

INTRODUCCIÓN AL DERECHO CONSTITUCIONAL

MIGUEL CARBONELL
IJ-UNAM

tirant lo blanch

México D.F., 2015

Copyright © 2015

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web <http://www.tirant.com/mex/>

© Miguel Carbonell

© TIRANT LO BLANCH MÉXICO
EDITA: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Leibnitz 14
Colonia Nueva Anzures
Delegación Miguel Hidalgo
CP 11590 MÉXICO D.F.
Telf.: (55) 65502317
infomex@tirant.com
<http://www.tirant.com/mex/>
<http://www.tirant.es>
ISBN: 978-84-9086-405-0
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

*A mis abuelos Miquel y Rosa.
A mis padres José y María Dolores,
por haber sido y seguir siendo
la columna vertebral
de mi vida*

Presentación

El objetivo que persigue este breve libro es ofrecer a los lectores una explicación elemental de algunos conceptos clave que les permitan adentrarse en el mundo del derecho constitucional.

Se trata, en consecuencia, de una introducción sumaria y por ello necesariamente breve, a partir de la cual cada persona pueda ir profundizando tanto como lo requiera en los distintos temas generales que se abordan en los capítulos que integran la presente obra.

El libro comienza con algunas consideraciones de orden histórico, las cuales nos permiten identificar el momento en el que surge el Estado constitucional y los rasgos principales que han marcado su proceso de evolución. Este punto de partida es importante como premisa metodológica, pero también quiere servir para poner en evidencia algo que a veces (con demasiada frecuencia, quizá) se olvida: las constituciones, los derechos fundamentales, sus mecanismos de garantía, la supremacía constitucional, etcétera, no siempre han existido. Son producto de la lucha de las generaciones que nos antecedieron en el tiempo y resultado de la evolución del pensamiento jurídico y social.

Para decirlo parafraseando a Norberto Bobbio, el constitucionalismo tiene un tiempo y una época: no ha existido siempre ni es el resultado de una especie de natural “generación espontánea”. Que tengamos derechos y libertades, que haya un sistema de división de poderes, que existan tribunales y jueces que puedan anular leyes y evitar la arbitrariedad de los funcionarios públicos es algo muy reciente en la historia de la humanidad.

Se logró a través de muchos esfuerzos, que son los mismos que hoy en día se requieren para mantener vivas las promesas alumbradas desde el surgimiento del constitucionalismo, muchas de ellas todavía pendientes de ser cumplidas.

Por tanto, el punto de partida para quien quiera entender el significado del constitucionalismo y la función que tienen los modernos textos constitucionales está en la historia. Y concretamente en un momento muy preciso de la historia: el último cuarto del siglo XVIII, cuando surgen potentes reivindicaciones a favor de la libertad, en las dos orillas del Atlántico; del lado europeo, en Francia, cuando el pueblo organiza una revolución para librarse del yugo de un sistema monárquico que a muchos había dejado insatisfechos y que se dedica a solazarse en el arte de no hacer nada en sus palaciegas posesiones.

Del lado americano, en Estados Unidos, unos pocos años antes, el levantamiento popular había tenido como su principal objetivo no el de cambiar una forma de gobierno, sino el mucho más ambicioso de crear una nación: una nación

que tenía que comenzar casi desde cero y articularse a partir de los postulados más básicos. Por eso es que la consecuencia de la guerra de independencia en los Estados Unidos es la Constitución federal de 1787, ya que en ella los “padres fundadores” vieron el símbolo de unificación que tanto necesitaban (otra cosa es que esa unificación no se hubiera consolidado en la práctica sino hasta muchos años después y que hubiera requerido incluso una guerra civil de por medio, para que los ciudadanos norteamericanos pudieran ponerse de acuerdo sobre varios temas básicos para la democracia norteamericana).

Luego del capítulo en el que se desarrolla la introducción histórica, pasamos a exponer algunos conceptos básicos del constitucionalismo, los cuales son explicados de forma somera, para uso no de los especialistas (quienes sin duda podrán encontrar libros más profundos y creativos que el presente) sino para estudiantes. De lo que se trata es de suministrar la información indispensable o más relevante sobre cada concepto, es decir aquello que debe saber todo estudiante de derecho. Para quienes quieran profundizar, se sugiere revisar la bibliografía que hemos incluido en este libro, la cual podrá ofrecerles una visión más profunda de los temas que sean de su interés.

Finalmente, el texto se cierra con un capítulo dedicado a intentar ofrecer algunas claves de lectura para vislumbrar lo que podría ser el futuro del Estado constitucional.

Este libro, a partir del contenido que acabamos de describir muy brevemente, busca llegar a estudiantes de derecho a nivel de licenciatura y de posgrado. Sobre todo, quiere servir como una herramienta que les permita discurrir en los cursos de teoría general de la Constitución.

Cuando se comprenden el significado de conceptos como el de “Constitución”, “constitucionalización”, “derechos humanos”, “rigidez constitucional” y “neoconstitucionalismo”, se cuenta con el bagaje básico para ir entrando a temas más específicos del conocimiento constitucional. Por ejemplo, a partir de esos conocimientos, se puede comenzar el estudio de cada uno de los derechos fundamentales que forman parte del ordenamiento jurídico, así como estar en capacidad de resolver casos concretos que tengan elementos vinculados con las normas constitucionales.

Se trata, por tanto, de un conocimiento de base, no de frontera. Es un punto de partida, no un punto de llegada.

No olvidemos que cuanto más sólidas sean las bases conceptuales de las que un abogado parta, tanto más pertinentes y adecuadas serán las respuestas que pueda articular en el ejercicio de la profesión. Ojalá que así sea.

*Coyoacán, México D.F.,
marzo de 2015*

Capítulo I

El surgimiento del Estado constitucional

1. *Las constituciones en la historia: surgimiento y rasgos evolutivos*

Cuando surge la primera Constitución en sentido moderno, la que fue creada en Filadelfia en 1787 (todavía vigente, más de 220 años después), lo que se buscaba era fundar una nación independiente. De hecho, el documento que sirve de plataforma ideológica de la Constitución norteamericana es precisamente la famosa Declaración de Independencia de los Estados Unidos, promulgada en 1776.

Uno de los aspectos más importantes de su contenido y sobre todo de su sentido es quizá que la Declaración resume una filosofía política que será la que oriente hacia el futuro el entendimiento de los derechos fundamentales en Estados Unidos, conformando de esa manera el influyente “modelo americano de derechos”, que hoy en día es el que mayor interés pueda tener desde la óptica del derecho constitucional comparado.

El texto de la Declaración fue elaborado por una comisión de la que formaron parte personajes tan importantes como John Adams, Benjamín Franklin y Thomas Jefferson. La redacción inicial del documento correspondió justamente a Jefferson. Tuvo como antecedente un documento previo, redactado por Henry Lee y aprobado el 7 de junio de 1776, en el que las colonias ya manifestaban el deseo de separarse de Inglaterra. El documento de junio iba dirigido específicamente al monarca inglés y a toda Gran Bretaña. La Declaración del 4 de julio tenía una ambición mayor: se dirigía a toda la humanidad, avisando del surgimiento de una nueva nación soberana¹.

¹ Sobre la Declaración de Independencia se han escritos miles de obras; una visión introductoria puede encontrarse por ejemplo en Aparisi Miralles, Ángela, “Los derechos humanos en la Declaración de Independencia de 1776” en Ballesteros, Jesús (editor), *Derechos humanos. Concepto, fundamento, sujetos*, Madrid, Tecnos, 1992; Asís Roig, Rafael y Ansuátegui Roig, Francisco Javier, “Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica” en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, tomo I, Madrid, Dykinson, Universidad Carlos III, 1998 y Asís Roig, Rafael de, Ansuátegui Roig, Francisco J. y Dorado Porras, Javier, “Los textos de las colonias de Norteamérica y las enmiendas a la Constitución” en *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, volumen III, Madrid, Universidad Carlos III, Editorial Dykinson, 2001. Para una aproximación más profunda, hay cuatro obras del gran historiador Gordon Wood que pueden ser útiles: *The idea of America. Reflections on the birth of the United States*, Nueva York, Penguin Press, 2011; *The creation of the American republic 1776-1787*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1998; *The american revolution. A history*, Nueva York, The Modern Library, 2003 y *The radicalism of the American revolution*, Nueva York, Vintage

El texto redactado por Jefferson fue objeto de modificaciones de estilo por parte de Adams y Franklin. Incluía originalmente una cláusula que condenaba la esclavitud y hacía recaer la responsabilidad por el inhumano tráfico de personas de color en el monarca inglés, pero tuvo que ser removida por las protestas de Carolina del Sur y Georgia, que estaban de acuerdo en mantener el esclavismo.

La Declaración representa lo que para algunos es una especie de “derecho fundamental colectivo”: la autodeterminación de los pueblos. Si bien el ejercicio de la autonomía hasta llegar a la secesión no encaja fácilmente en el entendimiento moderno de los derechos fundamentales², lo importante es que al decidir su separación de Inglaterra, articulada a través de la Declaración de Independencia, los habitantes de Estados Unidos pudieron darse un catálogo de derechos que es solamente en parte distinto, en su origen y en su posterior desarrollo, del que tenían los habitantes del Reino Unido. De hecho, algunos analistas aprecian una cierta similitud entre la estructura y finalidad de la Declaración de Independencia y la inglesa *Petition of Right* de 1628. Como apunta Habermas, “En lo esencial los *Bill of Rights* inventarían los derechos existentes poseídos por los ciudadanos británicos. La forma de su fundamentación, universal e iusnaturalista, sólo se torna necesaria desde la perspectiva de la emancipación respecto de la madre patria”³.

Aunque apoyada en parte por la experiencia inglesa y por las nociones generales que sobre los derechos se tenían en ese entonces en Inglaterra, la Declaración tiene el mérito de encontrar un fundamento distinto al histórico; es decir, la Declaración no se plantea como una continuación de la experiencia histórica inglesa. Su fundamento quizá se encuentre más bien en la ideología pactista, es decir, en la idea de que es posible establecer un convenio o pacto como marco fundacional de una sociedad.

Este fundamento contractualista se justificaría, en las colonias americanas, atendiendo a tres factores: a) la noción de *covenant* que las colonias importan de Inglaterra; los *covenants* servían para determinar el origen de algunas comunidades religiosas y la adhesión a ellas por parte de sus miembros; b) el funcionamiento en los primeros territorios colonizados de las compañías por acciones, que habían financiado las expediciones de colonización; y c) finalmente, la necesidad de alcanzar un autogobierno, que debía surgir de un rechazo al poder de la monarquía y que, en algún sentido, tenía que ser creado en el vacío.

Books, 1991. Otro texto muy relevante sobre este periodo histórico es el de Baylin, Bernard, *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana*, Madrid, Tecnos, 2012.

² Ver al respecto la consideraciones de Kymlicka, Will, *Fronteras territoriales*, Madrid, Trotta, 2006.

³ Habermas, Jürgen, “Derecho natural y revolución” en el libro del mismo autor, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 2002, p. 92.

Los autores de la Declaración se imaginaban como protagonistas de un capítulo nuevo de la existencia humana sobre la tierra. Suponían que los efectos de la Declaración irían más allá de la frontera de los territorios coloniales. Thomas Jefferson juzgaba, en este sentido, que a partir de la Declaración “la condición del hombre a lo largo del mundo civilizado acabará mejorando grandemente”, mientras que James Madison sostenía que “esta revolución en la práctica del mundo puede ser considerada, con honesta alabanza, como la época más gloriosa de su historia y el más reconfortante presagio de su felicidad”.

Un paso tan importante no podía darse sin pagar un costo igualmente relevante a nivel político, económico y social. Los autores de la Declaración estaban conscientes de ello, al grado de que Adams afirmaba lo siguiente: “Me doy perfecta cuenta de los sudores y sangre y dispendios que nos costará mantener esta Declaración y apoyar y defender estos Estados. Pero a través de todas las tenebrosidades puedo ver los rayos de luz y gloria arrebatadores. Puedo ver que el fin es mucho más valioso que todos los medios y que la posteridad se sentirá triunfante al recordar ese día, incluso aunque nosotros debiéramos arrepentirnos de ello, cosa que, confío en Dios, no haremos”.

La Declaración no es un texto dividido en artículos, al modo típico de un documento legislativo; por eso es que, como se apuntaba, tiene un interés mayor para la filosofía política que para los estudios de dogmática constitucional. Lo interesante de su contenido son algunas afirmaciones que en buena medida comparte con el resto de textos importantes del siglo XVIII. Concretamente, la parte que más nos interesa es la que se contiene en el segundo párrafo. En él se exponen algunas “verdades” que los redactores del documento utilizan para justificar su separación de Inglaterra.

La primera de ellas es una “verdad” bien conocida para la historia de los derechos humanos: “que todos los hombres son creados iguales”; de muchas maneras y en distintas redacciones, este tipo de declaraciones ha estado presente a lo largo de toda la historia del Estado constitucional.

Desde luego, de este reconocimiento de la igualdad de todos los hombres no se puede derivar alguna conclusión sobre la igualdad entre las razas; lo que intentaban poner de manifiesto los autores de la Declaración era su deseo de terminar con los privilegios sociales y con la desigualdad política que caracterizaba a la monarquía inglesa.

El rechazo a los privilegios sociales heredados y a las correspondientes distinciones por razón de nacimiento impulsaron a Jefferson, en 1777, a formular un proyecto de ley para abolir la primogenitura y las propiedades sujetas a vínculos determinados por el sexo. Se intentaba borrar “toda fibra de aristocracia” y alcanzar a la vez un reparto paritario de las herencias. La única aristocracia que merecía perpetuarse, pensaba Jefferson, era la de la virtud y el talento.

La Declaración agregaba que los hombres tienen ciertos derechos inalienables de los que han sido “dotados por su Creador”; entre esos derechos menciona la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. La Declaración no hace referencia alguna a los derechos de los súbditos ingleses, que sin embargo eran mencionados con frecuencia en los panfletos de mediados del siglo XVIII publicados en las colonias.

Tampoco se refiere la Declaración al derecho de propiedad, que era una divisa muy compartida por el pensamiento de la Ilustración (por ejemplo en la obra de John Locke). Hay dos posibles explicaciones para comprender esta omisión tan llamativa. La primera es que Jefferson entendía que la propiedad no era un derecho que derivaba directamente de Dios, sino que era creada por el ser humano, al ser la propiedad resultado de una apropiación o de un pacto. La segunda es que la Declaración se quiso mantener en un cierto nivel de abstracción, de modo que no supusiera una camisa de fuerza para las colonias.

La inclusión del derecho “a la búsqueda de la felicidad” tiene como precedentes algunos textos constitucionales de las colonias aprobados antes que la Declaración. Por ejemplo, ya figuraba en el artículo I de la Declaración de Virginia, redactada por George Mason. También estaba presente (con cinco menciones) en la Constitución de Massachussets, que fue obra de John Adams. El contenido concreto de este derecho se asociaba, en ese entonces, al bienestar material; en este sentido se puede afirmar —como lo ha destacado Ángela Aparisi— que “la idea americana del progreso iba muy ligada a la abundancia material, a la buena salud, a la posibilidad de acceder a un trabajo digno, a la capacidad de elegirlo, a la igualdad de oportunidades, al derecho a recibir una educación básica, etc. La ‘búsqueda de la felicidad’ llegaba también a conectar con la misma tradición democrática norteamericana: libertad de conciencia, derecho a elegir libremente el propio gobierno, etc.”⁴.

La Declaración se refiere también al papel del gobierno con respecto a los derechos: el gobierno se instituye para preservarlos, pero si repetidamente los destruye, entonces “el pueblo tiene el derecho de reformar o abolir” esa forma de gobierno e instituir uno nuevo que se funde en dichos principios. Tal cambio, asegura la Declaración, no debe hacerse por motivos leves y transitorios, sino solamente cuando se presente “una larga serie de abusos y usurpaciones”, lo que demostraría “el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto”.

El texto del párrafo es el siguiente:

⁴ Aparisi Miralles, Ángela, “Los derechos humanos en la Declaración de Independencia de 1776”, cit., p. 237.

“Sostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y felicidad. La prudencia, claro está, enseña que no se deben cambiar por motivos leves y transitorios gobiernos de antiguo establecidos; y, en efecto, toda la experiencia ha demostrado que la humanidad está más dispuesta a padecer, mientras los males sean tolerables, que a hacerse justicia aboliendo las formas a que está acostumbrada. Pero cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, demuestra el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, tiene el derecho, tiene el deber, de derrocar ese gobierno y establecer nuevas garantías para su futura seguridad. Tal ha sido el paciente sufrimiento de estas colonias; tal es ahora la necesidad que las obliga a reformar su anterior sistema de gobierno...”.

Los abusos despóticos mencionados en ese párrafo eran lo que estaba haciendo el rey de Inglaterra sobre las colonias y era también, en consecuencia, la justificación de la independencia. La conclusión del documento no dejaba lugar a dudas: “Que estas Colonias Unidas son, y deben serlo por derecho, estados libres e independientes, que quedan libres de toda lealtad a la Corona Británica, y que toda vinculación política entre ellas y el Estado de la Gran Bretaña queda y debe quedar absolutamente disuelta; y que, como estados libres e independientes, tienen pleno poder para hacer la guerra, concertar la paz, concertar alianzas, establecer el comercio y efectuar los actos y providencias a que tienen derecho los estados independientes”.

Con la Declaración se rompía el vínculo con Inglaterra, pero todavía faltaba lo más difícil: construir una nación. Ese objetivo no se verá cristalizado sino hasta muchos años después y luego de sufrir una cruel guerra civil. Lo que la Declaración de Independencia produjo en el corto plazo fue la necesidad de que los Estados Unidos se dieran una Constitución; esta es una diferencia que no se observa en Francia. Mientras que para los franceses la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 sirve para legitimar y dar fundamento a un nuevo texto constitucional (el de 1791), en Estados Unidos la Declaración de Independencia no fundamenta sino que demuestra la necesidad de dotarse de una nueva Constitución.

Una vez lograda la independencia de Inglaterra, Estados Unidos se propone el objetivo de alcanzar un gran acuerdo para dotarse de una Constitución para todo el país. Hay que tomar en cuenta que ya existían constituciones en las “Colonias” (lo que hoy llamamos en México, constituciones estatales).

Roberto Blanco Valdés apunta, con razón, que los textos constitucionales de las Colonias “van a ser las primeras Constituciones escritas de la historia o, lo

que es lo mismo, las primeras que cumplirán una triple condición: que los principios jurídicos fundamentales reguladores de la vida política de una comunidad se plasmen en un código escrito —racional, coherente, ordenado y sistemático— que regula orgánica y funcionalmente el estatuto de los poderes del Estado y las esferas de libertad de los particulares, esferas que deben estar protegidas frente a la acción política de esos mismos poderes que pudieran tener por objetivo limitarlas; que los textos constitucionales emanen de un poder constituyente basado en la afirmación de la soberanía de la comunidad (nacional o popular); y, finalmente, que tales textos sólo puedan modificarse expresamente a través de un procedimiento de reforma, generalmente rígido, contenido en sus elementos esenciales en la propia norma constitucional”⁵.

En la redacción de la Constitución estadounidense influyen muchos pensadores y varias corrientes ideológicas, las cuales defendían conceptos distintos e incluso opuestos sobre lo que tenía que ser una Constitución⁶. Ahí estaban —nuevamente— las ideas de Thomas Jefferson sobre el gobierno de las generaciones vivas y la necesidad de proceder a cambiar la Constitución cada vez que una nueva generación subiera al poder; pero también se hizo presente la influencia de James Madison, que quería una Constitución para la eternidad, un documento que estuviera prácticamente escrito en piedra⁷.

Es precisamente en una carta que Jefferson escribe a Madison donde mejor se plasma su idea de que “la tierra pertenece a los vivos”. Escribiendo desde París, donde era embajador de los Estados Unidos, Jefferson le dice a Madison en una misiva del 6 de septiembre de 1789 que “los vivos tienen la tierra en usufructo; y los muertos no tienen poder ni derechos sobre ella. La porción que ocupa un individuo deja de ser suya cuando él mismo ya no es, y revierte a la sociedad... ninguna sociedad puede hacer una constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente: pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo... toda constitución, y toda ley, caducan naturalmente pasados treinta y cuatro años”⁸.

⁵ Blanco Valdés, Roberto L., *La construcción de la libertad. Apuntes para una historia del constitucionalismo europeo*, Madrid, Alianza Editorial, 2010, p. 87.

⁶ Ver al respecto, entre otros, Reed Amar, Akhil, *America's Constitution. A Biography*, Nueva York, Random House, 2005. Para la parte del Bill of Rights puede consultarse, del mismo autor, el libro *The Bill of Rights. Creation and reconstruction*, New Haven, Yale University Press, 1998.

⁷ Una aplicación moderna de las divergencias entre Jefferson y Madison sobre el papel de las Constituciones y la posibilidad de reformarlas puede verse en Sunstein, Cass, *The Constitution of many minds*, Princeton, Princeton University Press, 2009, pp. 1-19.

