucional puede plantear algunos problemas para la teoría de la democracia, ya que rompe con el principio de “equivalencia de las opciones”.⁴⁵ Según este principio, en democracia todas las opciones deben tener las mismas posibilidades de realización, lo cual se asegura con el principio de la mayoría que garantiza el éxito para aquella opción que obtenga más votos. Pues bien, el hecho de que para reformar la Constitución se requiera una mayoría cualificada rompe con esa igualdad de oportunidades ya que, por poner un ejemplo, si una Constitución para ser reformada requiere el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de las Cámaras legislativas, para impedir la reforma (es decir, para que triunfe la opción que propugna por mantener el contenido vigente de la norma constitucional) se requiere solamente el voto del 33% de los legisladores (o incluso menos si se toman en cuenta las abstenciones).⁴⁶

Lo que sucede aquí es que “el principio de equivalencia ha sido sustituido en favor de la continuidad de la Constitución en su contenido actual”;⁴⁷ esto significa una limitación a la democracia en nombre de la misma democracia y de valores (como la estabilidad constitucional y la continuidad normativa) que se consideran superiores al principio mayoritario.⁴⁸

Ahora bien, desde un punto de vista quizá más *político*, se podría señalar que la rigidez constitucional más que dotar de estabilidad al texto constitucional frente a las eventuales mayorías parlamentarias, lo que trata de hacer es garantizar el control del cambio por esas mismas mayorías, es decir, garantizar que sea muy difícil cambiar el *status quo* imperante sin contar con la anuencia de los grupos de interés que así lo establecieron. Lejos de servir para facilitar el cambio constitucional en una socie-

45 Otto, *Derecho constitucional...*, *cit.*, pp. 59-60.

46 Corwin pone el ejemplo de la Constitución de los Estados Unidos, según la cual “Un proyecto de enmienda puede incorporarse a la Constitución por la voluntad de 38 estados que representan bastante menos que la mitad de la población del país, o puede ser derrotado por 13 estados que representan menos de un vigésimo de la población”, *La Constitución de E.U.A. y su significación actual*, Buenos Aires, 1987, p. 351.

47 Otto, *Derecho constitucional*, *cit.*, p. 60.

48 *Vid.* la argumentación al respecto de Otto, *Derecho constitucional...*, *cit.*, pp. 60-61.

dad dinámica, el mecanismo de reforma de las Constituciones rígidas puede servir para detener ese mismo cambio o, en todo caso, se diría, para canalizarlo y controlarlo.⁴⁹

Como documento normativo, la Constitución se distingue de otros por lo siguiente:⁵⁰

A) Por su nombre propio, ya que es el único documento normativo del ordenamiento que se llama Constitución, además de que usa un lenguaje solemne para subrayar su importancia política,

B) Tiene un procedimiento de formación único y distinto de cualquier otra norma del ordenamiento,

C) Tiene un contenido característico en tanto regula los derechos de libertad de los ciudadanos y otorga poderes a los órganos estatales, disciplinando su organización,

D) Sus destinatarios típicos, aunque no únicos, son los supremos órganos constitucionales del Estado, y

E) Tiene un régimen jurídico particular (como por ejemplo su procedimiento de reforma).

Desde un punto de vista estrictamente formal, respecto al resto de normas del ordenamiento, la Constitución es superior, además, porque es creada por el Poder Constituyente, porque regula tanto la forma de creación como los contenidos posibles de aquéllas. Cabe recordar que, como norma secundaria o normas sobre la producción jurídica, la Constitución tiene una superioridad *instrumental* respecto del resto de normas.⁵¹

La suprallegalidad de la Constitución se encuentra incluso explícitamente recogida en el texto del artículo 133 de la Constitución mexicana, que tiene como antecedente mediato, como se sabe, el artículo VI sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos.⁵² Actualmente el citado precepto de la Constitución mexicana dispone:

49 Este punto de vista ha sido defendido, con muy buenos argumentos, por Carlos de Cabo en su ensayo *Sobre la función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones*, Salamanca, 1978, *passim* (ahora incluido en la recopilación de trabajos del autor *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, 1997).