⁸ Jefferson, Thomas, *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 517-521. Una buena selección del pensamiento del autor puede encontrarse en Jefferson, Thomas, *Writings*, Nueva York, The Library of America, 1984 (hay reimpressiones posteriores).

En respuesta a Jefferson, también por medio de una carta, Madison expresa sus dudas sobre la conveniencia de reformar con tanta frecuencia un texto constitucional o de darlo por caducado por el simple relevo generacional. Se pregunta Madison en una carta del 4 de febrero de 1790: “¿Un Gobierno reformado con tanta frecuencia no se haría demasiado mutable como para conservar en su favor los prejuicios que la antigüedad inspira y que tal vez constituyen una saludable ayuda para el más racional de los Gobiernos en la más ilustrada era? ¿No engendraría tan periódica revisión facciones perniciosas que de otra manera no podrían cobrar experiencia?”.

La supervivencia de una forma de gobierno debe hallarse, dice Madison, en la utilidad que le pueda suponer para las generaciones futuras; si dicha utilidad no existe, entonces habrá que cambiar la forma de gobierno, pero eso no es algo que se pueda predeterminar con una temporalidad acotada, como lo propone Jefferson. Sigue Madison: “Las *mejoras* introducidas por los muertos constituyen una carga para los vivos que sacan de ellas los correspondientes beneficios. Esta carga no se puede satisfacer de otra manera más que ejecutando la voluntad de los muertos que acompañaba a las mejoras”.

La conclusión de Madison es que una generación puede y debe obligar a las siguientes, siempre que de tales obligaciones se obtengan beneficios. Sus palabras son las siguientes: “Parece haber fundamento en la naturaleza de las cosas en orden a la relación en que está una generación con otra, en particular en cuanto al *traspaso* de obligaciones de una a otra. Lo exige la equidad, y de ello derivan beneficios para una y otra generación. Todo lo que es necesario en lo que hace al ajuste de las cuentas entre los muertos y los vivos es ver que las deudas deparadas a éstos no excedan de las ventajas creadas por los primeros”⁹.

En el fondo de la discusión entre Madison y Jefferson late uno de los dilemas más clásicos del constitucionalismo: ¿qué tan estable o qué tan mudable debe ser una Constitución? ¿en qué casos y bajo qué circunstancias se justifica que un texto constitucional sea reformado? Si las Constituciones contienen (como lo veremos en el capítulo siguiente) las decisiones más importantes que puede tomar un pueblo, ¿esas decisiones deben ser consideradas eternas o deben ser cambiadas cuando haya pasado un cierto tiempo?

No se trata de cuestiones fáciles. Esa es la razón por la que el intercambio de cartas entre James Madison y Thomas Jefferson se sigue citando en muchos tratados y manuales del derecho constitucional del siglo XXI.

⁹ Todas las citas provienen de Madison, James, *República y libertad*, Madrid, CEPC, 2005, pp. 102-103. El mismo documento y otros del mayor interés pueden verse en Madison, James, *Writings*, Nueva York, The Library of America, 1999.

2. La aportación europea

En las mismas coordenadas temporales, pero del otro lado del Océano Atlántico, se fraguaba en Francia un movimiento constitucional igualmente importante, pero con distintos objetivos. La Revolución francesa no pudo alumbrar, en un primer momento, un texto constitucional, pero aportó el que ha sido calificado como el documento jurídico más importante del mundo moderno¹⁰: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789. La Declaración fue redactada para servir de preámbulo a lo que luego sería un texto constitucional que ya no pudo ser creado por el mismo cuerpo deliberativo, sino que llegó algunos años después¹¹.

Las ideas que animaron el surgimiento de la Declaración no fueron idénticas a las que incendiaron el imaginario de los “founding fathers” en los Estados Unidos¹². En Francia no se tenía que alcanzar la independencia respecto de ninguna potencia colonial, sino establecer un sistema en el que no reinaran más los privilegios de nacimiento y en el que no hubiera una monarquía absolutista. Se trataba de proclamar solemnemente, a través de un documento jurídico, la ruptura de la Revolución con el Antiguo Régimen.

Y vaya que se logró (al menos por unos años, hasta que llegó la restauración monárquica y el prolongado dominio de Napoleón y sus sucesores). Quizá la norma que mejor refleja el ideario rupturista de la Revolución sea el artículo 1 de la Declaración, que señalaba: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos...”¹³.

Estamos ante uno de los momentos más brillantes de lo que se ha llamado la “hora inaugural” del Estado constitucional. La Declaración representa, junto con la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, una especie de acta de nacimiento del constitucionalismo.

La Declaración es importante, desde luego, desde un punto de vista jurídico, pero también tiene mucha relevancia desde una óptica política, pues representa

¹⁰ Wachsmann, Patrick, “Déclaration des droits de l’homme et du citoyen” en Alland, Denis y Rials, Stéphane (directores), *Dictionnaire de la culture juridique*, París, PUF, 2003, pp. 350-351. Miguel Artola califica a la Declaración francesa de 1789 como “la más conocida e influyente de todas las Declaraciones”, *Los derechos del hombre*, Madrid, Alianza, 1986, p. 10.

¹¹ Un análisis del origen histórico y del significado de la Declaración en el desarrollo de los derechos fundamentales puede verse en Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2011, páginas 65 y siguientes.

¹² Aunque hubo una clara influencia del movimiento constitucional norteamericano sobre el debate político francés de la época, como lo ha destacado Roberto Blanco Valdés, *La construcción de la libertad* cit., pp. 90 y siguientes.

¹³ Sobre los alcances de este artículo, Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, cit., pp. 106-109.

nada menos que la plasmación jurídica de los ideales del que quizá es el movimiento revolucionario más importante del mundo moderno, cuya influencia se extiende hasta nuestros días. La Declaración es “el documento fundacional de la Revolución y su signo emblemático, hasta hoy mismo”¹⁴. Al considerar que la Declaración es un texto fundacional o inaugural “se quiere decir que marca un inicio y que éste es consagrado mediante una ceremonia, esto es, que posee un carácter único y que cualquier texto que le siga será evaluado con el rasero del modelo inicial”¹⁵.

La Revolución francesa no solamente fue un intento por derrocar al Antiguo Régimen, en buena medida exitoso, sino sobre todo una consecuencia social y política de la filosofía racionalista del siglo XVIII. Las pretensiones de los iniciadores del movimiento revolucionario iban mucho más allá de un cambio de régimen.

Como dice Eduardo García de Enterría, autor de uno de los estudios más completos sobre las consecuencias jurídicas de la Revolución, “Se pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un nuevo orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarchitable... Una embriaguez de omnipotencia, de la infinitud de posibilidades que la libertad abría, de esperanza sin límites, se extendió por doquier”¹⁶.

Esta percepción de su propio lugar en la historia humana, cierta o falsa, pesó de manera importante sobre los trabajos y los contenidos de la Asamblea que daría lugar a la Declaración, la cual “supuso implícitamente que un orden coercitivo de normas generales y formales se transformaría inmediatamente en una organización de las relaciones vitales sociales”¹⁷.

¹⁴ García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza, 1994, p. 19. El impacto de la Revolución francesa sobre el derecho constitucional y, en concreto, sobre la teoría de la Constitución han sido expuestos sumariamente por Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 70-73.

¹⁵ Fauré, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, México, FCE, CNDH, 1999 (segunda reimpresión), p. 17.

¹⁶ García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, cit., p. 20. En la misma obra García de Enterría apunta que “El primer objetivo de la Revolución fue, entre sus ensoñaciones y pulsiones, construir una nueva sociedad política y a ello se dispuso con resolución desde sus primeros pasos”; para ello era necesario crear a la vez “un nuevo Derecho Público, que articulase en una nueva relación a los ciudadanos y al poder que de ellos mismos emanaba, y un nuevo Derecho Privado, que permitiese a una sociedad al fin igualitaria y despojada de ‘privilegios’, una sociedad abierta y libre, su funcionamiento propio, fluido y espontáneo” (p. 45).

¹⁷ Habermas, Jürgen, “Derecho natural y revolución” en el libro del mismo autor, *Teoría y praxis. Estudios de filosofía social*, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 2002, p. 122.

Tanto por los sujetos a los que se dirige como por su contenido, la Declaración es una buena muestra del carácter universalista y potencialmente ilimitado de la perspectiva revolucionaria animada por el pensamiento ilustrado¹⁸. Asomados a un precipicio, que lo mismo podía significar una caída que un salto hacia el futuro, los revolucionarios se decidieron a mirar hacia adelante, dejando para la historia un documento prodigioso, modelo hasta nuestros días de la filosofía humanista que ha marcado por siglos la mentalidad del mundo moderno. No cabe duda que estaban animados por la firme creencia de “estar inaugurando una nueva época en la historia del hombre”¹⁹.

La Declaración contiene en forma de enunciados jurídicos los principios políticos que el nuevo régimen entendía como esenciales para la consecución de sus fines; conceptos tan relevantes como los de “derechos”, “ley”, “libertad”, “poder”, entre otros, se encuentran recogidos y desarrollados por el conciso texto de la Declaración²⁰.

La Declaración comienza a fraguarse en mayo de 1789.

El día 5 de ese mes se reúnen en París por mandato del rey Luis XVI los Estados Generales, que no habían sido convocados desde 1614. Los Estados Generales, que no tenían claramente establecidas sus funciones, estaban integrados por tres estamentos de la sociedad francesa, como expresión de la forma de pensar típica del feudalismo: el clero, la nobleza y el “tercer estado”, que era el resto del pueblo²¹. Cada uno de los tres estamentos elegía a sus representantes y éstos se reunían y votaban por separado diversas cuestiones. Su primera reunión fue en 1483 y hasta la convocatoria de 1789 solamente se habían reunido en cinco ocasiones²².

¹⁸ El “esencial componente utópico de la Revolución viene, indudablemente, de los ilustrados, pero de manera especial de Rousseau”, García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, cit., p. 22. Habermas, por su parte, destaca el hecho de que para los contemporáneos de la Revolución francesa “era un lugar común afirmar que la filosofía había trasladado la revolución de los libros a la realidad. La filosofía, es decir: los principios fundamentales del derecho natural racional, ellos eran los principios de las nuevas constituciones”, Habermas, Jürgen, “Derecho natural y revolución”, cit., p. 87.

¹⁹ García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, cit., p. 23.

²⁰ García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, cit., p. 32.

²¹ En realidad el Tercer Estado no representaba a todo el pueblo, sino principalmente a la burguesía de las ciudades, pero no a los habitantes rurales y a la población urbana pobre; en este sentido, Kriele, Martin, *Introducción a la teoría del Estado*, traducción de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 373.

²² Una explicación sintética de los Estados Generales puede verse en Bluche, Frédéric, Rials, Stéphane y Tulard, Jean, *La révolution française*, 6ª edición, París, PUF, 2003, pp. 15 y ss.

El 17 de junio de 1789 los representantes del tercer estado se constituyeron como Asamblea Nacional, considerando que daban voz a toda la nación al rechazar la representación estamental que habían tenido tradicionalmente los Estados Generales²³. El 20 de junio los mismos diputados juraron no separarse hasta haber escrito una Constitución; para dar solemnidad a su pretensión hicieron el “Juramento del Juego de Pelota”²⁴.

A pesar de haber tenido inicialmente bastantes reticencias, el 27 de junio el Rey decidió que los diputados del clero y de la nobleza se debían reunir con los del tercer estado para que la Asamblea Nacional sustituyera a los Estados Generales. El 9 de julio la Asamblea se declara “constituyente”. Con dicha declaración la Asamblea rompe definitivamente las reglas del juego hasta entonces vigentes y se considera revolucionaria.

Es opinable si la Asamblea tenía la legitimidad suficiente para hacerlo o no. En cualquier caso, como dice Martin Krielle, la consideración constituyente de la Asamblea deje ser juzgada por el principio de efectividad: “si el nuevo orden logra imponerse de hecho al viejo orden, si la revolución resulta victoriosa, entonces no requiere legitimación por el antiguo derecho. La asamblea nacional no pretendió en absoluto aspirar a una legitimación de este tipo”²⁵.

La Asamblea estaba compuesta por más de 1,000 diputados (algunos autores dicen eran unos 1,190²⁶, otros que eran 1,315²⁷ y otros más ofrecen la cifra de 1,223 diputados propietarios y 581 suplentes; de esta última cifra cabe mencionar que entre diputados propietarios y suplentes ocuparon escaños en la Asamblea 1,318 diputados²⁸), lo que dificultaba las discusiones de forma importante. Comenzados los trabajos de la Asamblea, los diputados presentaron sus *Cahiers de*

²³ Esta decisión seguramente toma en cuenta la opinión de Siéyes, quien en su ensayo *¿Qué es el Tercer Estado?* decía, contestando precisamente a esa pregunta: “El tercer Estado es la Nación misma”.

²⁴ El texto del juramento puede consultarse en Rials, Stéphane, *Textos políticos franceses*, México, FCE, 1987, p. 11; en una de sus partes la Asamblea afirma lo siguiente: “Decide que todos los miembros de esta Asamblea al momento presten juramento solemne de jamás separarse, y de reunirse en todo sitio en que las circunstancias lo exijan, hasta que la constitución del reino esté establecida y apoyada sobre fundamentos sólidos...”.

²⁵ Krielle, *Introducción a la teoría del Estado*, cit., p. 371.

²⁶ Conac, Gérard, “Introduction” en VV. AA., *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, París, Económica, 1993, p. 17.

²⁷ Peces-Barba, Gregorio, “Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789”, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, volumen III, Madrid, Universidad Carlos III, Editorial Dykinson, 2001, p. 177.

²⁸ Fauré, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, cit., p. 351.

doléances, que eran una especie de mensajes de reivindicaciones o de quejas de sus representados sobre las cuestiones públicas francesas²⁹.

La redacción de la Declaración tuvo que superar algunos obstáculos previos, como por ejemplo si debía ir antes o después de la Constitución que se proponía redactar la Asamblea; o si tenía que acompañarse de una declaración de deberes³⁰. Durante los trabajos de la Asamblea se presentaron diversos proyectos articulados de “declaración de deberes”; aunque su estudio exhaustivo se debería hacer en otro momento, conviene mencionar su existencia, sobre todo para demostrar que todavía en esas fechas no se había impuesto el “giro copernicano” de la modernidad que separaba la existencia de los derechos de la de los deberes, volviendo de esa forma la validez de los primeros independiente del cumplimiento de los segundos.

Finalmente las dudas sobre si la Declaración debe acompañarse o no de una declaración de deberes se solventan y se comienza a trabajar en la redacción del texto. Se presentan a consideración de la Asamblea más de 20 proyectos según algunos autores³¹, aunque otros elevan esta cifra hasta 36 o 43, si junto a los proyectos se incluyen también las opiniones que presentaban los diputados sobre el contenido que debía tener la Declaración³². Para organizar el trabajo y poner orden en la ingente cantidad de materiales que comienzan a producirse, la Asamblea designa primero un Comité de Constitución formado por 30 comisiones el 7 de julio; una semana después, el 14 del mismo mes, se nombra un nuevo Comité de Constitución formado esta vez por 8 miembros³³. Finalmente, el 12 de agosto se nombra a una comisión que tiene el encargo de actuar como ponente; la integran cinco miembros que son: Desmeuniers, La Luzerne, Mirabeau, Tronchet y Auvergnat Rhedon³⁴.

La comisión termina su trabajo y lo presenta a la Asamblea a través de Mirabeau el 17 de agosto, con el título: “Proyecto de Declaración de los derechos del hombre en sociedad”³⁵; en su intervención ante la Asamblea Mirabeau defiende el proyecto diciendo que está compuesto por “axiomas tan simples, evidentes y fecundos que sería imposible separarse de ellos sin ser absurdo”.

²⁹ Una síntesis de los principales *Cahiers* y de su contenido puede verse en Peces-Barba, Gregorio, “Fundamentos ideológicos y elaboración de la Declaración de 1789”, cit., pp. 178 y ss.

³⁰ Conac, Gérard, “Introduction”, cit., pp. 22-24.

³¹ Conac, Gérard, “Introduction”, cit., p. 20.

³² Fauré, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, cit., p. 18.

³³ Entre ellos estaban Mounier, Sieyès, Le Chapelier y Lally-Tollendal, que a la postre serían algunos de los más destacados miembros de la Asamblea.

³⁴ Fauré, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, cit., p. 15.

³⁵ Conac, Gérard, “Introduction”, cit., p. 25. El texto puede verse en Fauré, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, cit., pp. 255-257.

A pesar de contener cuestiones interesantes, la redacción del proyecto de los Cinco les parece a algunos diputados, con toda razón, demasiado farragosa; el hecho de que se reconozca como derecho inalienable el de modificar la Constitución (quizá por influencia de Jefferson), inquieta a diputados como Mounier y Lally Tollendal³⁶. El proyecto no convence a la Asamblea y el día 18 de agosto, es rechazado.

Al día siguiente, 19 de agosto, se elige como base de la discusión un proyecto distinto, que había sido elaborado por otra comisión, presidida por De la Fare, Obispo de Nancy³⁷; este segundo proyecto se impuso en la votación a uno que originalmente había presentado Sieyès³⁸. Al final, el proyecto de la comisión presidida por De la Fare (conocido como proyecto de la Sexta Comisión) fue muy cambiado, pues solamente 5 de sus 24 artículos quedaron integrados en el texto definitivo de la Declaración.

El proyecto presentado por Siéyes es relativamente largo, ya que está integrado por 37 artículos. Muchos de ellos tienen un contenido más filosófico o político que jurídico; también muestran una marcada influencia de las tesis contractualistas. El texto final de la Declaración no recoge la mayoría de sus postulados, pese a que algunos de ellos pudieron haber sido interesantes para la Asamblea.

Repitiendo las tesis de Rousseau, el proyecto de Siéyes afirma en su primer artículo lo siguiente: “Cualquier sociedad sólo puede ser la obra libre de una convención entre todos los asociados”. El artículo tercero establecía que “Cualquier hombre es propietario único de su persona y esta propiedad es inalienable”.

Los trabajos propiamente de redacción del texto de la declaración se llevan a cabo en un tiempo muy corto; el 20 de agosto se aprueba el preámbulo³⁹ y el 26 se termina el último artículo⁴⁰. El 27 de agosto la Asamblea se reúne simplemente para acordar que la redacción de la Declaración ha terminado y que es momento de comenzar los trabajos referidos al texto constitucional. Al parecer, la intención de los diputados era completar la Declaración con artículos adicionales, pero se decide que ese trabajo deberá hacerse después de redactar la Constitución⁴¹; en

³⁶ La última parte del artículo 3 del proyecto señalaba: “Cualquier asociación política tiene el derecho inalienable de establecer, de modificar o de cambiar la Constitución, es decir, la forma de su gobierno, la distribución y los límites de los diferentes poderes que la componen”.

³⁷ Se puede consultar en Fauré, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, cit., pp. 205-206.

³⁸ Se puede consultar en Fauré, Christine, *Las declaraciones de los derechos del hombre de 1789*, cit., pp. 197-200.

³⁹ Conac, Gérard, “Introduction”, cit., p. 26.

⁴⁰ Conac, Gérard, “Introduction”, cit., p. 34.

⁴¹ Conac, Gérard, “Introduction”, cit., p. 34.

cualquier caso lo que es obvio es que la adición de más artículos nunca se pudo llevar a cabo.

Son varias las funciones que la Declaración tiene según la visión de sus creadores: una función crítica, una función legitimadora, una función constitutiva y una función pedagógica, según algunos comentaristas⁴²; para otros las funciones de la Declaración son tres: política, pedagógica y de comunicación⁴³.

Desde luego, la Declaración quiere tener una función crítica respecto al antiguo régimen. Uno de los objetivos no solamente de la Declaración, sino del movimiento revolucionario francés es cerrar una etapa histórica y abrir una nueva página, para lo cual debe demostrar la injusticia del sistema hasta entonces imperante. La función crítica de la Declaración tiene que ver con una mirada hacia el pasado⁴⁴. Esta función se observa sobre todo en el Preámbulo, cuando se señala que “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los Gobiernos”. También puede observarse una crítica hacia el antiguo régimen en el artículo 2 de la Declaración, que establece que “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”.

La función legitimadora de la Declaración debe entenderse desde dos puntos de vista diferentes. Hacia adentro de los trabajos de la Asamblea, la Declaración busca legitimar su carácter constituyente. Hacia afuera de la Asamblea y de forma más general la Declaración es un intento de legitimar el movimiento revolucionario⁴⁵. ¿Para qué se abandona el antiguo régimen si no para proteger los derechos “naturales e imprescriptibles” del hombre? ¿cómo no iba a tener carácter constituyente una Asamblea que se plantea escribir verdades sencillas e indiscutibles, que se antojan verdaderas no solamente para los franceses sino para el resto de la humanidad y no solamente para ese tiempo histórico sino también para el resto de la historia humana? La legitimación de la Declaración debe ser puesta en relación con el concepto que los miembros de la Asamblea tenían de sí mismos y con el papel que tenían que jugar en favor de la ideología de la Revolución.