50 Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., pp. 69-71.

51 García de Enterría, *La Constitución como norma...*, cit., p. 49; a esta relación jerárquica Guastini la llama "jerarquía estructural", *Le fonti...*, cit., p. 37.

52 *Vid.* Carpizo, Jorge, "El artículo 133", *Estudios constitucionales*, 3a. ed., México, 1991, pp. 1-31.

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión...

Junto al reconocimiento que hace el artículo 133 de la superioridad de la Constitución debe mencionarse el artículo 103, que faculta a los tribunales federales para anular los actos de los poderes públicos de todos los niveles de gobierno que violen garantías individuales o que invadan el sistema constitucional de competencias al que se encuentran subordinados. Sin esta garantía la proclamación del artículo 133 sería mera retórica constitucional. Los principales procesos constitucionales a que dan lugar las violaciones a la Constitución mencionadas en dicho artículo se encuentran regulados en los artículos 105 (controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad) y 107 (juicio de amparo).⁵³

Una vez que se han tratado algunas cuestiones generales sobre el concepto de Constitución se pasa a enunciar tres propuestas concretas para mejorar la normatividad de la Constitución mexicana.

V. PROPUESTAS

Cada una de las propuestas que se enuncian a continuación tiene por actores principales a tres protagonistas de lo que se podría llamar el drama constitucional mexicano: la primera, sobre la técnica legislativa, tiene como destinatario al poder reformador de la Constitución; el segundo, sobre la regulación legislativa de los derechos fundamentales, al poder legislativo federal; finalmente, la tercera propuesta, en torno a una nueva interpretación constitucional, tiene como principal actor al Poder Judicial Federal y, sobre todo, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

53 Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 1993; *id.*, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, *cit.*; para una exposición de algunos de esos procesos con posterioridad a la importante reforma de 1994, *vid.* Fix-Fierro, Héctor, "La reforma judicial de 1994 y las acciones de inconstitucionalidad", *Ars Iuris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, número 13 (monográfico sobre la reforma judicial), México, 1995.

1. *La técnica legislativa*

Desde luego que una forma de mejorar no sólo la normatividad constitucional sino la propia inteligibilidad de la carta fundamental es *depurar la técnica legislativa*. Enunciados tales como “El principio histórico de la separación del Estado y las Iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo” (artículo 130), “Las Iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley” (*idem*), “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas” (artículo 4), poco aportan a la concepción de la Constitución como norma y no dejan de ser frases retóricas y muchas veces sin sentido que, a pesar de que a su promotor y creador (es decir, el presidente en turno que haya iniciado o “sugerido” el trámite de reforma constitucional) le hayan reportado algunos pasajeros dividendos en imagen política y en autosatisfacción, debilitan la normatividad constitucional y convierten a la Constitución en un catálogo de buenos deseos o de corroboraciones obvias.

Aun suponiendo que la intención de las reformas constitucionales de 1992 que señalaron la “composición pluriétnica” del Estado haya sido la de proteger a los indígenas —y no hay motivo alguno para dudar *prima facie* que así fue—, nada se hace por su situación con esas palabras vacías (un observador riguroso que conociera la miseria en la que viven los indígenas seguramente diría que, más que palabras vacías, la Constitución, con su retórica, se está burlando cruelmente de su situación de marginalidad).

Igualmente, nada se agrega al ordenamiento al prescribir que las Iglesias deben someterse a la ley (reforma también de 1992). Nadie lo había puesto jamás en duda y en ningún código o ley secundaria se hace excepción alguna a su aplicación a las Iglesias (excepto ciertas restricciones en materia electoral).