La vocación universalista de la Revolución fue puesta de manifiesto, entre otros, por la aguda mirada de Alexis de Tocqueville, quien escribió que: “Todas las revoluciones civiles y políticas tuvieron una patria y en ella se encerraron. La

⁴² García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, volumen III, cit., p. 231.

⁴³ Koubi, G. y Romi, R., “Preamble” en VV. AA., *La déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789*, cit., p. 56.

⁴⁴ García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, cit., pp. 230-231.

⁴⁵ García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, cit., pp. 231-232.

Revolución francesa no tuvo territorio propio; es más, su efecto ha sido en cierto modo el de borrar del mapa todas las antiguas fronteras... la Revolución francesa procedió precisamente de la misma manera que las revoluciones religiosas actúan en vista del otro: consideró al ciudadano en abstracto, al margen de todas las sociedades particulares, tal como las religiones consideran al hombre en general, independientemente del país y del tiempo. No sólo buscó cuál era el derecho particular del ciudadano francés, sino también cuáles eran los deberes y los derechos generales de los hombres en materia política... Como parecía orientarse a la regeneración del género humano, más aún que a la reforma de Francia, provocó una pasión que nunca antes habían podido producir las más violentas revoluciones políticas”⁴⁶.

La legitimación del movimiento revolucionario quizá se pueda desprender del artículo 2 de la Declaración, que establece lo siguiente: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”. Con este artículo se ponía en evidencia al antiguo régimen, se legitimaba el derecho a sublevarse contra la injusticia (por medio del reconocimiento de la “resistencia a la opresión”) y se enviaba un mensaje sobre cómo debería ser el futuro al hablar del fin que debe tener toda asociación política. No se debe pasar por alto que la Declaración, además de ser un texto jurídico, es también un arma ideológica, que quiere servir a la vez como crítica del pasado y como instrumento de formación cívica para ganar adeptos hacia el futuro⁴⁷.

La función constitutiva de la Declaración consiste en que se plantea como un texto preparatorio o introductorio al texto constitucional que se propone redactar la Asamblea. En este sentido, para algunos la Declaración establece las bases para un amplio programa de acción que se debe concretar a través de los mandatos legales que sean emitidos después de su expedición⁴⁸. La tarea de la ley, en los meses y años siguientes, debería ser la de ir concretando cada uno de los derechos establecidos, pues en casi todos los casos la Declaración remite al “legislador” o a la “ley”.

⁴⁶ Tocqueville, Alexis de, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, México, FCE, 1998, pp. 95 y 97.

⁴⁷ García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, cit., p. 233. Al respecto Habermas apunta que “Según la autocomprensión revolucionaria, esta declaración (de 1789) debía manifestar sobre todo la comprensión y la voluntad, la comprensión de la conexión racional de las normas fundamentales y la voluntad de proporcionarles validez por medio de un poder de sanción obligado en sí mismo por estas normas”, Habermas, Jürgen, “Derecho natural y revolución”, cit., p. 90.

⁴⁸ García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, cit., p. 232.

La función pedagógica y comunicativa es esencial y todo parece indicar que la tuvieron muy presente los redactores de la Declaración. En parte se puede desprender del espíritu racionalista que recorre todo el siglo XVIII. Los miembros de la Asamblea eran en buena medida la elite de ese tiempo y se consideraban en capacidad para hacer una función de pedagogía social hacia el resto de la población⁴⁹: “Una vez vista desde una perspectiva filosófica, la verdad necesitaba, entonces, la propagación”, dice Habermas sobre la función pedagógica de la Declaración y sobre la función que debían desarrollar los diputados⁵⁰.

Finalmente, no hay que olvidar que la Declaración se mueve en dos espacios diferentes: uno político y social, que apuesta a dejar atrás al antiguo régimen y a crear una sociedad donde primen las relaciones entre iguales; otro es el espacio metafísico y moral al que se sienten llamados los diputados, que piensan que la tarea de “declarar” los derechos contiene una fuerza positiva de gran alcance para oponerse al poder y para que los ciudadanos sean capaces de tener garantizados esos derechos⁵¹.

Por otro lado, el “reconocimiento de los derechos” exigía que se produjera también su “conocimiento” por lo que la función pedagógica debía tener un lugar preponderante. El objetivo final de dar a conocer los derechos era asegurar el bienestar de todos⁵². Así lo establece expresamente el Preámbulo al señalar que la Declaración busca estar “presente de manera constante en todos los miembros del cuerpo social”, con el fin de servirles para recordar “sin cesar sus derechos y deberes”.

Ha sido Peter Häberle uno de los juristas que con mayor perspicacia y profundidad ha entendido el significado de la Declaración francesa para el universo jurídico del siglo XXI. Partamos de una certeza: la Declaración encierra todavía hoy en día una multitud de significados y de mensajes aprovechables. Su lectura es obligada para todos aquellos que quieran comprender cómo surge y se desarrolla el constitucionalismo, pero también para quienes quieran imaginar hacia dónde

⁴⁹ Tocqueville apunta, negando en parte el carácter mesiánico de la Revolución, que “La Revolución fue cualquier otra cosa menos un acontecimiento fortuito. Ciertamente es que tomó al mundo desprevenido, pero sin embargo sólo fue el complemento de un trabajo más prolongado, la terminación repentina y violenta de una obra a la que se habían dedicado diez generaciones de hombres. De no haberse producido, igual se habría derrumbado por doquiera el viejo edificio social, aquí más pronto, allá más tarde; sólo que habría ido cayendo paulatinamente, en vez de derrumbarse de pronto. Mediante un esfuerzo convulsivo y doloroso, sin transición, sin precaución y sin miramientos, la Revolución concluyó de manera repentina lo que a la larga habría acabado de por sí poco a poco. Ésa es su obra”, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, cit., p. 105.

⁵⁰ Habermas, Jürgen, “Derecho natural y revolución”, cit., p. 94.

⁵¹ Koubi, G. y Romi, R., “Preamble”, cit., p. 58.

⁵² Koubi, G. y Romi, R., “Preamble”, cit., p. 61.

vamos en esa materia. Para no ir más lejos, en Francia la Declaración es un texto jurídico vinculante ya que forma parte de la Constitución de 1958, tal como lo reconoce su preámbulo y como lo ha sostenido en su jurisprudencia el *Conseil Constitutionnel*⁵³.

La Declaración contiene el pasado y el futuro del Estado constitucional, lo que ha sido, lo que ha querido ser y lo que probablemente será el constitucionalismo en relación con los derechos fundamentales. La Declaración significa una especie de “barrera cultural” a favor de la dignidad y la libertad humanas que no admite retroceso. Häberle cita a Kant para recordar que “Un fenómeno tal en la historia de la humanidad *ya no se olvida*, porque ha dejado al descubierto en la naturaleza humana una capacidad de perfección y una predisposición hacia ella”.

El propio Häberle escribe, más en general pero tomando en cuenta los contenidos de la Declaración, que “Los derechos del hombre y su fundamento, la dignidad humana (desde Kant y Schiller), la separación de poderes (Locke y Montesquieu), así como la democracia (gracias a Rousseau y al *Federalista*) conforman barreras culturales que no permiten el paso atrás y fundan elementos básicos de cualquier avance constitucional hacia el futuro. Igualmente resultan eficaces como potencial de fuerzas y reservas dinámicas: por ejemplo, como dignidad humana *en el puesto de trabajo*, como separación de poderes en sentido amplio entre empresarios y sindicatos, como democracia interna en los partidos”⁵⁴.

Los elementos que 1789 aporta a la forma “Estado constitucional” se pueden sintetizar, siguiendo a Häberle y de acuerdo a lo que ya hemos señalado, en los siguientes puntos:

- A) El carácter escrito de las constituciones, en la línea de lo establecido por las cartas constitucionales de las colonias norteamericanas, a partir sobre todo del modelo del *Bill of rights* de Virginia, del año 1776.
- B) Los derechos fundamentales como derechos innatos (traducción jurídica de los antiguos derechos “naturales”) e imprescriptibles de la persona, tal como lo establece el artículo 2 de la Declaración. Estas características de los derechos se han proyectado en varias teorías contemporáneas de los derechos fundamentales.
- C) Las declaraciones de derechos como conjunto unitario, incluyendo no solamente la enunciación de los mismos, sino también su función y sus ámbitos protegidos.

⁵³ Morange, *La Déclaration...*, cit., pp. 105 y ss., y García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, cit., p. 218, entre otros.

⁵⁴ *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, cit., p. 88.

D) La idea de la codificación y de la positivación del derecho. Esta idea toma como punto de partida la peculiar representación de la historia que se hicieron los revolucionarios franceses y en concreto la idea de que la Declaración venía a marcar una nueva época en la historia de la humanidad. Positivizando *ad eternum* los derechos naturales de toda la especie humana, con ambición de valer universalmente. Dupont de Nemours lo expresaba claramente poco antes de comenzar los trabajos de la Asamblea que redactó la Declaración: “No se trata de una Declaración de derechos destinada a durar un día. Se trata de una ley sobre la que se fundan las leyes de nuestra nación y las de las otras naciones y que debe durar hasta el final de los siglos”.

Hay que considerar que las declaraciones aparecen casi contemporáneamente a las grandes codificaciones (cuyo paradigma sigue siendo el Código Napoleón de 1804); el pensamiento de la época consideraba posible y deseable reunir todo el derecho en las leyes y códigos, haciendo una especie de suma total que rigiera a la sociedad en su conjunto⁵⁵. Uno de los fundamentos de la codificación como ideología es justamente la “idea de sistema o de organización del derecho sobre la base de un plan lógico axiomático-deductivo”⁵⁶, así como la posibilidad de obtener “un derecho materialmente justo de una vez para siempre, por su conformidad con la razón universal”⁵⁷; ese derecho sería un reflejo del iusnaturalismo racionalista que animaba todo el proceso codificador. En nuestros días este ideal se ha derrumbado completamente, al grado de que no son pocos los autores que describen nuestro tiempo como la “edad de la descodificación”⁵⁸.

E) La doctrina del poder constituyente del pueblo.

F) La separación de poderes, siguiendo las ideas de Montesquieu y los planteamientos constitucionales que se toman de los Estados Unidos.

G) El concepto de ley como expresión de la voluntad general, en el sentido de Rousseau, junto con el procedimiento legislativo.

La lectura de la Declaración, sin embargo, se puede hacer de otra forma: atendiendo a lo que *no* dice. Nadie mejor que Häberle, de nuevo, para decirnos lo que el Estado constitucional ha conseguido no gracias a 1789 sino “contra 1789”⁵⁹:

⁵⁵ Un resumen de la filosofía de la codificación y de los primeros esfuerzos codificadores de la modernidad puede verse en Cruz Barney, Óscar, *La codificación en México: 1821-1917*, México, UNAM, 2004, pp. 3-47.

⁵⁶ Cruz Barney, *La codificación...*, cit., p. 7.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ En este sentido cfr. Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992.

⁵⁹ *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, cit., pp. 78-79.

A) La vía de las reformas en vez de las revoluciones, “la creencia —como lo escribe Häberle— en la evolución cultural en lugar de la revolución cultural y el pulido de los correspondientes procedimientos”. Hoy en día esa creencia está perfectamente asentada en el imaginario democrático de gran parte de los países del mundo. El cambio constitucional en las últimas décadas se ha dado por la vía pacífica, mostrando movimientos en evolución más que revoluciones.

La reforma constitucional no fue un asunto presente en las discusiones de la Asamblea de 1789; algunos diputados eran de la opinión no solamente de que la reforma no debía ser admitida, sino también de que debía existir una amenaza de muerte contra quien la propusiera⁶⁰.

Algunos otros miembros de la Asamblea sí quisieron introducir un artículo sobre el tema en la Declaración, pero su intento no tuvo éxito; entre ellos estaba Concorcet, que al final de su propio proyecto de Declaración incluía un artículo en el que negaba el carácter perpetuo de la misma y el establecimiento de convenciones cuya función era reformar el texto constitucional; tales convenciones serían diferentes al órgano encargado de ejercer el poder legislativo ordinario (con ello se intentaba reflejar el sentido de la rigidez constitucional, tema sobre el que nos detendremos más adelante, en un capítulo posterior de este libro). También Sieyès propuso incorporar una cláusula para decir que “Un pueblo posee siempre el derecho de revisar y reformar su Constitución”. Finalmente, el diputado Mathieu de Montorency propuso el 26 de agosto, poco antes de aprobar el artículo 17 de la Declaración (el último), un artículo con el siguiente texto: “Como la renovación de los abusos y el interés de las generaciones que se suceden requieren la revisión de toda institución humana, un pueblo tiene siempre el derecho de revisar y reformar su Constitución; es bueno indicar los medios apacibles y constitucionales para el ejercicio de ese derecho”⁶¹. Ninguna de estas propuestas fue tomada en cuenta.

La negación de la posibilidad de reformar en el futuro la Declaración era una consecuencia del iusnaturalismo racionalista que animaba los trabajos de la Asamblea: si la Declaración era conforme con la “ley de la naturaleza”, entonces no tenía sentido entenderla como un producto temporal, pues debía servir para siempre. De esa manera el “tiempo constituyente” devora al tiempo por venir, el cual resulta “engañado, contraído o aplastado” por

⁶⁰ Ver la explicación en Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2005, p. 38.

⁶¹ Citados por García Manrique, Ricardo, “Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores”, cit., pp. 316-317.

la obra constitucional⁶². Además, la inmutabilidad viene de la mano con la consideración de perfección que la Asamblea le da a su trabajo: la Declaración era un texto perfecto y por tanto tenía que ser inmutable: “Perfección e inmutabilidad van de la mano”, señala Gustavo Zagrebelsky⁶³.

- B) La idea del pacto constitucional, dejando atrás la imposición unilateral de los textos constitucionales. Esta característica ha sido una consecuencia de la pluralidad de actores y puntos de vista que intervienen en los procesos de creación y renovación constitucional. Dicha pluralidad ha producido que algunos textos constitucionales estén redactados de forma muy amplia, incluso ambigua, producto de los pactos y acuerdos a los que las partes en liza deben arribar durante los trabajos constituyentes. La Constitución española de 1978 y su inacabado Título VIII sobre la distribución territorial del poder es el mejor ejemplo de lo que se acaba de decir.
- C) La diferenciación de las variantes democrático-representativas (en ocasiones de corte plebiscitario o referendatario) y el desarrollo de la protección de las minorías. En el constitucionalismo de nuestros días se abandona la idea de que la ley es la expresión de la voluntad general y por tanto puede imponerse como proyecto de vida para toda la comunidad. Se entiende, por el contrario, que la ley es producto de la mayoría contingente de gobierno y que frente a su contenido se deben proteger unos derechos básicos o fundamentales. La confianza en el legislador es, en nuestros días, seguramente mucho menor que la que tuvieron los revolucionarios franceses. La representación política como ejercicio democrático no puede pasar por encima de los derechos de cada una de las personas que habitan el Estado constitucional contemporáneo; entre la representación y los derechos se construye una serie de relaciones no siempre armónicas, en el fondo de las que late la siempre presente tensión entre constitucionalismo y democracia.
- D) El fortalecimiento de la jurisdicción independiente y del valor de la jurisprudencia, particularmente de la jurisdicción constitucional y de su jurisprudencia. Como se sabe, a la Revolución francesa y al pensamiento de la Ilustración no les producía muchas simpatías el poder de los jueces, ya que no se les veía como los protectores de los derechos fundamentales, sino más bien como un instrumento de dominio al servicio del despotismo. La desconfianza hacia los jueces y el enorme peso del legislador como órgano delimitador y de garantía de los derechos es lo que genera lo que Fioravanti ha calificado como “el punto débil” de la Declaración, que es la falta de una garantía jurisdiccional.

⁶² *Historia y Constitución*, cit., p. 38.

⁶³ *Historia y Constitución*, cit., p. 39.

- F) El carácter federal o confederal del Estado, con todo lo que ello implica: descentralización, regionalismo, autonomía municipal, autogobierno en sentido amplio, en fin separación vertical de poderes.
- G) La libertad de asociación, que hoy en día es, en palabras del mismo Häberle, “un elemento irrenunciable de la democracia pluralista o de la *Constitución del pluralismo*”, pero que no lo era en la Francia de 1791, cuando la llamada *Ley Chapelier* prohibió la conformación de agrupaciones de trabajadores.

Aparte de los aspectos señalados por Häberle, el punto más débil de la Declaración, como se mencionaba, es la falta de una garantía jurisdiccional, lo que tiene que profundas consecuencias para todo el constitucionalismo de la Europa continental en las décadas siguientes y hasta bien entrado el siglo XX.

Para los revolucionarios franceses el instrumento fundamental de garantía de los derechos era la ley y su guardián era el legislador como expresión de la voluntad del pueblo; como lo señala Fioravanti, “...todas las garantías ofrecidas por la Declaración de derechos convergen sobre un solo punto, *sobre la supremacía, en materia de derechos y libertades, de la ley general y abstracta*... En la Declaración de derechos y, en general, en la revolución todo remite a la ley y a la autoridad del legislador... Todas las ideologías que sustentan la revolución llegan a esta conclusión: la convicción de que la ley general y abstracta —más que la jurisprudencia, como en el caso británico— es el instrumento más idóneo para la garantía de los derechos”⁶⁴. En parte, esta opción tiene un cierto sentido histórico, pues no se podía en ese tiempo hacer descansar la garantía de los derechos en los jueces del antiguo régimen, totalmente proclives a la monarquía.

El movimiento revolucionario no se puede apoyar más que sobre sí mismo, por lo que construye un edificio que descansa por completo en la noción de soberanía popular, expresada a través del legislador. Esto hace que se les olvide a los creadores de la Declaración el concepto de “rigidez constitucional”, dice Fioravanti⁶⁵. Pero, más que la rigidez, ¿no será que lo que no tuvieron claro los revolucionarios franceses es el concepto de “supremacía constitucional”? No es el momento de entrar a detallar las diferencias entre los dos conceptos⁶⁶, pero si atendemos a la forma en que se desarrolla por ejemplo en Estados Unidos el control jurisdiccional de la ley (a través de la sentencia del caso *Marbury versus Madison*), veremos que lo que se hace valer es el hecho de que la Constitución es la norma *suprema*,

⁶⁴ *Los derechos fundamentales*, cit., p. 70.

⁶⁵ *Los derechos fundamentales*, cit., p. 74.

⁶⁶ Ver más adelante los capítulos dedicados al concepto de Constitución y a la rigidez constitucional.

pero no se menciona la imposibilidad de la ley de reformar a la Constitución (que es, justamente, la rigidez).

La falta de una garantía jurisdiccional parece ser, pues, el gran olvido de la Declaración de 1789. Pero no se trata de una omisión por descuido o por ignorancia, sino que se entiende y justifica a la luz del movimiento revolucionario mismo, que no se podía apoyar en alguno de los órganos del antiguo régimen.

La revolución aspiró a renovar por completo a la sociedad y al Estado a través de los derechos recogidos en la Declaración. Haber depositado su garantía en los jueces habría sido, en ese contexto, una traición a sus propios ideales. Pero el no hacerlo privó a la propia Francia en primer lugar y a toda la Europa continental de la jurisdicción constitucional necesaria para imponer la supremacía constitucional frente al legislador.

La Declaración, al omitir el control de constitucionalidad, evita responder a una pregunta crucial para el modelo del Estado constitucional, tal como nos lo recuerda Fioravanti: “¿Cómo defenderse contra la hipótesis de que precisamente el legislador se convierta en el peor enemigo de los derechos y libertades?”. Esa pregunta no pudo ser satisfactoriamente contestada en Europa sino hasta bien entrado el siglo XX, cuando Hans Kelsen expone sus ideas sobre el tribunal constitucional, plasmadas desde 1920 en la Constitución de Austria, redactada en gran medida por el propio Kelsen. Para entonces Estados Unidos llevaba ya más de cien años de ejercicio práctico del control constitucional a través del poder judicial.

3. *La difusión del constitucionalismo*

Otro episodio, otros objetivos y otras formas de constitucionalismo se presentaron muchos años después en la ciudad de Querétaro (México). Se trataba de dotar de estructura jurídica al régimen todavía militar que había surgido de la primera revolución del siglo XX. La aportación del constitucionalismo mexicano quedó plasmada en los artículos que reconocían derechos para campesinos y trabajadores (27 y 123), que establecían un sistema de educación a cargo del Estado para los habitantes del país (3), que preveían un sistema de propiedad comunal de la tierra (27).

La discusión que tuvo lugar en el Teatro de la República de Querétaro, organizada a partir del texto presentado el 1 de diciembre de 1916 por el Presidente Venustiano Carranza⁶⁷, terminó alumbrando una Constitución de las clases so-

⁶⁷ El texto puede verse en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1989*, México, Porrúa, 1989, páginas 764 y siguientes; el texto original aprobado por el constituyente de 1916-1917 se encuentra en Carbonell, Miguel, Cruz Barney, Óscar y Pérez Portilla, Karla,

ciales oprimidas. Comenzaba su andadura el constitucionalismo de signo social. Los constituyentes mexicanos quisieron (aunque luego la realidad los derrotaría clamorosamente) terminar con la exclusión social, política y económica de obreros y campesinos, que habían sido explotados por décadas.