No hay duda de que ir modificando una Constitución, cualquiera que ésta sea, no es tarea fácil. Le asistía razón al maestro Adolfo Posada cuando escribió que

La dificultad más grave, al pretender elaborar o reformar una Constitución para un pueblo que quiere ser libre, proviene de la fatal imperfección del ‘instrumento constitucional’ mismo, el que se ha de ‘escribir’. ¿Cómo, en efecto, lograr —con qué técnica— y que una Constitución ‘escrita’, obra de reflexión y de arte, refleje con la fidelidad posible la situación y la evo-

lución políticas reales del pueblo, o sea, su espontánea e ideal constitución?⁵⁴

Aún así, también Klaus Stern tiene razón, varias décadas después del tiempo en que escribió Posada, cuando señala que “precisión y claridad aseguran más bien la inviolabilidad y la durabilidad que pueden esperarse de una obra humana”.⁵⁵

En cualquier caso, y lamentablemente, los responsables de los proyectos de reforma constitucional tienen pocas fuentes nacionales a las que acudir para orientarse sobre la técnica legislativa, pues los estudios sobre esa materia son prácticamente inexistentes en México.⁵⁶

2. La regulación legislativa de los derechos fundamentales

Una segunda forma de mejorar la normatividad constitucional puede ser la de incrementar la mediación legislativa en el caso de los derechos fundamentales.

En México, y dejando de momento aparte la problemática general que se presenta en cualquier ordenamiento constitucional a la hora de regular los derechos fundamentales,⁵⁷ se podría pensar que pedir la regulación legislativa de los derechos consagrados en el capítulo I, del título I, de la Constitución puede ser tanto como incitar a limitarlos y hacerlos prácticamente nulos en su operatividad cotidiana, pero lo cierto es que hoy en día la mayor parte de esos derechos no se pueden hacer valer ante la jurisdicción constitucional (de hecho, como derechos fundamentales, ante ninguna jurisdicción). Creo que en algo ayudaría su desarrollo por la legislación ordinaria. Los diputados constituyentes de 1917 así parecieron entenderlo, y en el artículo 16 transitorio de la Constitución establecieron la obligación del primer Congreso de la Unión de la era constitucional, de

54 *La reforma constitucional*, Madrid, 1931.

55 *Derecho del Estado...*, cit., p. 228.

56 Entre los escasos estudios sobre técnica legislativa pueden ser recordados los siguientes: Sáenz Arroyo, J. y otros, *Técnica legislativa*, México, 1988, y Sempé Minvielle, Carlos, *Técnica legislativa y desregulación*, México, 1997; vid., además, Carbonell, Miguel, “Los objetos de las leyes, las derogaciones tácitas y los reenvíos legislativos: notas de técnica legislativa”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 89, México, mayo-agosto de 1997, pp. 433-446.

57 Vid., entre otros, Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, 1997 y Otto, Ignacio de, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Martín-Retortillo, Lorenzo y Otto y Pardo, Ignacio de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988, pp. 95 y ss.

expedir todas las leyes orgánicas de la Constitución (seguramente se referían a las leyes de desarrollo constitucional), dando preferencia “a las leyes relativas a las garantías individuales”.

Desde luego que tal desarrollo legislativo no sería necesario (o lo sería menos) si el juez constitucional mexicano hubiera aprendido a utilizar como parte de sus razonamientos conceptos como los de “ponderación”, “razonabilidad”, “contenido mínimo”, “garantía institucional”, etcétera,⁵⁸ y hubiera tenido una actitud más “comprometida” con la protección de los derechos fundamentales. Tampoco sería necesaria la intervención del legislador si la regulación constitucional de los derechos fundamentales fuera más pulcra y correcta de lo que es en la actualidad, pero la mala regulación actual deja pocas esperanzas para su efectiva realización práctica.⁵⁹

No obsta —de forma fundamental—, para la regulación que ahora se propone, la ausencia en la Constitución mexicana de la cláusula de contenido esencial que sí se recoge en las Constituciones de Alemania (artículo 19.2) y de España (artículo 53.1). Al concretar la operatividad de los derechos fundamentales, el legislador, con el límite del contenido esencial recogido explícitamente, o sin él no puede ir más allá de los límites que para los mismos prevé la propia Constitución.⁶⁰

Obviamente, el tener consagrado a nivel constitucional el contenido esencial puede agregar un *plus* de resistencia de los derechos fundamentales frente a la acción del legislador,⁶¹ pero con la simple garantía institucional, que es con lo que en buena medida se cuenta en la Constitución mexicana, y un control puntual de los jueces constitucionales basta para asegurar un ejercicio prudente de la regulación legislativa.⁶²

58 *Vid. infra* la propuesta de cambio en la forma de entender la interpretación constitucional en México.

59 Tiene razón Luis Prieto Sanchís cuando dice que es necesario que “el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislador no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia (de los derechos fundamentales)”, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1994 (reimpr.), p. 116: lo razonable es que esa vigencia se desprenda del mismo texto constitucional, pero en México eso, de momento, todavía no es posible si solamente se apela al texto de la Constitución sin más.

60 “La incidencia del derecho infraconstitucional sobre los derechos fundamentales, que existe sin duda alguna, no puede plantearse de ningún modo como limitación de éstos por aquél”, *idem*, p. 114.

61 Aunque el contenido esencial también puede contribuir a relativizar los derechos fundamentales; Otto, Ignacio de, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades...”, *cit.*, pp. 128 y ss.

62 Como indica Ignacio de Otto, “La idea de contenido esencial nos conduce a construir derechos y libertades como poderes complejos y concretos de disposición y libertad a partir de definiciones constitucionales abstractas, de modo que el derecho constitucionalmente reconocido y garantizado

Häberle señala, con muy buena razón, que:

En las *nuevas* Constituciones, especialmente si siguen a formas del Estado autoritario, es aconsejable una garantía del contenido esencial... tal garantía expresa la normatividad de la Constitución, el “otro” aspecto del vínculo con los derechos fundamentales de todas las funciones del Estado, y la voluntad de hacer obtener *real* valor a los derechos fundamentales.⁶³

Actualmente una enorme mayoría de los procesos constitucionales en México se inician por violaciones a los artículos 14 y 16 (principio de legalidad y garantías de fundamentación y motivación de los actos del poder público), pero es raro que, junto a ellos (a los que obviamente es reconducible prácticamente cualquier violación de los derechos fundamentales) se hagan valer otros preceptos para impugnar ante el Poder Judicial federal actos presuntamente inconstitucionales.

¿Cómo asegurar en la práctica —disponiendo de acciones procesales articulables de verdad— los derechos a la educación (artículo 3o.),⁶⁴ a la protección de la salud y a una vivienda digna (artículo 4o.), la libertad de expresión y el derecho a la información (artículo 6o.), la libertad de imprenta (artículo 7o.) o la libertad de tránsito (artículo 11)? ¿Significan algo, para los ciudadanos, los preceptos constitucionales que prevén la rectoría nacional del desarrollo, que le imponen al Estado el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza (artículo 25)? Hasta donde alcanzan mis conocimientos, no hay ninguna sentencia de ningún órgano jurisdiccional que haya hecho ni un mínimo reproche (ni siquiera en un *obiter dicta*) a los poderes Ejecutivo o Legislativo por incumplir de forma escandalosa y reiterada con el artículo 25.⁶⁵

se integra como una formación vital sobre el esqueleto de la conducta abstractamente definida. En la garantía institucional la ausencia de garantía de un contenido esencial significa, por el contrario, que hay tan sólo constitucionalización de la institución abstractamente definida, pero no garantía de una concreta configuración. Mientras que la garantía del contenido esencial lleva de lo abstracto a lo concreto, de la definición simple a la articulación compleja, la sola garantía institucional ampara la existencia de instituciones, no su configuración concreta”, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades...”, *cit.*, p. 101. *Vid.* también Baño León, José Ma., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 24, 1988, pp. 155-179.

63 *La libertad fundamental...*, *cit.*, p. 352.