De ese modo llegamos, en esta narración telegráfica sobre la historia del constitucionalismo, a las Constituciones de la Segunda Posguerra, es decir las Constituciones que han sido identificadas con el neoconstitucionalismo⁶⁸. Son Constituciones, como la italiana de 1947 o la alemana de 1949, que buscan decir “nunca más” a las experiencias de los regímenes genocidas, de signo nazista o fascista. Nunca más a la persecución de minorías religiosas o étnicas, nunca más a la entronización de una “dictadura constitucional”, nunca más al genocidio y al atropello de la más elemental dignidad humana.

También en el caso de las Constituciones de Portugal en 1976 y España en 1978 se intentaba dejar atrás las recientes experiencias autoritarias de ambos países. Pero ya no para evitar la repetición de un genocidio, sino más bien para abrirse camino hacia la democracia. Construir un régimen con elecciones periódicas, sufragio universal y bien contado, libertades públicas, descentralización.

Se trata de procesos deliberativos parecidos en parte a lo que habría de vivir América Latina en la década de los 80 del siglo pasado⁶⁹. Guatemala en 1985, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Argentina a través no de una convención constituyente ni de una nueva Constitución pero sí a través de una reforma integral en 1994. Fueron procesos constituyentes animados y guiados por un puñado de ideas que todavía, tantos años después, siguen teniendo la vigencia de los propósitos no alcanzados: democracia, derechos para todos, equilibrio de poderes, democracia de mercado, combate a la exclusión social y a las desigualdades.

Constituciones históricas de México, 2ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2004, páginas 493 y siguientes.

⁶⁸ Una explicación sobre los significados y alcances del concepto pueden verse en Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2009, páginas 75 y siguientes, así como en Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 23 y siguientes. Una completa exposición del tema y sus implicaciones en García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009. Ver más adelante, en este libro, el capítulo dedicado al neoconstitucionalismo.

⁶⁹ Véanse al respecto las consideraciones de Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, Bogotá, UNAM, Universidad del Externado de Colombia, 2009; del mismo autor, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano” en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coordinadores), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, IJ-UNAM, IDEA, AECI, IIDC, 2009, pp. 1-31.

Un capítulo aparte lo representa la Constitución de Sudáfrica de 1996, por su texto y por su contexto, ambos ejemplares y edificantes para las discusiones en torno al nuevo constitucionalismo⁷⁰. La forma de dejar atrás ese régimen esperpéntico del apartheid, de transitar por la ruta casi inédita del perdón sin olvido, la apuesta por la reconciliación racial y política fueron (y siguen siendo) una muestra del enorme poder emancipador y constructor de solidaridades que contiene el constitucionalismo. La Corte Constitucional sudafricana se ha convertido en un referente internacional en materia de protección de derechos sociales, por ejemplo⁷¹.

La más reciente etapa en esta historia de la odisea constitucional se produce en los años 90 del siglo pasado en Europa del Este (una vez que cae el Muro de Berlín y se derrumba para siempre la lógica bipolar que había regido por décadas las relaciones entre las grandes potencias del Este y el Oeste) y en América Latina.

También son muy recientes las experiencias de renovación constitucional llevadas a cabo en Venezuela, Ecuador y Bolivia. Los experimentos constitucionales de esos tres países parecen tener como vectores ideológicos tres cuestiones al menos: a) democracia con mayor inclusión social; b) amplios catálogos de derechos fundamentales; y c) fortalecimiento del poder ejecutivo, incluyendo la delicada cuestión (al menos para América Latina, según lo demuestra la historia) de la reelección presidencial⁷².

Es en este momento en el que se encuentra el constitucionalismo del siglo XXI. Tenemos constituciones muy amplias, respaldadas por consensos sociales robustos y maduros; constituciones que diseñan el ser presente de los países pero sobre todo su deber-ser futuro. Son las utopías concretas de nuestro tiempo.

⁷⁰ Chaskalson, Matthew y otros, *Constitutional law of South Africa*, Kenwyn, Juta, 2000.

⁷¹ Christiansen, Eric C., “Decidiendo sobre direitos nao-justiciaveis: direitos socio-economicos e a Corte Constitucional Sul-Africana” en Pereira de Souza Neto, Claudio y Sarmento, Daniel (coordinadores), *Direitos sociais. Fundamentos, judicIALIZACAO e direitos sociais en especie*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2010, pp. 647 y siguientes.

⁷² Véanse las aportaciones que analizan los procesos de renovación constitucional en Venezuela, Ecuador y Bolivia contenidos en la obra *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, cit.; sobre el caso de Ecuador Ávila Santamaría, Ramiro (editor), *La Constitución de 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008; Ávila Santamaría, Ramiro, Grijalva Jiménez, Agustín y Martínez Dalmau, Rubén (editores), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. Un detenido estudio de la Constitución venezolana de 1999 puede verse en Brewer Carías, Allan R., *La Constitución de 1999. Derecho constitucional venezolano*, 4ª edición, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2004, 2 tomos.

4. La filosofía del constitucionalismo

En términos generales el Estado constitucional surge como respuesta a los excesos del Estado absolutista que se consolida en Europa durante el siglo XV y al descontento de su población⁷³. Sin duda que la caracterización del Estado constitucional puede y debe hacerse a partir de elementos estrictamente jurídicos, pero también es cierto que en el surgimiento de esa forma de Estado influyeron no tanto cuestiones normativas como políticas, sociales, económicas y filosóficas.

En parte, el surgimiento del constitucionalismo moderno se debe al pensamiento de la Ilustración y al cambio de paradigma que dicho pensamiento introduce respecto al papel del Estado y al lugar de las personas dentro de la organización estatal. Por tanto, si se quisiera entender el nacimiento de los derechos fundamentales se tendría que hacer un recorrido sobre tres rutas distintas: el Estado absolutista, el pensamiento de la Ilustración y el constitucionalismo originario como nueva forma de organización del poder. Algunos aspectos de estos tres grandes temas se abordan en los párrafos que siguen.

El Estado absolutista, como se sabe, es la forma de organización estatal que sigue a la decadencia del Estado feudal. Aunque su cristalización es muy diferente en cada país, podemos decir que se afirma durante el siglo XVI. Para efectos de nuestra exposición, lo que interesa destacar del Estado absolutista es que crea una serie de instituciones públicas que luego serán características del Estado moderno: impuestos, ejército, burocracias permanentes y más o menos profesionales, diplomacia, un derecho codificado y un incipiente mercado unificado⁷⁴.

En palabras de Matteucci, "...por Estado absoluto se entiende un particular momento del desarrollo político que se verifica en una diferenciación institucional, en una creación de nuevos oficios y en una especificación de nuevas funciones, producidas por las presiones internacionales o por las nuevas exigencias de la sociedad. Se caracteriza por la tendencia al monopolio del poder político y de la fuerza por parte de una instancia superior que no reconoce otra autoridad ni en el plano internacional (*superiorem non recognoscens*), ni en el plano interno... El Estado, personificado por el rey, es el único sujeto, el único protagonista de la política, y representa la unidad política, una unidad superior y neutral respecto a las opiniones de los súbditos"⁷⁵.

⁷³ Una amplia revisión del surgimiento, consolidación y decadencia del Estado absolutista puede verse en Anderson, Perry, *El Estado absolutista*, 17ª edición, México, Siglo XXI editores, 2002.

⁷⁴ Anderson, *El Estado absolutista*, cit., pp. 11 y 24.

⁷⁵ Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998, p. 29.

Es probable que el Estado absoluto haya sido consecuencia de las exigencias conectadas con el surgimiento de la forma capitalista en la economía y con la emergencia de la nueva clase burguesa; ambas exigían al Estado un marco estable y compartido de seguridad, tanto seguridad física como sobre todo seguridad económica para poder llevar a cabo los intercambios comerciales.

Como lo señala Peces Barba, “La nueva clase ascendente, la burguesía, cuyo poder se acrecienta y se consolida en el tránsito a la modernidad, necesitará, tras el derrumbamiento de las estructuras políticas medievales, o simplemente ante su ineficacia, primero el orden, la seguridad. Así se consolida en el mundo moderno la idea de que la primera función de todo poder político y de todo sistema jurídico es la organización pacífica de la convivencia. Sin ella no hay sistema económico posible y la burguesía ascendente necesitaba esa convivencia ordenada para el progreso de sus negocios”⁷⁶.

Para lograr tal objetivo el Estado debía imponerse a las formas de organización feudales, que impedían el comercio a lo largo de su territorio y en las que los señores feudales hacían y deshacían sin más límite que sus propios deseos.

El Estado absolutista, sin embargo, resolvió solamente una parte de esta compleja ecuación que exigía la burguesía: centralizó el poder y de esa forma mejoraron considerablemente las condiciones para el surgimiento de la economía burguesa capitalista; pero los abusos de poder no desaparecieron sino que solamente cambiaron de manos: de los señores feudales a las monarquías despóticas. Este hecho pavimentó el surgimiento histórico del constitucionalismo justamente como sistema de control del poder.

Durante el absolutismo las guerras siguieron siendo una constante, lo que en parte determina el desarrollo de esta forma de Estado. En Europa comienza a surgir el servicio diplomático de carácter profesional y especializado, que se encarga de tejer alianzas y rebajar rivalidades.

También aparecen los primeros ejércitos estatales permanentes, cuya organización requiere de una burocracia que va creciendo. Los técnicos comienzan a asentarse en la administración pública. Serán ellos los encargados de diseñar un sistema tributario que le permita al rey contar con los recursos necesarios para poder seguir afrontando las guerras. La administración de las finanzas “se convierte en el eje del nuevo sistema de gobierno”⁷⁷.

⁷⁶ Peces Barba, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales” en VV. AA., *Historia de los derechos fundamentales*, tomo I, Madrid, Universidad Carlos III, Editorial Dykinson, 1998, p. 39.

⁷⁷ Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, cit., 30.

Para algunos autores, los derechos fundamentales no surgen *contra* el Estado absolutista, sino gracias precisamente a la nueva posición que el ser humano asume en esta forma de organización del poder político.

Es el caso de Gregorio Peces Barba, para quien “La filosofía de los derechos fundamentales, que aparentemente está en radical contradicción con el Estado absoluto, necesita sin embargo de éste, de su centralización y monopolio del poder, que subsistirán en el Estado liberal, para poder proclamar unos derechos abstractos del hombre y del ciudadano, teóricamente válidos para todos, dirigidos al ‘homo iuridicus’. Sin el esfuerzo previo de centralización, de robustecimiento de la soberanía unitaria e indivisible del Estado, no hubieran sido posibles históricamente los derechos fundamentales. Por otra parte, sin ese robusto poder del Estado, no habría aparecido tan nítida una de las primeras funciones que se atribuyen a los derechos: limitar al poder del Estado”⁷⁸.

Hay muchos factores, junto al del cambio en la organización económica, que justifican y explican la superación del Estado absolutista y el surgimiento del Estado moderno. Es obvio que la reforma protestante tuvo un papel importante en el surgimiento de los derechos fundamentales y en el tránsito a la modernidad, ya que permitió comenzar a explicarse la realidad del mundo y de la vida religiosa a partir de una pluralidad de credos, lo que con el paso del tiempo daría lugar al surgimiento de la tolerancia religiosa y del derecho de libertad religiosa; como lo explica Peces Barba, “La primera vía de superación de la organización política medieval que desemboca en el Estado moderno es la lucha contra la supremacía de la Iglesia católica... La victoria del Estado sobre la Iglesia será pues una de las condiciones para la supremacía, la autonomía y la independencia del Poder, características del Estado moderno”⁷⁹.

La cuestión religiosa afecta no solamente al tránsito desde el feudalismo hasta el absolutismo y del absolutismo al Estado moderno, sino que pervive durante buena parte de las primeras décadas del Estado constitucional, que podríamos

⁷⁸ Peces Barba, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, cit., p. 21. Más adelante en su mismo ensayo el autor reitera esta idea de que la existencia del Estado absoluto “es una condición previa” para la existencia de los derechos fundamentales (p. 34).

⁷⁹ Peces Barba, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, cit., pp. 53-54. Matteucci escribe sobre este tema lo siguiente: “En el quinientos, sin embargo, la paz social no se identifica ya con la recta administración de la justicia por el rey, sino con la necesidad de superar una guerra civil surgida por motivos religiosos. Era necesaria la primacía de la política y del Estado (una unidad superior y neutral), y del orden mundano que éste representaba, sobre sectas religiosas intolerantes que provocaban desórdenes en nombre de la primacía de la religión; se necesitaba crear un campo de acción racional en el que todo —de la religión a la economía— fuese juzgado con base en la utilidad del Estado, con base en un frío cálculo racional de las consecuencias de cada acción”; Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, cit., 31.

considerar ya como un Estado liberal en la medida en que va dando paso a otras libertades jurídicas concretas.

Matteucci escribe al respecto: “Desde el comienzo el constitucionalismo moderno está investido del problema de la tolerancia religiosa, que con el tiempo se convertirá en el de la libertad religiosa; y la libertad religiosa es la madre de todas las libertades. Después, en nombre de la propiedad liberada de los vínculos medievales, se descubrirá que el mercado debe ser tutelado por las intervenciones del Estado absoluto mercantilista, y se protegerán los partidos políticos como canales de expresión de los distintos grupos sociales y ya no facciones que nos alejan del bien común. Así, el Estado constitucional se concreta, con el correr del tiempo, cada vez más como Estado liberal”⁸⁰.

También el mayor peso de la filosofía individualista en la organización de signo capitalista influye en el tránsito que va del Estado absoluto a los derechos fundamentales⁸¹; con el surgimiento de las ideas de lo que luego conoceremos como constitucionalismo “se va fortaleciendo la defensa del individuo, único y solitario protagonista de la vida ética y económica frente al Estado y a la sociedad, en la medida en que éstos paralizan y obstaculizan su libertad; una defensa que culmina en las declaraciones de los derechos del hombre y del ciudadano. Esta concepción individualista y antropocéntrica madura desde el Humanismo hasta la Ilustración, por lo que si en el Medioevo se defendían las libertades concretas, como privilegios tutelados por el derecho, ahora el constitucionalismo... debe situar al hombre como fundamento de las libertades jurídicas concretas...”⁸².

La defensa de la persona frente al Estado se produce al inicio del constitucionalismo en el ámbito de la tolerancia religiosa, como ya se ha señalado, pero también en el campo del derecho penal y procesal penal, que es donde se produjeron durante siglos varios de los mayores abusos en nombre de la ley (que para entonces no era en sentido estricto una ley solamente civil, sino también religiosa, con lo cual se borraba la frontera entre quienes cometían un delito y quienes eran acusados de la comisión de pecados). El esfuerzo por humanizar el derecho penal, de la mano de pensadores como Beccaria, también contribuye al surgimiento de los derechos fundamentales⁸³.

⁸⁰ Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, cit., p. 37.

⁸¹ Peces Barba, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, cit., p. 21.

⁸² Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, cit., p. 36.

⁸³ Ver al respecto, Prieto, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003.

Como quiera que sea, el nacimiento del Estado moderno (que no se da de un día para otro, sino que va aconteciendo por etapas, de forma asincrónica) necesita de una ruptura; esa ruptura es la Revolución francesa⁸⁴.

¿Qué es lo original del constitucionalismo por oposición a la forma de organización social y política que había prevalecido durante buena parte de la Edad Media? El constitucionalismo como filosofía política aspira en lo fundamental a una sola cosa: controlar el poder con el fin de preservar la libertad, si recurrimos a la conocida formulación de Montesquieu. Para ello es necesario que cada Estado se dote de una regulación básica de carácter unitario: la Constitución escrita.

El tener un texto supremo de carácter escrito es una novedad histórica que aporta el siglo XVIII y que no existía durante el feudalismo, que se regía más bien por normas consuetudinarias⁸⁵. Pero la lógica de la codificación, que comienza su andadura en el campo del derecho privado, alcanza también al derecho público. La forma escrita de las constituciones permite además responder a las exigencias de certeza y publicidad que se encuentran en el pensamiento de la Ilustración.

Por otro lado, las constituciones escritas sirven para cambiar el fundamento de la legitimidad de lo estatal, o mejor dicho, de las autoridades que ejercen funciones públicas. Si el derecho del feudalismo se apoyaba en buena medida en la tradición, en los designios divinos o en la ascendencia real, el constitucionalismo aspira a basar la legitimidad de la actuación de las autoridades (y del funcionamiento del derecho todo) en el consenso racional de los miembros de la comunidad.

Esto se percibe claramente en la Declaración francesa de 1789, que puede considerarse la expresión jurídica de la Revolución. ¿Qué querían los revolucionarios franceses? Dicho de forma sintética: firmar un nuevo contrato social, basado en premisas distintas a la lógica con que hasta entonces se había organizado el Estado⁸⁶.

Para ello consideraron necesario darse un catálogo de derechos que mediara en las relaciones entre el Rey, la nobleza y los oficiales públicos y el resto del pueblo. Matteucci lo explica con las siguientes palabras: “El moderno constitucionalismo se liga de esta manera a algunas corrientes contractualistas, por un lado, y, por otro, a la revolución liberal, cuyo objetivo no fue tanto dar una legitimación distinta al poder, sino cambiar su modo de ejercicio para garantizar a los ciudadanos

⁸⁴ Peces Barba, Gregorio, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, cit., p. 62.

⁸⁵ Matteucci, *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, cit., p. 25.

⁸⁶ Tomo la idea de Furet, Francois, *La revolución a debate*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2000, p. 50.

concretas libertades políticas, sociales y civiles, para permitir a los individuos el libre desarrollo de su personalidad”⁸⁷.

5. Conclusión

Como puede verse el surgimiento del constitucionalismo responde a unas coordenadas temporales y políticas muy específicas. Es cierto que la realidad norteamericana difería de la francesa, y que las circunstancias de cada país eran diferentes, pero también es verdad que en ambas experiencias históricas se tenía claro que el más poderoso resorte institucional para controlar el poder radicaba en la existencia de un texto escrito, que sometiera a límites y vínculos específicos a los gobernantes.

Puede parecer algo muy obvio para los lectores del siglo XXI, pero haberlo logrado (con todos sus problemas y limitaciones propias de su tiempo) a finales del XVIII debe contarse entre los más grandes logros del proceso de la civilización humana.

A partir del momento en el que surge el constitucionalismo en las dos orillas del océano Atlántico, se va desarrollando en muchos países conforme a sus propias circunstancias y en función de las necesidades locales que se deben atender en cada caso. México debe atravesar por un siglo XIX marcado por la anarquía y el desorden, y atravesar por el duro trance de una dictadura y una revolución, antes de llegar al Congreso Constituyente de Querétaro. Muy distinto es el proceso colombiano de 1991 o el de la República Dominicana en 2010.

Cada experiencia constitucional va presentando sus propios rasgos evolutivos, ya que el constitucionalismo no es una experiencia cerrada ni puede entenderse como un sistema de gobierno estático, sino que sus expresiones van variando conforme pasa el tiempo y conforme lo van permitiendo las circunstancias.

Obviamente, esa evolución debe darse respetando siempre las dos premisas básicas que alimentan a toda la odisea histórica del constitucionalismo, que son la división (efectiva y no meramente nominal) de poderes y el respeto y garantía de la dignidad humana. Sin esos dos elementos, como lo supo enunciar de manera magistral el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789, no hay Constitución ni constitucionalismo, sino mera simulación.

Habiendo presentado algunos elementos de carácter histórico, es momento de pasar a la exposición de los principales conceptos del derecho constitucional.

⁸⁷ *Organización del poder y libertad*, cit., pp. 25-26.

Capítulo II

El concepto de Constitución

I. El concepto de Constitución es uno de los más arduos de construir dentro del marco conceptual de la ciencia del derecho. Se trata de un concepto que ha tenido y tiene un sinnúmero de formulaciones, muchas de ellas incluso incompatibles y contradictorias entre sí.

La Constitución puede entenderse, por ejemplo, como un ordenamiento jurídico de tipo liberal; como un conjunto de normas jurídicas que contiene las disposiciones en algún sentido fundamentales de un Estado; como un documento normativo que tiene ese nombre; y como una norma dotada de ciertas características, es decir, que tiene un régimen jurídico particular. Además, hay conceptos absolutos, relativos, positivos, ideales, pactistas, históricos, sociológicos, materiales, racional-normativos, etc., de Constitución.

II. Hay dos elementos fundamentales que dan sentido a una indagación sobre el concepto de Constitución: el órgano o poder que la crea y los contenidos concretos que debe tener una norma de ese tipo.

El primero de esos elementos nos lleva directamente al tema del poder constituyente. El poder constituyente, tradicionalmente, no ha tenido una legitimidad democrática desde el punto de vista de su integración; con algunas notables excepciones, casi siempre las Constituciones históricas han sido otorgadas por el caudillo, el rey, el soberano, la oligarquía de turno, etcétera⁸⁸.

Es a partir del siglo XX cuando los poderes encargados de redactar nuevas Constituciones se comienzan a integrar democráticamente. Sólo entonces se materializa la posibilidad del pueblo de ser soberano: otorgándose por sí y ante sí un nuevo texto constitucional. Esa es, dentro del modelo del Estado constitucional contemporáneo, una de las principales formas en que la soberanía toma sustancia y deja de ser una mera entelequia, al momento de crear un nuevo ordenamiento supremo.