64 Bolaños, Bernardo, *El derecho a la educación*, México, 1996, *passim*.

65 Otro tanto se puede decir del artículo 26 (referido, entre otras cuestiones, a la “planeación democrática del desarrollo”), carente de la más mínima aplicabilidad práctica por lo que a los ciuda-

Los ejemplos pueden multiplicarse. Lo que interesa es poner en evidencia que una regulación de los derechos fundamentales, tanto por lo que se refiere a su ejercicio como por lo que hace a los instrumentos jurisdiccionales para su defensa o reparación, puede contribuir a su eficacia práctica, mejorando con ello la normatividad global de la Constitución. Tal regulación, además, es una obligación del Poder Legislativo, que siempre debe obrar —como el resto de los poderes públicos— en el sentido de maximizar las posibilidades prácticas de aplicación de los derechos fundamentales.⁶⁶

3. *Una nueva interpretación constitucional*

Otra forma de mejorar la normatividad constitucional puede consistir en modificar el paradigma interpretativo que utilizan comúnmente los tribunales en México. Dicho cambio es especialmente urgente en el caso de los órganos encargados de la jurisdicción constitucional si se toma en cuenta que la interpretación constitucional es parcialmente distinta de la interpretación legal. Dicha distinción se produce por razón de grado (puesto que la Constitución es la norma suprema del sistema jurídico-político), pero sobre todo por razón de la *cualidad* de la norma constitucional,⁶⁷ que tiene una estructura y una función peculiares que exigen del intérprete un ejercicio hermenéutico bien distinto del que postulaba Savigny en el siglo pasado para interpretar las leyes.⁶⁸

En México sigue estando presente en la práctica de los tribunales el postulado positivista que creía que la interpretación simplemente era la aplicación por un juez neutral de una consecuencia lógica una vez que el intérprete ponía en claro y sin problema alguno una premisa mayor y otra menor.

El constitucionalismo moderno ha venido a romper con esa concepción. Así pues, si el positivismo postulaba la tesis de la subsunción, según

danos se refiere. Lamentablemente, tampoco la doctrina se ha mostrado muy crítica con la poca coherencia que ha mostrado el proceso político con los mandamientos constitucionales; Carbonell, Miguel, “La eficacia de las normas constitucionales en México: notas para el estudio de una disfuncionalidad”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 25, marzo de 1996, pp. 111-114.

66 Ofreciendo, claro está, “un marco jurídico eficaz para su garantía”, Prieto Sanchís, *Estudios...*, cit., p. 140.

67 Aragón, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, núm. 1, 1997, p. 184.

68 Rubio Llorente, *La forma del poder*, cit., pp. 617 y ss.

la cual, como se acaba de decir, toda solución jurídica es directamente deducible de las premisas que ofrecen los hechos, por una parte, y de la norma jurídica aplicable, por la otra, el constitucionalismo cambia esa forma de interpretación por la de la *ponderación*.⁶⁹

En efecto, los textos constitucionales más modernos están llenos de principios, no de reglas; ante la presencia de principios y valores constitucionales que entran en conflicto, la subsunción se rebela como un método interpretativo absolutamente superado,⁷⁰ y lo que se exige es la ponderación y la razonabilidad, en la que ninguna de las normas en conflicto pierde su validez, sino que a la luz del caso concreto, el juez constitucional pondera los bienes en tensión y trata de potenciar o maximizar hasta donde sea *razonable* ambos, procurando nunca sacrificar totalmente uno de ellos (excepto, claro está, en casos límite).⁷¹

La razonabilidad, dice Luis Prieto, “podría ser el lema de la justicia constitucional tanto en su tarea de control de la ley como de protección de los derechos fundamentales”.⁷² Pensemos, por ejemplo, en el principio de igualdad, en el cual “no puede haber subsunción porque no existe propiamente una premisa mayor constitucional”.⁷³ Otro ejemplo notable de la necesidad de ponderación lo constituyen la libertad de expresión y el derecho al honor.⁷⁴

Cuando se da un conflicto entre los respectivos bienes tutelados, no solamente no puede imponerse definitivamente ninguno de ellos, sino que el juez está obligado a preservar ambos hasta donde sea posible:⁷⁵ en este contexto, señala Luis Prieto,

69 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, capítulo III.

70 García de Enterría es contundente en este punto: “Desde el momento en que ha quedado claro que debemos operar directamente con valores, la operación aplicativa es todo menos mecánica”, “La democracia y el lugar de la ley”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 92, octubre-diciembre de 1996, pp. 619-620.

71 Alexy, *op. cit.*, pp. 160 y ss.; Sobre la razonabilidad, Carrasco Perera, A., “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 11, 1984.

72 *Constitucionalismo y positivismo*, México, 1997, p. 38.

73 *Idem*, p. 39.

74 Rodríguez Bereijo, Álvaro, “La libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 72, mayo de 1997, pp. 2-7.

75 Alexy, *op. cit.*, p. 161. El Tribunal Constitucional español impone “una exigencia de razonamiento complejo que huya de la mera subsunción; no se trata de imponer el triunfo de la libertad de expresión o del derecho al honor, sino sólo de mostrar y justificar el camino argumentativo que conduce a una u otra solución”, Prieto, *Constitucionalismo y positivismo*, *cit.*, p. 41. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en esas materias ha sido muy bien reseñada por Rodríguez Bereijo, “La libertad de información en la jurisprudencia constitucional”, *cit.*

se hace del razonamiento una exigencia constitucional y, por ello, cabe decir que los valores, principios y derechos fundamentales contribuyen a hacer más difíciles los casos fáciles, esto es, obligan a un planteamiento siempre más problemático de las soluciones sencillas basadas en la subsunción. En otras palabras, el modelo paleopositivista de interpretación se muestra incapaz de dar cuenta del tipo de interpretación requerido por el constitucionalismo.⁷⁶

Otra modificación al paradigma interpretativo positivista hecha por el constitucionalismo consiste en la nueva consideración “política” de la labor del juez, sobre todo del juez constitucional. Mientras para el positivismo, como consecuencia obvia de la tesis de la subsunción, el juez no hacía más que aplicar automáticamente la ley, hoy se acepta que “las decisiones judiciales tienen siempre un componente valorativo”.⁷⁷

El juez, lejos de aplicar con absoluta neutralidad la ley, como se cree en México por herencia de la concepción positivista, pasa a integrarse dentro de la lucha política por varios motivos; en primer lugar, por el “componente valorativo” de su actividad; luego porque conoce de controversias políticas (por ejemplo disputas entre las mayorías y las minorías parlamentarias)⁷⁸ y, finalmente, porque si el constitucionalismo es una ideología basada y comprometida con ciertos valores, el juez que decida de forma *constitucionalmente adecuada* toma parte dentro de la lucha por la preservación y extensión de esos valores. Se trata, en suma, de un juez “comprometido”, no de un neutro decisor jurídico.

¿Cómo estamos en México en materia de interpretación jurídica? Aparte de lo ya señalado en párrafos anteriores, se puede decir que seguimos anclados, firmemente anclados, en los supuestos del positivismo. No se trata solamente de que la doctrina prácticamente no ha recogido los señalamientos más avanzados del constitucionalismo (Dworkin, Alexy, etcétera),⁷⁹ sino que en la práctica judicial la “resustancialización” de la

76 *Constitucionalismo y positivismo*, cit., p. 41.

77 *Idem*, p. 38.

78 Para el caso de México ver el comentario de José R. Cossío al artículo 105 constitucional en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 9a. ed., México, 1997, t. II, pp. 1048 y ss.

79 Dos excepciones brillantes pueden verse en los trabajos de Larrañaga, Pablo, “Sobre la teoría del derecho de Robert Alexy”, *Isonomía*, núm. 1, octubre de 1994, pp. 216 y ss. y Sobrevilla, David, “El modelo jurídico de reglas, principios y procedimientos de Robert Alexy”, en la misma revista, número 4, abril de 1996, pp. 97 y ss.