El poder constituyente no es un poder sujeto al derecho, sino que es una realidad política. Se trata de una suerte de “fundamento externo” del sistema jurídico en su conjunto⁸⁹. El poder constituyente no se encuentra sujeto a ningún otro poder. Es un poder originario, en el sentido de que no deriva de ningún acto jurídico,

⁸⁸ Ver el repaso histórico que nos presenta Pisarello, Gerardo, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2011.

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, tomo I, páginas 804 y siguientes.

y se ejerce a través de un sujeto constituyente (una asamblea o congreso constituyente, por ejemplo) que tiene una naturaleza temporal, toda vez que desaparece una vez que crea la Constitución.

Sobre la fundamentación política y no jurídica del poder constituyente, Ernst Wolfgang Böckenförde ha escrito lo siguiente: “La Constitución no obtiene su firmeza normativa y su fuerza reguladora de una norma jurídica superior a ella o de una sanción especial, que no entra dentro de lo posible, sino de una idea de orden que se hace forme normativamente a través de una decisión de la voluntad política, sustentada por el pueblo o por los grupos y fuerzas determinantes de la sociedad... La fuerza que hace surgir y que legitima a la Constitución tiene que representarse por tanto... como una magnitud política”. Eso le permite al mismo autor concluir que “el poder constituyente es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede”⁹⁰.

Por lo que respecta a los contenidos, ya desde el famoso artículo 16 de la Declaración Francesa de 1789 se afirma que las Constituciones se abocan a determinar la división de poderes y los derechos fundamentales. Esos dos elementos son una especie de “contenido mínimo” de cualquier documento que se quiera llamar “Constitución”.

Desde luego, dentro del concepto de la división de poderes hay muchas posibilidades organizativas: presidencialismo o parlamentarismo (o sus formas intermedias: semipresidencialismo, semiparlamentarismo), monarquía o república, federalismo, regionalismo o centralismo, etc. Sin embargo, debe quedar claro que el Estado constitucional solamente admite una división *efectiva* del poder, es decir, un sistema que asegure espacios de libertad reales para los particulares, que obligue a la rendición de cuentas de los gobernantes, a la renovación periódica de los mismos, que prevea la existencia de jueces independientes, la competencia básica de cada órgano, los modos de creación y renovación del derecho, etc.

Solamente cuando existe control del poder puede hablarse de Estado constitucional. Y esto por la sencilla razón de que, como apunta Manuel Aragón, “La idea de Constitución... implica la idea de limitación. Si la comunidad política ha de persistir es imprescindible que el poder tenga, al menos, la limitación mínima

⁹⁰ *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 162-163. Una aproximación muy actual al tema del poder constituyente y los procesos políticos a través de los cuales se ejerce puede verse en Pisarello, Gerardo, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014.

de no alcanzar a destruirla; si la comunidad política ha de persistir en una determinada forma política, ésta será también un límite infranqueable para el poder”⁹¹.

También en el ámbito de los derechos fundamentales la realidad de nuestros Estados constitucionales ofrece una variedad importante. ¿Cuántos y cuáles derechos deben estar previstos y asegurados en un Estado para que se pueda considerar Estado constitucional? Derechos de libertad, derechos de participación política y un mínimo de derechos sociales, junto a un sistema medianamente eficaz de garantías podrían representar un umbral mínimo para todo Estado que quiera ser un verdadero Estado constitucional.

La revisión de la historia del Estado constitucional —de la cual hemos hecho un somero repaso en el capítulo precedente— nos puede ofrecer las claves para entender el concepto mismo de Constitución, el papel que se espera puedan cumplir los textos constitucionales y las variedades que los derechos fundamentales y la división de poderes han tenido en los últimos siglos.

De esa historia se concluye, por ejemplo, que no siempre el Estado constitucional ha sido democrático. No siempre los derechos fundamentales se han impuesto frente a la actividad legislativa. No siempre ha existido la jurisdicción constitucional. No siempre ha estado asegurada la independencia judicial ni se ha podido controlar en sede parlamentaria la acción del Poder Ejecutivo.

De hecho, aunque a nivel teórico pueda existir un cierto “modelo” o “paradigma” de lo que son el constitucionalismo y la Constitución, lo cierto es que en realidad debe hablarse no de uno, sino de varios constitucionalismos (el inglés, el norteamericano, el francés, el latinoamericano), y no de uno, sino de varios modelos y/o conceptos de Constitución.

III. Desde un punto de vista estrictamente jurídico la Constitución es la norma que determina la validez del resto del ordenamiento jurídico. Dicha determinación es de carácter tanto formal o procedimental como material o sustantivo. Desde el punto de vista procedimental la Constitución determina la validez del resto de normas del ordenamiento ya que establece las competencias de los distintos poderes para dictar normas jurídicas, así como los pasos que deben llevar a cabo para que tales normas se integren válidamente al ordenamiento.

Desde el punto de vista sustantivo la Constitución actúa sobre todo como un límite a la creación normativa, pues contiene prohibiciones para el legislador, mandatos de actuación, normas ordenadoras de fines que deben perseguir los poderes públicos, etc. Ambos puntos de vista dan lugar también a dos distintas

⁹¹ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, IJ-UNAM, 2002.

formas de validez: una validez procedimental y una validez sustantiva, como con tanto acierto ha señalado Luigi Ferrajoli⁹².

La superioridad jurídica de la Constitución puede ser explícita o implícita. En el caso de la Constitución mexicana de 1917 la supremacía constitucional, también llamada suprallegalidad⁹³, se encuentra expresamente recogida en el artículo 133, que la ubica dentro de la “ley suprema de toda la unión”, junto con las leyes del Congreso que emanen de ella (de la Constitución, se entiende) y con los tratados internacionales.

Aparte de que tenga o no reconocimiento explícito, la superioridad constitucional (desde un punto de vista jurídico) deriva, cuando menos, de los siguientes aspectos: *a)* la Constitución *crea* a los poderes públicos del Estado; *b)* *delimita* sus funciones tanto desde un punto de vista positivo como negativo; *c)* recoge los procedimientos 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.

IV. Siguiendo a Riccardo Guastini se puede señalar que la Constitución, como documento normativo, se distingue del resto de normas del ordenamiento por lo siguiente⁹⁴:

- Por su nombre propio, ya que es el único documento normativo del ordenamiento que se llama “Constitución”.
- Por su procedimiento de formación único y distinto del resto de normas del ordenamiento: es la única norma creada por el poder constituyente.
- Por su contenido característico, puesto que regula los derechos fundamentales y la división de poderes, señalando las competencias de los órganos superiores del Estado.
- Por sus destinatarios típicos, aunque no únicos, que son esos mismos órganos superiores del Estado, para los que establece el ámbito competencial y la organización y estructura básicas.
- Por su régimen jurídico peculiar, lo que incluye, por ejemplo, su posición en el ordenamiento jurídico (superior a cualquier otra norma⁹⁵) y el procedimiento para su reforma (distinto al de las leyes ordinarias).

⁹² *Principia Iuris*, cit., tomo I, pp. 502 y siguientes.

⁹³ Este es el término que utiliza por ejemplo Manuel Aragón Reyes en sus *Estudios de derecho constitucional*, 2ª edición, Madrid, CEPC, 2009, pp. 159 y siguientes.

⁹⁴ Guastini, Riccardo, “Sobre el concepto de Constitución” en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 15 y siguientes.

⁹⁵ Con la excepción de los tratados internacionales que contengan derechos humanos, los cuales están al mismo nivel que la Constitución en el caso de México (según lo que señala el artículo 1

V. Como complemento o consecuencia de su supremacía jurídica, la mayoría de las Constituciones contemporáneas son rígidas. La rigidez constitucional es la traducción jurídica de la distinción política (en un primer momento) entre el poder constituyente y los poderes constituidos.

La rigidez significa, concretamente, que la Constitución no puede ser reformada por el mismo órgano y siguiendo el mismo procedimiento que se utiliza para reformar las leyes. Por tanto, se puede decir que la rigidez de una Constitución se produce siempre que en un determinado texto constitucional existan procedimientos diferenciados para la aprobación de las leyes y para la aprobación de las reformas constitucionales.

Dicha diferenciación puede hacerse de varias maneras. Puede establecerse que sea el mismo órgano el que lleve a cabo ambos tipos de reformas, pero siguiendo un procedimiento distinto, normalmente más complejo para el caso de las reformas constitucionales.

En este sentido, se pueden requerir mayorías calificadas o super-calificadas para aprobar una reforma constitucional, o se puede necesitar de un procedimiento que implique un periodo más largo de tiempo; bajo sistemas parlamentarios se puede incluso requerir que cuando se propone una reforma constitucional se disuelva el Poder Legislativo y se convoque a nuevas elecciones de forma que sean los nuevos legisladores los que se encarguen de votar la iniciativa propuesta por la legislatura precedente.

Otra posibilidad es que las reformas legales y las reformas constitucionales sean llevadas a cabo por órganos diferentes. Concretamente, el derecho comparado ofrece bastantes ejemplos de textos constitucionales que solamente pueden ser reformados por asambleas convocadas con ese único objeto, o bien por órganos que tienen una composición compleja: integrados, por ejemplo, tanto por el Poder Legislativo federal como por los poderes legislativos locales, por mencionar un caso que puede darse en un Estado organizado federalmente.

Las Constituciones rígidas se suelen oponer para efectos pedagógicos a las Constituciones flexibles. Son flexibles aquellas Constituciones que pueden ser modificadas siguiendo el mismo procedimiento que se sigue para la aprobación o modificación de las leyes.

párrafo primero de la Carta Magna); incluso, los tratados que contengan derechos pueden ser aplicados prevalentemente respecto de lo dispuesto en la Constitución en virtud del “principio pro persona” previsto en el mismo artículo 1 párrafo segundo. Es muy importante, para tener una idea cabal de este asunto, ver la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por medio de la cual se resuelve la Contradicción de Tesis 293/2011, así como sus votos concurrentes y particulares.

En un sistema constitucional que cuente con una Constitución flexible la Constitución y la ley tienen la misma fuerza, se encuentran ubicadas en un mismo nivel jerárquico. En consecuencia, el principio que regula sus relaciones no es el de *lex superior derogat inferiori*, sino el de *lex posterior derogat priori*, la ley (la norma, mejor dicho) posterior en el tiempo deroga a la anterior. Esto significa, además, que si una ley contiene una disposición contraria a la Constitución, dicha ley se entiende no como una violación constitucional, sino como una modificación a lo dispuesto por el texto de la Constitución.

La rigidez constitucional, si bien guarda estrecha relación con ella, no debe ser confundida con la supremacía constitucional⁹⁶. Como hemos dicho, rígida es una Constitución que no puede ser modificada a través del procedimiento que se sigue para la creación o modificación de una ley, mientras que supremo es un documento constitucional creado por el Poder Constituyente, mismo que desaparece después de haber expedido la Constitución. Puede haber Constituciones que sean supremas y no sean rígidas.

La supremacía y la rigidez constitucionales se distinguen también por su objetivo: la primera sirve para identificar a las normas constitucionales, mientras que la rigidez busca contribuir a la estabilidad de la Constitución, al hacer más difícil su modificación.

La rigidez y la supremacía coinciden, sin embargo, en sus efectos: tanto en virtud de una como de otra, todas las normas del ordenamiento deben adecuarse, tanto formal como sustancialmente, a las disposiciones constitucionales. Si no lo hicieran así violarían tanto la supremacía como la rigidez constitucionales. Ambas características, por tanto, sirven como parámetros de validez del resto de normas del ordenamiento.

VI. Las Constituciones abiertas

Actualmente se habla de la apertura constitucional o del modelo de Constituciones abiertas. Gustavo Zagrebelsky señala que las Constituciones *abiertas*⁹⁷ son aquellas “constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competencia para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática... ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se

⁹⁶ Ver al respecto las observaciones de Luis Prieto, *El constitucionalismo de los derechos*, cit., pp. 155 y siguientes.

⁹⁷ Sobre la noción de apertura constitucional y de “Constitución abierta” se puede consultar Lucas Verdú, Pablo, *La constitución abierta y sus “enemigos”*, Madrid, UCM, 1993 y Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, cit., cap. VII.

apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir”⁹⁸.

¿Se debilita con las Constituciones abiertas la normatividad constitucional? Creo que no. Todo lo contrario. Que la Constitución no pre-determine ni los resultados de la contienda política (tanto la que tiene lugar en los procesos electorales, como la que se desarrolla en los parlamentos o cámaras legislativas), ni los espacios y contenidos normativos que van a integrar el resto del ordenamiento jurídico, no quiere decir que la Constitución deje de ser el documento supremo del sistema y la condición de validez de todas las normas que lo integran. Significa, eso sí, que dentro de Estados que se asumen a la vez como democráticos y pluralistas, la Constitución debe dejar un espacio a la *política constitucional*.

En materia de derechos fundamentales la *política constitucional* puede tomar muchos significados; por ejemplo, para permitir a cada gobierno dar una u otra orientación en materia de derechos sociales; así, un gobierno puede preferir tener a su cargo la sanidad pública o la educación, mientras otro puede considerar más adecuado delegar parte de esas funciones a los centros educativos o a las clínicas privadas, a los cuales se podría tener acceso gracias a una financiación pública. Lo importante, en este momento, es comprender que dentro de los parámetros que fija la Constitución hay espacios que la *política constitucional* puede ocupar de distinta forma.

El Tribunal Constitucional español lo ha dicho con las siguientes palabras: “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy distinto signo” (Sentencia 11/1981), de modo que “la Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad” (sentencia 174/1989), todo ello en uso de la “libertad de conformación” del propio poder legislativo (sentencia 37/1988).

La apertura constitucional tampoco significa dar marcha atrás al proceso de “constitucionalización” del ordenamiento jurídico que se observa en muchos países a partir de la Segunda Posguerra Mundial. Justamente, esos mismos Estados son los que presentan mayores rasgos de pluralismo político y partidista (Italia quizá sea un caso extremo en este punto), y en los que encuentra mayores espacios constitucionales la política de cada día, la que se ejerce por el poder legislativo y por los partidos políticos, en sus respectivas sedes y campos de acción. En el siguiente capítulo vamos a exponer los significados y manifestaciones de la “constitucionalización” de los ordenamientos jurídicos de nuestros días.

⁹⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 14.

VII. Las garantías de la Constitución

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. Poco es lo que puede hacer y significar una Constitución dentro del entramado estatal si no se reconocen de forma efectiva y real (es decir, si no se garantizan) los derechos fundamentales, puesto que tales derechos, como se ha señalado acertadamente, “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”⁹⁹.

Para que los derechos se hagan realidad se requiere de potentes instrumentos de control de la constitucionalidad, o mejor dicho, de un sistema completo de garantía de la Constitución. Ferrajoli ha escrito “una Constitución puede ser avanzadísima por los principios y los derechos que sanciona y, sin embargo, no pasar de ser un pedazo de papel si carece de técnicas coercitivas —es decir, de *garantías*— que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo”¹⁰⁰.

Para que ese sistema de defensa pueda ser eficaz hay que tener presente que cualquier violación de la Constitución debe ser considerada ilícita por la propia Constitución o por otra norma del ordenamiento¹⁰¹, pues como dice 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”¹⁰².

Otro concepto que debe considerarse al tratar el tema de la defensa constitucional es el del control, el cual a su vez es indispensable para poder hablar de una Constitución normativa. Para 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’... o dicho en otras palabras,

⁹⁹ Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales” en la obra colectiva, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 90.

¹⁰⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, 10ª edición, Madrid, Trotta, 2009, p. 852.

¹⁰¹ Hay que tener presente, sin embargo, que como Norberto Bobbio nos lo recuerda, 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*, Madrid, Debate, 1991, pp. 124 y ss.

¹⁰² Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 18.

si la Constitución es norma y no pura entelequia o desnuda vaciedad”¹⁰³. Difícilmente cabe hablar hoy en día de Constitución normativa sin control de constitucionalidad de las leyes y sin que los jueces puedan confrontar con la Constitución todos los actos de los poderes públicos y aquellos actos de los poderes privados que también incidan en la órbita de los derechos fundamentales.

El funcionamiento práctico de los sistemas de garantía de los derechos, a pesar de los innegables avances teóricos y dogmáticos que se han registrado en los últimos años, no siempre ha tenido el impacto que sería deseable.

Tiene razón Pedro de Vega cuando afirma que “esos generosos esfuerzos teóricos, y ese admirable sistema de garantías, establecido y generalizado en la mayoría de las Constituciones del mundo, no siempre se han visto coronados por el éxito... desde el punto de vista práctico, la realidad nos muestra con inexorable tozudez cómo, incluso en las democracias más consolidadas, el aparatoso desarrollo constitucional de instituciones de salvaguarda de la libertad, termina siendo en múltiples ocasiones más que el bastión efectivo protector de sociedades de hombres libres, un gótico y complicado monumento al servicio de la retórica, de la inanidad o de la impotencia”¹⁰⁴.

Recordemos que Luigi Ferrajoli ha explicado que las garantías de los derechos fundamentales pueden dividirse en primarias y secundarias; las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias¹⁰⁵.

Es importante poner de manifiesto que no hay que confundir la inexistencia de una garantía con la inexistencia del derecho que esa garantía debe proteger; en otras palabras, un derecho existe por el hecho de que está previsto en un texto normativo, con independencia de que existan los mecanismos que garanticen su preservación en caso de que sea violado.

Un criterio diferente ha sido sostenido, entre otros por Riccardo Guastini¹⁰⁶. Para Guastini son “verdaderos derechos” aquellos que responden conjuntamen-

¹⁰³ “El control como elemento inseparable del concepto de Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 19, Madrid, 1987, pp. 15-52 (la cita en p. 16).

¹⁰⁴ De Vega, Pedro, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *drittworkung der grundrechte*)” en Carbonell, Miguel (coordinador), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2002, pp. 687-688.

¹⁰⁵ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, 2ª edición, Madrid, Trotta, 2010, pp. 60 y siguientes.

¹⁰⁶ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, 3ª edición México, Fontamara, 2009, pp. 213 y ss.

te a tres condiciones: a) son susceptibles de tutela jurisdiccional; b) pueden ser ejercidos o reivindicados frente a un sujeto determinado; y c) su contenido está constituido por una obligación de conducta no menos determinada que el sujeto en cuestión¹⁰⁷. Son derechos “sobre el papel” o “derechos ficción” todos aquellos que no responden al menos a una de estas condiciones. Guastini pone como ejemplo de “derechos ficticios” a los derechos sociales; tales derechos, de acuerdo con nuestro autor, no son justiciables y, “en realidad no confieren ningún ‘verdadero’ derecho” ya que no se puede ubicar con precisión a ninguna contraparte a la que poder exigírselos.

Guastini acierta plenamente al señalar el carácter ambiguo de los derechos sociales y la necesidad de intervención legislativa para hacerlos aplicables y, bajo determinadas circunstancias, justiciables. Pero creo que al hacer depender el carácter de “verdaderos derechos” de la existencia de una contraparte precisa o de la posibilidad de acudir ante un juez para hacerlos valer está rebajando la normatividad de la Constitución y viendo solamente una parte del problema.

Frente a la visión de Guastini, Ferrajoli afirma la ya mencionada independencia conceptual entre la existencia de un derecho y la existencia de sus correspondientes garantías¹⁰⁸. Para Ferrajoli “es claro que si confundimos derechos y garantías resultarán descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales, reducidas una y otra, en defecto de las adecuadas garantías, a simples declamaciones retóricas o, a lo sumo, a vagos programas políticos jurídicamente irrelevantes”¹⁰⁹.

De acuerdo con Ferrajoli, ante la falta de una norma que señale a un sujeto concretamente obligado a satisfacer un derecho, o frente a la falta de un medio de acción que permita exigir el incumplimiento de esa obligación, en realidad no nos encontraríamos frente a un “no-derecho” (o “derecho ficticio”), sino frente a dos tipos de lagunas. Frente a *lagunas primarias* en el caso en que una norma no señale a un sujeto como obligado a realizar la conducta tendiente a la satisfacción de

¹⁰⁷ *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 221.

¹⁰⁸ Dicha independencia había sido advertida, desde hace años aunque sin extraer todas las consecuencias que explicita Ferrajoli, por Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, número 4, Madrid, 1987, pp. 23-46.

¹⁰⁹ “Derechos fundamentales” en su libro *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., p. 59. Guastini y Ferrajoli han protagonizado, entre otros teóricos y filósofos del derecho italianos, varias de las discusiones más importantes de los últimos años en torno a la cuestión de los derechos fundamentales; véase por ejemplo el trabajo de Guastini, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli” en Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 57-62.

un derecho; o frente a *lagunas secundarias* en el caso de no existir los mecanismos que invaliden o sancionen la violación de esa obligación¹¹⁰.