Constitución que se ha hecho en el constitucionalismo de la segunda posguerra, en México sencillamente no se ha producido.

Probablemente haya contribuido a lo anterior el hecho de que la carta de Querétaro no sea precisamente un modelo de congruencia y técnica legislativa, por una parte, y sí sea más bien un terreno sumamente variable y poco cohesionado debido a sus continuas reformas.⁸⁰

Se sigue viendo al juez como un elemento neutral que, en su discreta y eventual inspiración deduce aporoblemáticamente las soluciones de los casos que se le presentan. Obviamente, la aporoblematicidad quizá, sólo quizá, pueda presentarse en menor medida en otras ramas del derecho,⁸¹ pero en el derecho constitucional, con la enorme siembra de principios que se han llevado hasta los textos constitucionales y ante la dificultad de aplicar criterios de solución de antinomias, los problemas son continuos y se presentan casi en cualquier caso.⁸²

El problema de la interpretación es hoy en día el problema central de la teoría de la Constitución. La búsqueda de esquemas interpretativos que maximicen la “capacidad prestacional” de las normas constitucionales es uno de los empeños que mayor dificultad ofrece el derecho constitucional de la actualidad a los juristas que lo estudian y tratan de explicar.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Para terminar, a modo de conclusión quizá no sea inútil repetir que tal vez sea en las técnicas de garantía donde las Constituciones actuales se jueguen su prestigio y su lugar dentro de las complejas sociedades contemporáneas. Sobre todo desde la óptica del ciudadano común y corriente. Poco es lo que puede hacer y significar una Constitución dentro del entramado estatal si no se reconocen de forma efectiva y real los derechos fundamentales, puesto que tales derechos, como se ha señalado acertadamente,

80 El estudio más amplio que se ha publicado en México sobre las reformas a la Constitución de 1917 sigue siendo el de Diego Valadés, *La Constitución reformada*, México, 1987; una actualización del cuadro de reformas constitucionales que se han producido hasta el momento puede verse en Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano a fin de siglo*, México, 1995.

81 En general, Guastini, Riccardo, “Problemas de interpretación”, trad. cast. de Miguel Carbonell, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 7, octubre de 1997, pp. 121-131.

82 Hesse, Konrad, *Escritos...*, cit., p. 34.

actúan legitimando, creando y manteniendo consenso; garantizan la libertad individual y limitan el poder estatal, son importantes para los procesos democráticos y del Estado de derecho, influyen en todo su alcance sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto y satisfacen una parte decisiva de la función de integración, organización y dirección jurídica de la Constitución.⁸³

El reto de garantizar adecuadamente por ejemplo los derechos sociales, económicos y culturales es una de las tareas pendientes del constitucionalismo del Estado social.⁸⁴ Luigi Ferrajoli ha señalado que en el Estado social no se ha producido “una estructura institucional garantista análoga a aquella del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado”.⁸⁵

Como resultado de que las nuevas funciones del poder público en el Estado social se han ido simplemente “acumulando” sobre las viejas estructuras del Estado liberal,⁸⁶ sin disponer de garantías específicas para los nuevos derechos y sin contar con los mecanismos necesarios de control político y administrativo, se ha producido una “crisis de legalidad en la esfera pública”.⁸⁷ Tanto por el aumento de la discrecionalidad de los poderes públicos (necesaria, dicen algunos), como por su creciente tendencia a la ilegalidad, se han producido grandes zonas *opacas* de ejercicio del poder —por el “desplazamiento del poder político a sedes invisibles sustraídas a los controles políticos y jurisdiccionales”—⁸⁸ y una enorme (e impune en muchos casos) gama de fenómenos de corrupción.

En México tenemos buenos ejemplos de los dos fenómenos que se acaban de mencionar. Por un lado, no se han podido garantizar efectivamente (desde luego no en la realidad cotidiana, pero tampoco a nivel puramente normativo) los derechos fundamentales típicos del Estado libe-

83 Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, *cit.*, p. 90.

84 Carbonell, Miguel, “Siete problemas del Estado social de derecho”, *Lecturas Jurídicas*, Chihuahua, Chih., México, marzo de 1997, pp. 47-57.

85 Ferrajoli, Luigi, “Stato sociale e stato di diritto”, *Politica del Diritto*, Bolonia, año XII, núm. 1, marzo de 1982, pp. 42 y 50-51. En general sobre los retos para hacer valer los derechos —de cualquier tipo—, Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. de Mónica Miranda, México, 1996.

86 En general, sobre la formación y caracterización del Estado social, García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, 1993 (reimpr.), pp. 13 y ss.

87 Ferrajoli, Luigi, “Jurisdicción y democracia”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 29, julio de 1997, p. 4.

88 *Ibidem*.

ral, por lo cual pudiera parecer un poco irresponsable discutir sobre los problemas de los derechos fundamentales de segunda y tercera generación. Por otro, existen grandes zonas opacas, llenas de discrecionalidad —o arbitrariedad, según se vea— en las que no se controla el ejercicio del poder público y, en consecuencia, existe una tendencia fuerte a la corrupción (impune casi siempre).

Aun así, el hecho de que siga luchando por afianzar en la práctica derechos tan indispensables como la libertad de circulación, las garantías del debido proceso legal (particularmente en el orden penal), de legalidad de la administración, de inviolabilidad del domicilio, etcétera, no obsta para exigir —junto a aquellos— la actuación de los derechos sociales; como señala Carlos de Cabo, “no cabe separar... los derechos sociales de los individuales, en cuanto el desconocimiento de los primeros provoca el de los segundos y, por tanto, la lucha por los derechos y libertades es simultáneamente la lucha por los derechos sociales”.⁸⁹ Sin derechos sociales y prestacionales de poco sirven las libertades individuales:

Si las clásicas libertades fundamentales han de ser hoy algo más que libertades sin probabilidad de realización —escribe Hans Peter Schneider—, su contenido debe ser también algo más que una simple veda contra las intervenciones del Estado: debe consistir en *derechos a prestaciones* sociales que comprenden —desde el punto de vista subjetivo— tanto una puesta en marcha de la actividad general del Estado, cuanto la pretensión de aprovechar servicios ya prestados o instalaciones ya existentes.⁹⁰

Las tres propuestas que se han hecho, así como los primeros apartados de este trabajo, se dirigen a poner de manifiesto la importancia de tener una Constitución normativa, por un lado, y de tratar de poner las condiciones para que los derechos fundamentales sean realidades actantes en el proceso político nacional.

La realidad cotidiana de un México hundido en una terrible crisis económica desde hace varias décadas no permite vislumbrar un horizonte muy promisorio para el constitucionalismo ni —lo que es todavía peor— para la Constitución mexicana. Desde luego que muchos de los problemas que les afectan tienen su raíz en cuestiones que difícilmente pueden ser superadas por las normas jurídicas solamente, cualquiera que sea su

89 “Democracia y derecho en la crisis del Estado social”, *Sistema*, Madrid, núms. 118-119 (monográfico sobre el futuro del Estado), 1994, p. 72.

90 *Democracia y constitución*, Madrid, 1991, pp. 144-145.

rango. Ni tampoco es que la culpa de todos los males del país quepa atribuírsela a la Constitución y a su poca observancia cotidiana: “sería ingenuo —apunta Alejandro M. Garro— atribuir a los textos constitucionales los defectos resultantes de la conducta cívica de los factores reales de poder... que no supieron o no quisieron dar cumplimiento a la letra y el espíritu de la ley fundamental”.⁹¹

91 “Reforma constitucional en América Latina. La propuesta argentina”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 27, septiembre-diciembre de 1989, p. 128.