Además de lo anterior, es importante resaltar que las vías de tipo jurisdiccional no son las únicas para defender los derechos fundamentales. En las democracias pluralistas del presente son varios los caminos que recoge el ordenamiento para hacer valer los derechos: unos jurisdiccionales, otros de carácter político-deliberativo y otros, en fin, simplemente sociales en sentido amplio. El propio Guastini reconoce que la garantía jurisdiccional es la típica, pero no la única: operan como garantías de los derechos, afirma, “todas las técnicas de organización constitucional que se pueden reconducir a la separación de poderes y, por eso mismo, a la creación de contrapoderes”.

En un capítulo posterior, al estudiar el tema de los derechos humanos, volveremos sobre el tema de las garantías de las normas constitucionales, que es uno de los grandes temas del constitucionalismo del siglo XXI.

VIII. Constitución y utopía

Aunque una visión moderna del Estado constitucional sostiene que la Constitución debe ser concebida como una norma aplicable *aquí y ahora*, y no como una recomendación solamente dirigida a regular un futuro que puede no hacerse nunca presente, hay que considerar que los textos constitucionales contienen, en alguna medida, pretensiones que en el momento de entrar en vigor pueden ser consideradas utópicas. El carácter normativo de la Constitución no supone negar que el poder constituyente haya querido poner en el texto de la norma suprema sus aspiraciones de país, la forma que debería tener la sociedad desde su punto vista.

Por tanto, se puede afirmar que toda Constitución incorpora un ingrediente utópico que sirve de marco de referencia de lo que una sociedad entiende como deseable para sí misma en el futuro, de aquello que se comprende como metas que se tienen que ir logrando a partir de una nueva organización jurídico-política y también como un parámetro de legitimación del poder público. Como sostiene Hans Peter Schneider,

La Constitución posee, más bien, el carácter de un amplio modelo, es un modelo de vida para la comunidad política orientado hacia el futuro... y, por ello, siempre tiene algo de ‘utopía concreta’. De ello resulta la orientación finalista del Derecho constitucional con respecto a determinados pensamientos orientativos, directivos y mandatos constitucionales, que reflejan esperanzas del poder constituyente y prometen una mejora de las circunstancias actuales; es decir, que van más allá de registrar solamente las relaciones de poder existentes. Tales objetivos de la Constitución son la realización de una humani-

¹¹⁰ “Derechos fundamentales”, cit., pp. 61-62.

dad real en la convivencia social, el respeto de la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática. Estos contenidos de la Constitución, la mayoría de las veces, no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política... la Constitución... se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales¹¹¹.

En América Latina el concepto de Constitución se ha utilizado con frecuencia como un motivo legitimador de la acción del Estado, aún si dicha acción no ha tenido siempre un carácter democrático o apegado al interés general. Las constituciones han sido manejadas e instrumentalizadas desde el poder para prolongar las condiciones de predominio político de un grupo sobre el resto de la sociedad. México es uno de los mejores ejemplos al respecto. Por eso es importante utilizar el discurso teórico sobre el concepto de Constitución con fines no solamente académicos o analíticos, sino también deslegitimadores de la supuesta neutralidad del Estado, o del discurso que se apoya en la Constitución para imponer el punto de vista de unos cuantos sin consultar a los demás, o de las actuaciones legislativas o jurisdiccionales que violan las normas constitucionales.

Tampoco la teoría constitucional, desde luego, puede presentarse a sí misma como neutra; no lo es ni lo puede ser cuando su objeto está cargado de valor: el Estado constitucional y las constituciones mismas sólo se entienden dentro de las coordenadas axiológicas de la libertad y la igualdad. Y si su objeto no es neutral ni admite por ello cualquier forma de organización social, la teoría tampoco puede serlo.

Lo cierto es que en la actualidad hace falta un gran esfuerzo de renovación de la teoría constitucional. Dicho esfuerzo debe permitirnos tener mejores instrumentos analíticos y conceptuales, pero también más razones y apoyos para cambiar una realidad que, como en casi toda la América Latina, sigue instalada en escenarios de marginación, pobreza, discriminación y violación cotidiana de los derechos fundamentales de un gran número de personas. Como lo veremos con algún detalle más adelante, el llamado “neoconstitucionalismo” intenta ofrecer un esquema de comprensión y discusión renovado, para lograr dichos objetivos.

¹¹¹ *Democracia y constitución*, Madrid, CEC, 1991, p. 49.

Capítulo III

La constitucionalización del ordenamiento jurídico

De acuerdo con Riccardo Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”¹¹². Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características¹¹³.

Siguiendo al propio Guastini, las condiciones que son necesarias para poder decir que un determinado ordenamiento jurídico está “constitucionalizado”, son las siguientes:

- A) Una Constitución rígida. El propio Guastini apunta sobre este rasgo que la constitucionalización será más acentuada en aquellos ordenamientos en los que existan principios (tanto expresamente formulados como implícitos) que no puedan ser modificados en modo alguno: ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional¹¹⁴. En otras palabras, a una Constitución más rígida corresponde un mayor efecto de “constitucionalización” de todo el ordenamiento.
- B) La garantía jurisdiccional de la Constitución. Dicha garantía permite hacer de la rigidez algo más que un simple postulado de buenas intenciones. La rigidez, para ser tal, debe poder imponerse frente a las leyes y al resto del ordenamiento jurídico. Los modelos para llevar a cabo el control de constitucionalidad son muy variados y pueden analizarse a la vista de su mayor o menor efectividad. Guastini distingue el modelo americano del modelo francés y del modelo continental europeo (Italia, España, Alemania, etcétera)¹¹⁵.
- C) La fuerza vinculante de la Constitución. Este punto se concreta a través de la idea de que las normas constitucionales (*todas*, con independencia de

¹¹² *Estudios de teoría constitucional*, 3ª edición, México, IJ-UNAM, Fontamara, 2007, p. 153.

¹¹³ *Idem*, p. 154.

¹¹⁴ *Idem*, p. 155.

¹¹⁵ *Idem*, pp. 155-157.

su estructura y de su contenido) son plenamente aplicables y obligan a sus destinatarios. Tradicionalmente, no se consideraban como vinculantes las normas programáticas (entre ellas la doctrina tradicional solía ubicar las relativas a los derechos sociales) o los principios¹¹⁶. El proceso de constitucionalización supone dotar de contenido normativo a todas las disposiciones contenidas en la carta fundamental; desde luego, su fuerza normativa dependerá en mucho de la forma en que estén redactadas, de los alcances interpretativos que les haya dado la jurisdicción constitucional y de los ejercicios analíticos que hagan los teóricos, pero de lo que no debe quedar duda es que las normas constitucionales son, ante todo y sobre todo, normas jurídicas aplicables y vinculantes, y no simples programas de acción política o catálogos de recomendaciones a los poderes públicos.

D) La “sobreinterpretación” de la Constitución. Dicha sobreinterpretación se produce cuando los intérpretes constitucionales (que son tanto los encargados de desempeñar la jurisdicción constitucional como los jueces ordinarios, los demás órganos del Estado y los juristas en general¹¹⁷) no se limitan a llevar a cabo una interpretación literal de la Constitución, sino que adoptan una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*. A través de este tipo de interpretación, se pueden extraer del texto constitucional innumerables normas implícitas, idóneas para regular casi cualquier aspecto de la vida social y política, y por ende, idóneas también para condicionar de forma muy incisiva el contenido de una parte del ordenamiento jurídico. “Cuando la Constitución es sobreinterpretada (apunta Guastini) no quedan espacios vacíos de —o sea, “libres” del— derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún, minuciosamente regulada) por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional”¹¹⁸.

La influencia del derecho constitucional se extiende, desde esta perspectiva, tanto a su objeto tradicional de regulación que son los poderes públicos, sus competencias y sus relaciones con los particulares, como a las diversas ramas del derecho privado, que también se ven condicionadas por los mandatos constitucionales, entre los cuales destacan —por la magnitud de su impacto sobre el derecho privado— las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales; como apunta Konrad Hesse, “Los derechos fundamentales influyen en todo el Derecho... no sólo cuando tiene por

¹¹⁶ *Idem*, pp. 157-158.

¹¹⁷ Sobre este punto véase el clásico trabajo de Peter Häberle, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” en el libro del mismo autor, *Retos actuales del Estado constitucional*, Oñati, IVAP, 1996.

¹¹⁸ *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 159-160.

objeto las relaciones jurídicas de los ciudadanos con los poderes públicos, sino también cuando regula las relaciones jurídicas entre los particulares. En tal medida sirven de pauta tanto para el legislador como para las demás instancias que aplican el Derecho, todas las cuales al establecer, interpretar y poner en práctica normas jurídicas habrán de tener en cuenta el efecto de los derechos fundamentales”¹¹⁹.

- E) La aplicación directa de las normas constitucionales. Esta quinta condición para la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene que ver con dos cuestiones: a) el entendimiento de que la Constitución rige también a las relaciones entre particulares y no es un texto dirigido solamente a las autoridades u órganos públicos¹²⁰; y b) que todos los jueces pueden aplicar la Constitución, incluso sus normas programáticas o normas de principio¹²¹. Estos dos aspectos no se encontraban en el constitucionalismo clásico, pero se han ido conquistando de forma paulatina en los años recientes tanto por la doctrina como por la jurisprudencia constitucionales¹²². En este punto cabe destacar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el control de convencionalidad, que suministra un desarrollo interesante de esta condición de constitucionalización de un ordenamiento jurídico¹²³.
- F) La interpretación conforme de las leyes. Guastini apunta que esta condición no tiene que ver con la interpretación de la Constitución, sino con la interpretación de la ley¹²⁴. La interpretación conforme se da cuando, al tener la posibilidad un juez de aplicar a un caso concreto la interpretación X1 de una ley o la interpretación X2, opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma (de manera más completa) con algún mandato constitucional. Desde luego, la interpretación conforme también significa que, ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional u

¹¹⁹ Hesse, Konrad, “Significado de los derechos fundamentales”, cit., 1996, p. 93.

¹²⁰ En América Latina creo que han sido los juristas brasileños los que mayor atención le han puesto a este tema; dentro de la amplia doctrina brasileña existente puede verse, por ejemplo, Sarmiento, Daniel, *Direitos fundamentais e relacoes privadas*, 2ª edición, Río de Janeiro, Lumen Iuris, 2006 y Afonso Da Silva, Virgílio, *A constitucionalizacao do direito. Os direitos fundamentais nas relacoes entre particulares*, Sao Paulo, Malheiros, 2005.

¹²¹ Obviamente, en aquellos países en los que exista un control “concentrado” de constitucionalidad de las leyes, los jueces ordinarios no podrán declarar la inconstitucionalidad de una ley, pero sí podrán utilizar a la Constitución de forma directa en aquellos casos en los que las leyes no tengan ninguna previsión o para llegar a la interpretación legal que mejor desarrolle los propios mandatos constitucionales.

¹²² Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 160-161.

¹²³ He tratado el tema en Carbonell, Miguel, *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2014.

¹²⁴ Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 160.

otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez prefiere ésta última¹²⁵.

- G) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. La última de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento a las que se refiere Guastini consiste en una pluralidad de elementos entre los que se pueden mencionar los siguientes: a) que la Constitución prevea un sistema de solución de diferencias políticas entre órganos del Estado (incluso entre órganos de los diversos niveles de gobierno en los Estados que sean federales o regionales), que permita a un órgano jurisdiccional resolverlos aplicando normas constitucionales; b) que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de *self restraint* frente a lo que en alguna época se ha llamado las “*political questions*”, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional; y c) que las normas constitucionales sean utilizadas por los principales actores políticos para argumentar y defender sus opciones políticas o de gobierno¹²⁶. En el neoconstitucionalismo también el ámbito de las políticas públicas, antaño inmune a cualquier tipo de revisión judicial, debe estar sujetos a los mandatos constitucionales y a la lógica de los derechos fundamentales.

¹²⁵ Jiménez Campo, Javier, “Interpretación conforme” e “Interpretación constitucional”, ambas en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995. Sobre este tema la SCJN ha emitido la siguiente tesis jurisprudencial: DERECHOS HUMANOS. INTERPRETACIÓN CONFORME, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El segundo párrafo del precepto citado, reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia (principio pro persona). Ahora bien, dicho mandato implica que una ley no puede declararse nula cuando pueda interpretarse en consonancia con la Constitución y con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dada su presunción de constitucionalidad y convencionalidad. Esto es, tal consonancia consiste en que la ley permite una interpretación compatible con los contenidos de los referidos materiales normativos a partir de su delimitación mediante los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los criterios —obligatorios cuando el Estado Mexicano fue parte y orientadores en el caso contrario— de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Décima Época, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXII, julio de 2013, Tomo 1, p. 556, aislada, constitucional. 1a. CCXIV/2013 (10a.). Cabe señalar que la distinción entre criterios obligatorios y criterios orientadores de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue dejada atrás (afortunadamente) en la sentencia que resuelve la contradicción de tesis 293/2011; sobre este tema nos hemos ocupado en Carbonell, Miguel, *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, cit.

¹²⁶ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 163-164.

A la luz de lo anterior puede verse que las relaciones entre la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico han ido evolucionando. Con seguridad, varios de los puntos mencionados darán lugar o lo están dando ya a problemas importantes dentro del Estado constitucional, pero desde luego que, con todos los matices que se quiera, se trata de avances de primer orden en la lógica inacabada y en permanente construcción del Estado constitucional contemporáneo.

Capítulo IV

Los derechos humanos

1. Origen y concepto

El origen de los derechos humanos puede ser analizado desde dos puntos de vista: uno filosófico o teórico y otro normativo o jurídico.

Desde el punto de vista filosófico, los derechos humanos encuentran su fundamento en el pensamiento de la Ilustración. Autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, incluso Beccaria en el terreno penal, nos ofrecen abundantes argumentos en defensa de la dignidad humana frente a la lógica del Estado absolutista que se había venido construyendo desde la Edad media.

Esos autores reivindican la existencia de ciertos derechos anteriores e incluso superiores al estado. Su aproximación al tema de los derechos tiene fuertes matices iusnaturalistas, lo cual no pudo haber sido de otra manera ya que cuando tales autores escriben sus muy importantes obras, eran escasas o muy débiles las normas jurídicas que prevenían derechos humanos. Su discurso podía tener un fundamento teórico de orden racional o en algunos casos religioso, pero no jurídico.

El origen ya propiamente normativo de los derechos humanos se da junto con el advenimiento del Estado constitucional, en el último cuarto del siglo XVIII, tanto en Francia como en Estados Unidos. Al respecto son fundamentales tres documentos, que se encuentran entre los más importantes de la historia del derecho en general y de la historia de los derechos en particular: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), la Constitución de los Estados Unidos y sus primeras enmiendas (1787-1791) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (conocida como Declaración Francesa, de 1789).

Como ya fue explicado en el capítulo primero de este libro, el Estado constitucional surge precisamente como respuesta a los excesos del Estado absolutista y tiene dos propósitos básicos —tal como con gran acierto lo recoge el famoso artículo 16 de la Declaración francesa—: por un lado el de dividir al poder y por otra parte el de proteger los derechos humanos de todas las personas.

Desde luego, hay antecedentes normativos o cuasinormativos de los derechos humanos previos a los tres documentos que se han citado. Entre los antecedentes relevantes se pueden citar la Carta Magna de Juan sin Tierra (1215), el Edicto de Nantes (1598), la *Petition of Right* (1628), distintas constituciones locales de las colonias inglesas en territorio de los que luego serían los Estados Unidos, etcétera. Pero la primera fase de la consolidación de los derechos humanos entendidos como derechos jurídicos y no solamente morales, se da a finales del siglo XVIII

en los tres documentos que comienzan a dar forma al Estado constitucional de derecho, tanto en Estados Unidos como en Francia.

Antes de explicar el fundamento de los derechos y los niveles de análisis desde los que pueden ser estudiados, quizá valga la pena distinguir preliminarmente entre los “derechos humanos” y los “derechos fundamentales”. Dicha distinción nos permitirá entender mejor los apartados siguientes y nos ofrecerá una plataforma conceptual más clara para abordar nuestro objeto de estudio.

El término “derechos fundamentales” aparece en Francia (*droits fondamentaux*) a finales del siglo XVIII, dentro del movimiento que culmina con la expedición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En sentido moderno, toma relieve sobre todo en Alemania bajo la denominación de “*grundrechte*” adoptada por la Constitución de ese país de 1949¹²⁷.

Los derechos humanos son una categoría más amplia y que, en la práctica, se suele utilizar con menos rigor jurídico que la de derechos fundamentales. Muchas veces se hace referencia a los derechos humanos como expectativas que no están previstas de forma clara en alguna norma jurídica, con el objeto de señalar lo que a algunas personas les puede parecer una actuación indebida de las autoridades. Para algunos teóricos, que esgrimen muy buenas razones en su favor, serían también derechos humanos algunos derechos no jurídicos; se trataría, por ejemplo, de los llamados “derechos morales”¹²⁸. Como escribe Antonio E. Pérez Luño¹²⁹,

En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes de nuestro tiempo, el término ‘derechos humanos’ aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los ‘derechos fundamentales’. Los *derechos humanos* suelen venir entendidos como *un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*. En tanto que con la noción de los *derechos fundamentales* se tiende a aludir a *aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*.

Los derechos humanos aúnan —sigue diciendo Pérez Luño—, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que *debiendo* ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen

¹²⁷ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, 4ª edición, Madrid, Tecnos, 1991, p. 29. Ver también Cruz Villalón, Pedro, “Formación y evolución de los derechos fundamentales” en su libro *La curiosidad del jurista persa, y otros escritos sobre la Constitución*, Madrid, CEPC, 1999, pp. 23-53.

¹²⁸ Para un primer acercamiento al tema, Cruz Parceró, Juan Antonio, “Derechos morales: concepto y relevancia”, *Isonomía*, número 15, México, octubre de 2001, pp. 55-79.

¹²⁹ Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 46-47.

un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo.

Las fronteras conceptuales de los derechos humanos son menos precisas que las que tienen los derechos fundamentales. Quizá por esa razón es por la que sobre los derechos humanos han escrito muchas páginas (algunas muy buenas) los sociólogos, los economistas, los politólogos, los filósofos, etcétera, pero sobre derechos fundamentales —hasta donde tengo noticia— solamente escriben los juristas. Autores paradigmáticos en sus campos de conocimiento y con vasta influencia sobre la ciencia jurídica, como por ejemplo John Rawls o Jürgen Habermas, cuando hacen referencia en sus textos a “libertades básicas”, “derechos o bienes primarios” o “derechos fundamentales”, lo hacen sin tener en cuenta lo que efectivamente dice la Constitución de su país o de cualquier otro Estado. Y hacen bien, porque desde su perspectiva científica pueden adoptar enfoques más amplios que los que se utilizan desde la ciencia jurídica. Sus aportaciones son del mayor valor para quienes nos situamos en una óptica constitucional, pues con frecuencia someten nuestros razonamientos a fuertes presiones argumentativas y tenemos que redoblar o en su caso corregir nuestros puntos de vista.

Pese a todo, la distinción entre derechos fundamentales y derechos humanos no nos debe llevar a pensar que se trata de categorías separadas e incomunicadas. Todo lo contrario. De hecho, podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos *constitucionalizados*.

Pérez Luño pone un ejemplo que refleja con nitidez la diferencia entre el uso que le damos al concepto de derechos humanos y el que corresponde a la noción de derechos fundamentales: habría un amplio consenso en considerar que en el régimen del *apartheid* en Sudáfrica o en la dictadura de Pinochet en Chile se violaban “derechos humanos”; sin embargo, de acuerdo con el sistema jurídico de esos países, la detención sin causa o la segregación racial no eran actos violatorios de “derechos fundamentales”¹³⁰. Esos dos regímenes (y muchos otros que se han visto y se siguen viendo en tantos países) podrían ser denunciados como “violadores de derechos humanos”, pero no como violadores de “derechos fundamentales” en tanto que sus ordenamientos jurídicos internos no reconocían como tales una serie de derechos que a nosotros nos pueden parecer esenciales desde cualquier punto de vista.

Lo anterior no significa, desde luego, que en el estudio de los derechos fundamentales los juristas no deban tener en cuenta las perspectivas y argumentos que ofrecen otras ciencias sociales; por el contrario, una perspectiva multidisciplinaria

¹³⁰ Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, cit., pp. 47-48.

es muy recomendable para el estudio de los derechos fundamentales, siempre que se tenga presente que nuestra base metodológica tiene que partir de razonamientos y premisas estrictamente jurídicos.

¿Cómo definir a un derecho fundamental? No se trata, desde luego, de una cuestión sencilla. Como lo señala Carlos Bernal, “El concepto de derecho fundamental es una de las nociones más controvertidas en la doctrina constitucional europea de finales del segundo milenio y comienzos del tercero. Este concepto ha sido objeto de un sinnúmero de definiciones, acuñadas a partir de una gran variedad de perspectivas, cada una de las cuales acentúa ciertos rasgos específicos o enfatiza determinados matices o singularidades de esta figura jurídica”¹³¹.

Todo derecho fundamental está recogido en una “disposición de derecho fundamental”; una disposición de ese tipo es un enunciado previsto en la Constitución o en los tratados internacionales que por así decirlo “tipifican” un derecho fundamental¹³². Las disposiciones de derecho fundamental están previstas en “normas de derecho fundamental”, que son significados prescriptivos por medio de los cuales se señala que algo está ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental¹³³. Para decirlo en otras palabras, la disposición es un texto normativo que todavía no ha sido dotado de sentido, que todavía no ha sido interpretado; mientras que la norma sería el resultado de la interpretación del texto, que nos permitiría saber qué conductas están ordenadas, prohibidas o permitidas.

En términos generales, podemos decir que a partir de una norma de derecho fundamental se crea una relación jurídica compuesta por tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto de la relación. La calidad de los sujetos vendrá dada por un lado por la titularidad de derechos que asigne una norma; así por ejemplo, podrá ser sujeto activo del derecho a la educación toda persona, pero solamente lo será del derecho al voto quien sea mayor de 18 años y además posea la ciudadanía del Estado en el que reside habitualmente. Por otro lado, la calidad de sujeto vendrá determinada también por el tipo de enunciado que la norma de derecho fundamental contenga; así por ejemplo, el derecho a la vida podrá oponerse frente a todas las demás personas, con independencia de que sean particulares o autoridades, pero el derecho a un proceso judicial sin dilaciones solamente podrá oponerse a una autoridad, en tanto que los particulares no administran justicia.

¹³¹ *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003, p. 75.

¹³² Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 2002 (3ª reimpresión), p. 63.

¹³³ Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 77. La distinción entre “disposición” y “norma” puede verse en Guastini, Riccardo, *Dalle fonti alle norme*, Turín, Giappichelli, 1992, pp. 15 y ss.

También podrá resultar variable el tipo de relación jurídica de derecho fundamental dependiendo del objeto que busque proteger un derecho fundamental; así por ejemplo, si el objeto es la libertad del sujeto activo, es probable que la relación jurídica implique para el sujeto pasivo un deber de abstención, es decir una conducta omisiva, que no lesione la libertad del sujeto activo. Puede resultar también que si el objeto del derecho es la igualdad, se requiera del sujeto pasivo una conducta activa, por ejemplo para prestar el servicio público de salud, para construir viviendas o para impedir que unos particulares discriminen a otros en el acceso al transporte por carretera.

Tomando en cuenta lo anterior y considerando la pluralidad de conceptos y definiciones que existen de los derechos fundamentales, quizá lo mejor sea ofrecer solamente una de ellas, que nos permita comprender después el significado de los derechos dentro del sistema jurídico mexicano. Una de las mejores definiciones que se han realizado de los derechos fundamentales es la de Luigi Ferrajoli; tiene la ventaja de que, al tratarse de un concepto construido desde premisas de teoría del derecho, puede ser aplicable a cualquier ordenamiento jurídico positivo, y además resulta útil para comenzar a plantear algunos de los problemas que, ya no en la teoría sino en la práctica, tienen actualmente los derechos (por ejemplo en cuanto a su titularidad).

Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”¹³⁴. El propio autor aclara que por derecho subjetivo debe entenderse “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica”, mientras que por *status* debemos entender “la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

De esta definición conviene destacar tres elementos clave: se trata de a) derechos subjetivos; b) que son universalmente adscritos a todos en cuanto personas; y c) que pueden estar restringidos por no contar con el *status* de ciudadano o de persona con capacidad de obrar.

Vamos a examinar brevemente algunos aspectos de los elementos que componen el concepto de Ferrajoli. Antes, sin embargo, hay que recordar que se trata de una definición que, como ya se apuntaba, toma como criterio de análisis el de la teoría del derecho y que por tanto deberá ser complementado con los datos que proporciona la dogmática jurídica para estar en condiciones de saber, dentro de

¹³⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

un ordenamiento constitucional determinado, cuáles son los derechos fundamentales.

Es importante tener presente lo anterior porque el concepto de Ferrajoli hace referencia de lo que podríamos llamar “el contenido” de los derechos (un derecho subjetivo, su asignación universal, su restricción en algunos casos para los no ciudadanos o para quienes no tienen capacidad de obrar, etcétera), pero no nos señala que el carácter de fundamental de un derecho proviene —repito: desde el punto de vista de la dogmática jurídica— también de la fuente jurídica que lo establece (normalmente la Constitución o los tratados internacionales), lo cual tiene importantes repercusiones prácticas para su tratamiento normativo (por ejemplo, los derechos participan de la supremacía constitucional, no son disponibles para el legislador, requieren de una especial forma de interpretación constitucional, están tutelados por procedimientos especiales de protección, etcétera) y también, desde luego, para su análisis teórico.

Ferrajoli defiende el sentido de su definición argumentando, desde mi punto de vista con toda razón, que se trata de una definición realizada a partir de las premisas de la teoría del derecho y que, por lo tanto, se trata: a) de una definición *estipulativa*, ni verdadera ni falsa como tal, sino solamente más o menos adecuada a la finalidad explicativa de la teoría en relación con cualquier ordenamiento, cualesquiera que sean los derechos allí tutelados como fundamentales; y b) de una definición *formal*, esto es, dirigida a identificar los rasgos estructurales que, en función de dicha finalidad, convenimos en asociar a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos denotados por ella, cualesquiera que sean sus contenidos¹³⁵.

2. *Fundamento y niveles de análisis*

Una de las primeras cuestiones que deben ser estudiadas sobre el tema de los derechos fundamentales tiene que ver con su fundamento, es decir con su razón de ser. Las preguntas esenciales en este punto serían: ¿porqué necesitamos tener derechos fundamentales?, ¿cuáles podrían ser los criterios para considerar que ciertos derechos son o deben ser fundamentales y otros no?, ¿porqué asignamos a ciertas prerrogativas o pretensiones una protección reforzada, al considerarlos fundamentales, frente a otros derechos?¹³⁶

Las preguntas anteriores pueden ser contestadas desde varios puntos de vista. El más próximo a los estudios de carácter estrictamente jurídico diría que son

¹³⁵ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., p. 290.

¹³⁶ Para profundizar en la cuestión de los fundamentos, ver Ferrajoli, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit.

derechos fundamentales aquellos que están consagrados en la Constitución, es decir, en el texto que se considera como supremo dentro de un sistema jurídico determinado; por ese sólo hecho y porque el propio texto constitucional los dota de un estatuto jurídico privilegiado, sostendría esta visión, tales derechos son fundamentales.

Siendo esto cierto en parte, también es verdad que para cualquier observador resulta obvio que los derechos no han llegado ni automática ni mágicamente a los textos constitucionales. Los derechos están allí por alguna razón; razón (o mejor dicho, razones) que habría que rastrear en la historia, en la sociología, en la economía y en la política, no solamente en el interior de los fenómenos jurídicos. Reducir los derechos a su connotación jurídica, sin dejar de ser importante, significa aislarlos de una realidad que va más allá de los diferentes ordenamientos jurídicos que, tanto en la esfera interna de los Estados nacionales como en la de las relaciones internacionales, los han reconocido y protegido.

El estudio de los derechos tiene que distinguir, en consecuencia con lo anterior, varios planos de análisis, cada uno de los cuales intenta responder a preguntas diferentes¹³⁷.

- A) Uno, que se acaba de mencionar, es el que corresponde a la dogmática jurídica de acuerdo con el cual, se estudian los derechos fundamentales que están consagrados en los textos constitucionales o en algunos tratados internacionales. Desde este punto de vista la pregunta a contestar es la que ¿cuáles son los derechos fundamentales? La respuesta a esta pregunta se debe dar a través de la descripción de un determinado ordenamiento jurídico; así pues, se describirán la libertad de expresión del artículo 6 de la Constitución mexicana o la libertad de tránsito del artículo 11 de la misma Carta Magna.
- B) Un segundo nivel de análisis corresponde a la teoría de la justicia o también a la filosofía política; para este punto de vista lo importante es explicar la corrección de que ciertos valores sean recogidos por el derecho positivo como derechos fundamentales, así como justificar la necesidad de incorporar como derechos a nuevas expectativas o aspiraciones de las personas y grupos que conviven en la sociedad. La pregunta a la que se busca contestar en este nivel de análisis es ¿cuáles deben ser (o es justo que sean) los derechos fundamentales? Para responder a esta cuestión se deben ofrecer justificaciones y razones por las que se considera que deben ser derechos fundamentales el derecho a la igualdad, los derechos de libertad o los derechos de participación política, con independencia de que un determinado

¹³⁷ Sigo la exposición de Luigi Ferrajoli, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en la obra colectiva del mismo nombre, cit., pp. 289-291.

ordenamiento jurídico los recoja o no como derechos efectivamente tutelados por la Constitución.

- C) Un tercer nivel es el que corresponde a la teoría del derecho; dicha teoría tiene por objeto construir un sistema de conceptos que nos permita entender qué son los derechos fundamentales. La pregunta que se intenta resolver en este nivel de análisis es precisamente la de: ¿qué son los derechos fundamentales? Para dar contestación a esta pregunta se debe aportar una definición estipulativa de lo que son los derechos fundamentales; en cuanto tal, no será verdadera ni falsa, sino más o menos adecuada en virtud del rendimiento explicativo que tenga para entender lo que son los derechos fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico, cualquiera de que sean los derechos que en ese ordenamiento se prevean.
- D) Un cuarto nivel es el que atañe a la sociología en general y a la sociología jurídica en particular, así como a la historiografía; desde este punto de vista, la pregunta relevante es ¿qué derechos, con qué grado de efectividad, por qué razones y mediante qué procedimientos son y han sido, de hecho, garantizados como fundamentales? Se trata de estudiar el grado de eficacia que los derechos han tenido y tienen en la realidad, así como los factores que inciden en esa eficacia, los grupos sociales que presionan para que se creen nuevos derechos o aquellos que se oponen a los ya consagrados y así por el estilo. Para responder a esa pregunta, nos dice Luigi Ferrajoli, debemos aportar “respuestas empíricas susceptibles de argumentarse como verdaderas, no ya con referencia a las normas que confieren derechos en un determinado ordenamiento, sino a lo que, de hecho, ocurre o ha ocurrido en el mismo. A las luchas sociales y a los procesos políticos a través de los cuales tales derechos han sido, primero, afirmados y reivindicados, y luego, conquistados y consagrados como fundamentales en las leyes o en las constituciones. A las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de su implementación. Al grado, en fin, de tutela efectiva que, de hecho, les otorga el concreto funcionamiento del ordenamiento objeto de estudio”¹³⁸.

Hecha la anterior distinción entre los diversos niveles de análisis desde los que se puede emprender el estudio de los derechos, conviene hacer referencia a los conceptos y valores que justifican que tales derechos sean considerados como fundamentales.

En este punto pueden emplearse los distintos niveles de análisis que acabamos de mencionar; así por ejemplo, desde un punto de vista de la dogmática constitucional, la justificación para calificar a un derecho como fundamental se encuen-

¹³⁸ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, cit., p. 291.

tra en su fundamento jurídico, es decir, en el reconocimiento que hace un texto constitucional de ese derecho; desde un punto de vista de teoría de la justicia, el fundamento de un derecho se encontraría en las razones o en la justificación racional que puede existir para ese derecho; desde un punto de vista de teoría del derecho, un derecho fundamental encuentra su justificación para ser considerado como tal por reunir las características que se establecen en la definición teórica que se ofrezca de los derechos; finalmente, para el nivel de análisis sociológico o historiográfico, un derecho fundamental tendrá justificación en la medida en que se haya realizado en la práctica o haya tenido alguna relevancia histórica, es decir, siempre que no haya sido una pura entelequia o la mera disquisición de algún pensador, sin ninguna repercusión práctica.

Para una primera aproximación puede ser más interesante situarse en el segundo de los niveles de análisis ya mencionados, es decir, el que tiene que ver con la teoría de la justicia o con la filosofía política. Los filósofos de la justicia y los teóricos políticos discrepan en varios puntos cuando se trata de justificar los valores que demuestran o apoyan la cuestión de cuáles deberían ser los derechos fundamentales. Luigi Ferrajoli, por ejemplo, sostiene que es posible identificar cuatro criterios axiológicos que responden a la pregunta de qué derechos deben ser (o es justo que sean) fundamentales; estos criterios son la igualdad, la democracia, la paz y el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil¹³⁹.

En términos generales puede decirse que los derechos fundamentales son considerados como tales en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna; siguiendo a Ernesto Garzón Valdés podemos entender por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral¹⁴⁰.

Lo anterior significa que una persona puede no necesitar que el derecho a fumar sea un derecho fundamental ya que fumando o no fumando es posible que, en términos generales, pueda desarrollar de forma autónoma su plan de vida, pudiéndolo trazar por sí mismo y contando para tal efecto con un amplio abanico de posibilidades. Pero ese plan de vida y la capacidad de un individuo para llevarlo a la práctica se verán claramente afectados si el ordenamiento no contempla la libertad de tránsito o el derecho a la integridad física, ya que en ese caso la persona puede verse impedida de viajar adonde quiera o puede ser torturado o mutilado.

Lo que hay que enfatizar es que cuando hablamos de derechos fundamentales estamos hablando de la protección de los intereses más vitales de toda persona,

¹³⁹ *Idem*, pp. 314 y ss.

¹⁴⁰ Garzón Valdés, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, p. 531.

con independencia de sus gustos personales, de sus preferencias o de cualquier otra circunstancia que pueda caracterizar su existencia. Por eso se puede decir, como se va a explicar más adelante, que los derechos fundamentales deben ser universales, porque protegen bienes con los que debe contar toda persona, con independencia del lugar en el que haya nacido, de su nivel de ingresos o de sus características físicas.

Tomando en cuenta lo anterior, podemos decir que la cuestión del fundamento de los derechos fundamentales intenta responder a las siguientes preguntas: ¿porqué debemos proteger cierto bien como un derecho fundamental? ¿qué es lo que debemos tomar en cuenta para decidir qué bienes deben tener el rango de derechos fundamentales y cuáles deben ser considerados como derechos secundarios, como derechos que pueden pactar entre sí los particulares o de simples aspiraciones sociales o morales no respaldadas por la fuerza del sistema jurídico?

Los derechos humanos constituyen un tema demasiado relevante para la vida de las personas como para que se les pueda analizar desde una óptica exclusivamente jurídica. En buena medida, tales derechos representan hoy en día nuestro más objetivo parámetro para determinar qué es la justicia y qué sociedades son justas, o más o menos justas cuando menos¹⁴¹.

Por eso es que la comprensión de qué son los derechos humanos corresponde no solamente a la ciencia jurídica, sino también a muchas otras áreas del conocimiento dentro de las ciencias sociales.

Los fundamentos de los derechos humanos, en consecuencia con lo que se acaba de apuntar, no son únicamente los de carácter jurídico, sino también (y quizá de forma más determinante) los de carácter filosófico o teórico.

Los derechos humanos son tan importantes que se sitúan fuera del mercado y de los alcances de la política ordinaria. Esto significa que no puede existir una justificación colectiva que derrote la exigencia que se puede derivar de un derecho fundamental. Para decirlo en palabras de Ronald Dworkin, “los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga una pérdida o un perjuicio”¹⁴².

Respecto a este punto, Robert Alexy señala que “el sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamenta-

¹⁴¹ La bibliografía sobre este aspecto es bastante amplia, pero puede ser de gran utilidad consultar por ejemplo Dworkin, Ronald, *La justicia para erizos*, México, FCE, 2014 y, en una línea muy diferente, Sandel, Michael, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, Madrid, Debate, 2011.

¹⁴² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, p. 37.

ria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión de aquella...”¹⁴³.

Esto significa que, frente a un derecho humano, no pueden oponerse conceptos como el de “bien común”, “seguridad nacional”, “interés público”, “moral ciudadana”, etcétera. Ninguno de esos conceptos tiene la entidad suficiente para derrotar argumentativamente a un derecho humano. En todas las situaciones en las que se pretenda enfrentar a un derecho humano con alguno de ellos el derecho tiene inexorablemente que vencer, si en verdad se trata de un derecho humano.

Ni siquiera el consenso unánime de los integrantes de una comunidad puede servir como instrumentos de legitimación para violar un derecho fundamental, pues como señala Ferrajoli, “Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del Estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil”¹⁴⁴.

3. *Clasificación y tipos de derechos fundamentales*

Para realizar una clasificación de los derechos fundamentales y analizar sus distintos tipos se puede acudir a varias teorías o puntos de vista. Siguiendo los enfoques para el estudio de los derechos que se han expuesto más arriba, podemos decir que la clasificación de los derechos puede hacerse desde cuatro puntos de vista.

Desde una perspectiva de dogmática jurídica, los derechos fundamentales pueden clasificarse atendiendo al lugar en el que se ubican dentro del texto constitucional, o bien dependiendo del tipo de protección que se les otorga (por ejemplo, si son protegibles a través del juicio de amparo solamente o si su violación puede o no plantearse directamente ante un órgano administrativo), por mencionar dos posibles criterios a tomar en cuenta.

Desde un punto de vista de teoría de la justicia o de filosofía política, los derechos pueden clasificarse atendiendo al valor o al bien jurídico que protegen.

¹⁴³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 2002, p. 412.

¹⁴⁴ *Derecho y razón*, 10ª edición, Madrid, Trotta, 2011, p. 859.

Desde esta perspectiva puede hablarse de derechos de igualdad, derechos de libertad, derechos de participación democrática, etcétera. Este criterio, como es obvio, no choca con el anterior, ya que la misma terminología puede extraerse del derecho positivo, teniendo en cuenta el tipo de relación jurídica que la norma constitucional establece entre el sujeto titular del derecho y el sujeto obligado por el mismo.

Desde un tercer punto de vista, correspondiente a la teoría del derecho, los derechos pueden ser clasificados atendiendo a su estructura, es decir, justamente al tipo de relación jurídica que crean y a las posibilidades normativas (en sentido lógico, no en sentido jurídico positivo) que desarrollan.

Finalmente, desde una óptica de sociología del derecho o de historia de los derechos, se pueden adoptar una clasificación que permita dar cuenta de la evolución de los mismos. Esta es la visión que ha predominado tradicionalmente. A partir de un conocido ensayo de T.H. Marshall, se suele hablar de derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales como tres distintos momentos históricos que habrían conformado el núcleo actual de nuestros sistemas de derechos¹⁴⁵. Para algunos autores cada uno de estos tres tipos de derechos supondría una distinta “generación” de los mismos. La distinción entre ellos vendría dada por dos criterios fundamentales: su aparición en el tiempo y su régimen de tutela.

Sobre la idea de la aparición en el tiempo de los derechos, se suele proyectar una visión un tanto simplista según la cual los tipos de derechos se habrían ido acumulando progresivamente y de manera lineal; esa visión, sin embargo, no se corresponde con la realidad. Aunque como ya hemos visto, los derechos tienen un sentido histórico, no se puede sostener como una fórmula general que en todos los países se hayan establecido de forma progresiva primero los derechos civiles, luego los derechos políticos y finalmente los derechos sociales. Por el contrario, en algunos países primero fueron asegurados algunos derechos sociales (educación o salud) y con posterioridad se reconocieron derechos políticos (el derecho de voto para la mujer o para las personas de color).

El segundo criterio sobre el que se basa la clasificación en “generaciones de derechos” parece todavía más peligroso; para algunos autores, solamente los derechos de primera generación (las tradicionales libertades públicas) podrían ser garantizadas en la medida en que exigirían de las autoridades meras abstenciones, conductas de no hacer; los derechos políticos se encontrarían en una situación intermedia y los derechos sociales serían poco más que puras proclamaciones retóricas, ya que estarían por completo subordinados a la coyuntura económica y a las previsiones presupuestales que los poderes públicos pudieran realizar en cada periodo de tiempo.

¹⁴⁵ Marshall, T. H. y Bottomore, T., *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998 (el ensayo de Marshall fue originalmente escrito en 1950).

Aunque ha sido muy utilizada, creo que la teoría de las “generaciones” de derechos debe ser hoy en día abandonada, pues causa más confusión que otra cosa. Es particularmente negativa para el estudio en *clave normativa* de los derechos sociales y además simplifica una serie de acontecimientos históricos reales que no se parecen en nada a la visión lineal, uniforme e históricamente pacífica que pretende transmitir la teoría de las generaciones.

Dicha teoría podría ser mantenida solamente con fines pedagógicos, pues tiene la virtud de que pone de manifiesto que los derechos fundamentales no han aparecido de golpe ni estaban ya contemplados, tal como hoy en día los conocemos, en las primeras declaraciones de derechos y en los primeros textos constitucionales; como lo señalan Abramovich y Curtis, “la adscripción de un derecho al catálogo de derechos civiles y políticos o al de derechos económicos, sociales y culturales tiene un valor heurístico, ordenatorio, clasificatorio, pero... una conceptualización más rigurosa basada sobre el carácter de las obligaciones que cada derecho genera llevaría a admitir un *continuum* de derechos, en el que el lugar de cada derecho esté determinado por el peso simbólico del componente de obligaciones positivas o negativas que lo caractericen”¹⁴⁶.

La idea de las “generaciones” de derechos viene a reforzar, en este sentido, el marcado carácter histórico de los derechos, contribuyendo a debilitar las argumentaciones iusnaturalistas según las cuales los derechos fundamentales forman parte inmutable del patrimonio genético de la humanidad y, en consecuencia, siempre han estado allí, incluso antes de que los distintos grupos sociales decidieran positivizarlos en instrumentos jurídicos como los textos constitucionales.

Al margen de lo anterior, me parece que puede ser más interesante desarrollar una tipología con base en el segundo criterio o punto de vista, el de la teoría general de derecho, que nos permita comprender desde una aproximación conceptual qué tipo de relaciones jurídicas pueden establecerse por medio de los derechos fundamentales. Con ello, podremos contar con una herramienta de análisis que nos permita descomponer el contenido de cada artículo de la Constitución para concretizar sus efectos y señalar las conductas que establece a cargo de los particulares y de las autoridades.

Ya en un apartado precedente analizamos el concepto de derecho fundamental y lo hicimos a partir de la idea matriz de “derecho subjetivo”. Sin embargo, debemos reconocer que la visión tradicional del derecho subjetivo como una relación entre un sujeto facultado y un sujeto obligado no siempre se corresponde con la riqueza normativa que encontramos en los textos constitucionales; es decir, sostener que el derecho fundamental crea una relación jurídica entre una persona facultada y una

¹⁴⁶ Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 27.

persona obligada no nos dice mucho. Es necesario precisar los posibles tipos de relación jurídica que pueden surgir a partir de un derecho fundamental¹⁴⁷.

Un esquema que puede ser útil para nuestro objetivo es el que propone W. N. Hohfeld, que ha sintetizado muy atinadamente Manuel Atienza, haciendo varias modificaciones al planteamiento original. De acuerdo con Hohfeld, la relación jurídica de derecho fundamental tendría una modalidad activa (asignada al titular del derecho fundamental) y una modalidad pasiva (asignada al sujeto obligado por el derecho fundamental).

Las modalidades activas se podrían expresar a través de los cuatro siguientes conceptos: derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad. Por su parte, las modalidades pasivas se podrían expresar a través de otros cuatro conceptos, que son los siguientes: deber, no-derecho, incompetencia y sujeción.

Entre esas ocho figuras puede haber correlación (por ejemplo cuando un derecho de A tiene como consecuencia el establecimiento de un deber de B) u oposición (por ejemplo si decimos que A tiene un derecho frente a B para que realice la conducta X, entonces no podemos sostener que B tiene un no-derecho para llevar a cabo la conducta X)¹⁴⁸.

Cuando decimos que una persona tiene un derecho, lo que estamos diciendo es que esa persona está situada en uno de los cuatro conceptos —que se concretan en varias situaciones jurídicas posibles— a través de los que se expresa la modalidad activa. Cuando decimos que una persona está obligada por un derecho fundamental, lo que estamos diciendo es que esa persona está situada en uno de los cuatro conceptos —que también se concretan en varias situaciones jurídicas posibles— a través de los que se expresa la modalidad pasiva.

Atienza descompone cada una de las posibilidades en que se manifiestan los conceptos aplicables a la modalidad activa, a los que nos acabamos de referir.

Así por ejemplo, el *derecho subjetivo* puede ser de cuatro tipos:

A) Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, debe actuar de alguna forma) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es facultativa (es decir, A puede no exigir a B que realice la conducta X a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo que pone Atienza es el del derecho a la cultura (establecido por el artículo

¹⁴⁷ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de derechos humanos*, número 4, Madrid, 1986-1987, p. 31. Me basaré en este brillante ensayo de Atienza en las consideraciones que siguen.

¹⁴⁸ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, cit., p. 33.

44.1. de la Constitución española de 1978); ese derecho obliga a los poderes públicos a realizar acciones positivas, pero el titular del derecho no tiene porque exigir o colaborar con ellos en esas acciones¹⁴⁹.

- B) Cuando la conducta del sujeto obligado es de carácter positivo (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica que B debe hacer algo, como en el caso anterior) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A está obligado a realizar algún comportamiento para que B pueda satisfacer el derecho de A mediante la conducta X). El ejemplo que pone Atienza es el del derecho a la educación. En este caso el Estado debe realizar algunas conductas positivas (construir escuelas, contratar profesores, etcétera) pero para realizar el derecho puede exigirle al titular que también desarrolle una conducta (inscribirse en el curso correspondiente, asistir a las clases, pasar los exámenes). Se trata de los llamados “derechos-deber”; aunque pudiera parecerlo, no se trata de que el mismo sujeto tenga de forma simultánea un derecho y un deber respecto de una misma conducta, sino que se trata de dos conductas diferentes, aunque conectadas entre sí¹⁵⁰.
- C) Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica de B no haga algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es facultativa (es decir, A puede no exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo de pone Atienza en este caso es el derecho de propiedad, en donde la conducta de los obligados consiste, en una de sus facetas, en no invadir la propiedad del titular del derecho; pero ese titular puede permitir que otras personas utilicen su propiedad, prestando con ello el consentimiento para que la obligación omisiva que se desprende del derecho deje de existir¹⁵¹.
- D) Cuando la conducta del sujeto obligado consiste en un no hacer, en una omisión (es decir, cuando el derecho fundamental de A implica de B no haga algo, que no realice determinada conducta) y la conducta de A respecto de su propio derecho consistente en exigir, facilitar o colaborar con B para que realice X es obligatoria (es decir, A tiene el deber de exigir a B que se abstenga de realizar la conducta X, omisión a la que está obligado por un derecho fundamental del que A es titular). El ejemplo en este supuesto es el derecho

¹⁴⁹ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, cit., p. 37.

¹⁵⁰ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, cit., p. 37.

¹⁵¹ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, cit., pp. 37-38.

a no ser sometido a tortura o malos tratos; en este caso el consentimiento del afectado no puede darse, ya que la exigencia de la omisión de torturar es obligatoria para el titular del derecho.

Al concepto de libertad se le pueden aplicar los mismos razonamientos, cambiando simplemente los ejemplos¹⁵². En este caso, sobre el sujeto obligado será aplicable una norma que señale que tiene un *no-derecho* frente al sujeto titular de la libertad.

En cuanto al concepto de *potestad* también podemos identificar cuatro tipos distintos:

- A) Potestades de los particulares cuyo ejercicio es facultativo; el ejemplo en ese caso puede ser el derecho de voto o el derecho a contraer matrimonio¹⁵³. Los órganos públicos, como sujetos pasivos del derechos, serían destinatarios de una norma que establecería su sujeción a la voluntad del titular de la potestad.
- B) Potestades de los particulares cuyo ejercicio es obligatorio; se puede poner también el ejemplo del derecho de voto, en el caso en que la Constitución de un país disponga de el ir a votar es obligatorio para quienes cumplan con los requisitos necesarios¹⁵⁴.
- C) Potestades de los órganos públicos cuyo ejercicio es facultativo; Atienza reconoce que estos supuestos son en verdad excepcionales ya que las modernas declaraciones de derechos tienen por objeto limitar a los poderes públicos¹⁵⁵.
- D) Potestades de los órganos públicos cuyo ejercicio es obligatorio; en este caso los ejemplos son más numerosos. Una potestad de este tipo es proteger el medio ambiente, la salud de las personas, promover la readaptación social de quienes se encuentren privados de su libertad por haber cometido un delito, etcétera. El ejercicio de estas potestades puede a su vez hacer surgir derechos y deberes para los particulares.

Finalmente, el concepto de inmunidad se realiza cuando el titular de un derecho se encuentra a salvo de las conductas que puede realizar otro sujeto respecto del objeto de un derecho. Es decir, un sujeto A tiene una inmunidad frente a B cuando cualquier conducta de B no puede afectar, modificar o alterar el derecho X de A, ya que respecto de X el sujeto B es *incompetente*. Así por ejemplo, los poderes públicos no pueden afectar de forma retroactiva los derechos adquiridos de una persona; en este caso, la persona A que tenga un derecho adquirido X (por

¹⁵² Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, cit., pp. 38-40.

¹⁵³ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, cit., p. 40.

¹⁵⁴ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, cit., p. 40.

¹⁵⁵ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, cit., p. 40-41.

ejemplo un derecho de propiedad) no puede verse afectado en ese derecho por una conducta con efectos hacia el pasado de la autoridad B.

Resumiendo lo anterior podemos decir que una norma de derecho fundamental crea una relación jurídica entre un sujeto activo y un sujeto pasivo. Al sujeto activo esa norma le puede reconocer un derecho subjetivo, una libertad, una potestad o una inmunidad, dependiendo de la estructura lingüística de la norma. Al sujeto pasivo esa norma le puede asignar un deber, un no-derecho, una sujeción y una incompetencia. Cada una de estas ocho posibilidades puede tener con las demás dos tipos de relaciones: de correlación cuando son compatibles (un derecho subjetivo de A se corresponde con un deber jurídico de B; una inmunidad de A se corresponde con una incompetencia de B, etcétera) o de oposición (cuando A tiene la libertad de realizar la conducta X, pero a la vez tiene el deber de realizar X).

De lo que se acaba de decir puede desprenderse que cuando hablamos de que una persona tiene un derecho, en realidad nos podemos estar refiriendo a una serie compleja de relaciones jurídicas, que pueden materializarse, por ejemplo, en un derecho subjetivo que a su vez puede descomponerse en una serie también compleja de subtipos. La clasificación anterior, en consecuencia, nos puede servir para explicar la variedad de conductas posibles a que da lugar un derecho y las posiciones jurídicas que asumen el titular y el obligado por el mismo derecho.

Desde luego, en un solo derecho podemos encontrar (y casi siempre encontramos) más de uno de los tipos de relación jurídica que se acaban de exponer; es decir, en un mismo artículo constitucional se pueden crear para el titular del derecho fundamental derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades; del mismo modo, un único precepto constitucional puede establecer deberes, no-derechos, sujeciones e incompetencias¹⁵⁶.

La clasificación ofrecida, que intenta suministrar un punto de vista *estructural* de los derechos partiendo de postulados de teoría general del derecho, puede complementarse con otro tipo de clasificaciones que se suelen utilizar por los teóricos de la materia¹⁵⁷. Así por ejemplo, los derechos fundamentales pueden clasificarse en función del tipo de protección que reciben; en el caso mexicano algún analista podría clasificar los derechos atendiendo a la posibilidad de que sean o no protegibles solamente por medio del juicio de amparo o también por vías administrativas ante organismos como PROFECO, CONAPRED, CONAMED, PRODECON, etcétera.

Con independencia de la clasificación de los derechos que se adopte, del punto de vista del que se parta o de los aspectos que con esa clasificación se quieran

¹⁵⁶ Atienza, Manuel, "Una clasificación de los derechos humanos", cit., p. 43.

¹⁵⁷ Atienza, Manuel, "Una clasificación de los derechos humanos", cit., p. 42.

resaltar, es importante tener en cuenta que toda clasificación tiene un objetivo fundamentalmente teórico, si es que quiere contribuir a un mejor entendimiento de los derechos, o pedagógico, si es que quiere servir a una mejor transmisión de conocimientos de lo que son los derechos.

Ahora bien, en la práctica, los derechos no pueden disolverse en distintas categorías, perfectamente separadas e identificables. Esa separación no se puede llevar a cabo porque los textos de derecho positivo que recogen a los derechos con frecuencia no los clasifican según las ideas de la doctrina.

Además, es muy frecuente que, como ya se apuntaba, un mismo artículo y/o un mismo derecho contengan disposiciones que pueden encajar en varias tipologías; así por ejemplo, en un mismo artículo se puede establecer la *libertad* de enseñanza (que dará lugar, entre otras, a conductas de carácter omisivo de las autoridades para el efecto de no impedir el ejercicio de esa libertad a los particulares), junto al *derecho* a la educación como derecho social (que conlleva la obligación de las autoridades de realizar actos positivos como la construcción de escuelas, la contratación de maestros, la compra de materiales escolares, la publicación de libros de texto, etcétera).

Para decirlo en otras palabras: todos los derechos son indivisibles y dependen unos de otros en cierta medida. No son más importantes las libertades que los derechos sociales ni pueden jerarquizarse unas por encima de otros. No se puede defender la prioridad de los derechos de seguridad jurídica por encima de los derechos de participación política. No se puede separar los derechos de igualdad de los derechos de los pueblos indígenas y así por el estilo. Los derechos fundamentales, en la práctica, deben ser concebidos como un todo, con independencia de las clasificaciones que, repito, en el plano teórico o con finalidades pedagógicas se puedan crear.

Este criterio fue definitivamente consagrado en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la ONU y realizada en Viena en 1993. En la “Declaración y Programa de Acción de Viena” se señala que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (párrafo 5)¹⁵⁸.

¹⁵⁸ El texto de la Declaración y el Programa de Acción puede consultarse en Carbonell, Miguel, Moguel, Sandra y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos básicos*, 2ª edición, México, CNDH, Porrúa, 2003, tomo II, pp. 1311 y ss.

4. Sujetos y contenido esencial de los derechos

Derivado precisamente de los fundamentos que ya fueron expuestos en las páginas precedentes, podemos decir que los sujetos de los derechos humanos son todas las personas, en correspondencia con su característica de proteger los bienes más básicos y esenciales de cualquier ser humano.

Esa regla general es reconocida además por la mayor parte de los tratados internacionales en la materia y por muchos textos constitucionales. En el caso de México cabe recordar que el artículo 1 de la Constitución establece desde su primer párrafo que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. De esa manera, podemos afirmar que el sujeto de los derechos es el más amplio posible: toda persona.

Ahora bien, hay algunos derechos humanos cuya titularidad corresponde solamente a quienes sean ciudadanos de un determinado país. En México se requiere la ciudadanía para poder ejercer los llamados “derechos de participación política”, enunciados en el artículo 35 de nuestra Carta Magna. En muchos países democráticos se sigue manteniendo el obstáculo de la ciudadanía como requisito para el ejercicio de ciertos derechos, pese a que los fenómenos de la globalización y las migraciones masivas lo hacen cada vez más desaconsejable e injusto.

Por otra parte, los sujetos de los derechos se han ido especificando, en función de las distintas tareas o roles que desempeñan las personas a lo largo de su vida. Las primeras declaraciones de derechos se referían en general a los derechos de las personas o de los ciudadanos, pero las constituciones más recientes y los tratados internacionales ya abordan aspectos específicos de la vida de las personas, los cuales las pueden llegar a situar en una situación de vulnerabilidad.

De acuerdo con lo anterior, se habla actualmente ya no solamente de derechos de personas en general, sino de derechos de los trabajadores, campesinos, personas con discapacidad, niños, mujeres, pacientes, adultos mayores, etcétera.

También se ha producido una “especificación” en función del tipo de derechos, los cuales han ido tomando características más detalladas, en virtud precisamente de las nuevas necesidades que surgen en los estados constitucionales de derecho. Así es como se habla ya en muchos textos constitucionales del derecho al medio ambiente, del derecho al agua, del derecho a la alimentación, etcétera.

También se comienza a hablar de la posibilidad de añadir como nuevos derechos humanos el del acceso a internet o el derecho a la renta básica. Lo anterior demuestra que el debate sobre los derechos humanos y sus titulares es un debate abierto, en el que siguen existiendo muchas preguntas todavía sin respuesta.

Respecto de los sujetos de los derechos fundamentales, cabe hacer referencia no solamente a sus titulares, sino también a quienes resultan obligados a respetar

tales derechos. En este tema hay una tendencia actual que vale la pena destacar aunque sea escuetamente, dado el impacto notable que tiene en la protección integral de nuestros derechos. Se trata de lo siguiente.

Tradicionalmente, los derechos fundamentales se han concebido como posiciones jurídicas que los particulares podían oponer solamente a los poderes públicos. Esta idea es en gran parte deudora del contexto histórico en el que surge la idea de los derechos y de su posterior desarrollo doctrinal. Por lo que hace al contexto histórico, hay que recordar que las primeras declaraciones de derechos nacen como una reacción contra el “Estado absolutista”, contra los regímenes monárquicos que negaban a sus súbditos los más elementales derechos y que ejercían el poder de manera despótica; el enemigo a vencer en ese entonces, a finales del siglo XVIII, era el aparato estatal y lo que se intentaba proteger era la sociedad civil.

Para esta visión, por tanto, no era concebible que las amenazas a los derechos pudieran venir justamente de la arena de los propios oprimidos, es decir, de los particulares. En este contexto, resulta comprensible que las primeras declaraciones de derechos pusieran un énfasis muy significativo en los derechos de libertad entendidos como esferas de los particulares inmunes frente a todo tipo de actuación estatal.

Este esquema tradicional es explicado y desarrollado por la que se conoce como “teoría liberal” de los derechos, según la cual cada persona tiene protegida una esfera intraspasable para los poderes públicos que le asegura la posibilidad de conducirse como lo prefiera en muchos ámbitos de su existencia.

Para la teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad que el individuo tiene frente al Estado. Esto significa que el individuo tiene asegurada una esfera propia en la que el Estado, entendido según la experiencia histórica como la mayor amenaza para los derechos, no puede entrar. Se trata de un ámbito vital anterior al Estado, no constituido por ninguna norma jurídica; el ordenamiento lo único que puede hacer es reconocer los alcances de esa esfera pre-existente. Los derechos de libertad se entienden también como normas que distribuyen competencias entre el Estado y los individuos, señalando en cada caso lo que puede y lo que no pueden hacer.

La teoría liberal tiene fuertes vínculos con el iusnaturalismo, en tanto que concibe realidades jurídicas pre-existentes al Estado y oponibles al mismo. Como lo señala Carlos Bernal, en la óptica de la teoría liberal los derechos fundamentales “aseguran a la persona una competencia exclusiva para elegir dentro de su órbita más íntima, para escoger, sin intervenciones de lo público, cuáles son los cursos de acción a emprender: hacia dónde moverse, qué pensar, qué decir, qué escribir, en qué creer, y la integridad de sus bienes intangibles más preciados —de su cuerpo, de su imagen, de su honor— y de sus posesiones y pertenencias. Se trata de dere-

chos reaccionales, derechos de defensa o de rechazo de las injerencias extrañas en los campos privados del individuo”¹⁵⁹.

La teoría liberal, como su nombre lo indica, pone el acento en los derechos de libertad como derechos oponibles frente al Estado, como *derechos-barrera* que el individuo puede hacer valer frente al Estado y que lo pueden defender frente a intromisiones de los poderes públicos.

Pedro de Vega apunta que la teoría clásica de los derechos fundamentales fue planteada “desde las hipotéticas tensiones entre el individuo y el Estado, entendiéndose que era sólo el poder estatal el que podía conculcarlos. Hablar desde esas perspectivas de un recurso de amparo frente a posibles lesiones de los derechos fundamentales producidas por los particulares sujetos de derecho privado no pasaría, por lo tanto, de constituir un fenomenal despropósito”¹⁶⁰. El mismo autor agrega, para demostrar la insuficiencia de la teoría jurídica tradicional en este punto, la siguiente afirmación: “...la coherente y armónica construcción en la que cimentó su estructura el edificio jurídico liberal fue patéticamente destrozada por la historia”¹⁶¹.

Con el paso del tiempo los análisis de los derechos fundamentales se han ido haciendo más refinados, lo que ha conllevado el abandono de algunas ideas tradicionales. Esta evolución ha permitido, entre otras cuestiones, poner de manifiesto las insuficiencias y limitaciones de la teoría liberal de los derechos, como ya lo apuntaba Pedro de Vega en la frase que se acaba de transcribir.

Por un lado, hoy en día se entiende que, en efecto, muchas amenazas a los derechos siguen viniendo de los poderes públicos, pero que también son estos mismos poderes los únicos que pueden contribuir a la satisfacción de muchos de nuestros derechos fundamentales; es decir, hoy en día el Estado no es visto tanto o tan sólo como un enemigo de los derechos sino como un aliado de la sociedad en la consecución de los mismos, siempre que se trate de un Estado democrático desde luego.

Así por ejemplo, es obvio que la realización práctica de los derechos sociales (educación, vivienda, salud, trabajo, menores de edad, personas adultas mayores, personas con discapacidad, etcétera) no puede quedar librada a lo que dispongan o quieran hacer las fuerzas de la sociedad civil, dominadas en muy amplia medida por la lógica del mercado (oferta, demanda, rendimientos, ganancias, intereses,

¹⁵⁹ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 254.

¹⁶⁰ De Vega, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)” cit., pp. 693-694.

¹⁶¹ De Vega, Pedro, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la *drittwirkung der grundrechte*)” cit., p. 694.

etcétera); en estos ámbitos, el interés general de la sociedad requiere de una acción amplia y decidida por parte del Estado, que se viene a convertir en el garante de los derechos.

Por otro lado, también nos hemos dado cuenta que no todo lo que se puede clasificar dentro del rubro “sociedad civil” es positivo para los derechos. Por el contrario, hoy en día muchas amenazas a nuestros bienes básicos provienen no tanto de la acción del Estado como de la actuación de otros particulares (con frecuencia amparados por la complicidad de las autoridades, como suele suceder en el caso de México)¹⁶².

Pensemos por ejemplo en el derecho a un medio ambiente sano; ¿quién tiene mayor capacidad de destrucción del ambiente las autoridades o las grandes empresas? Podemos poner un ejemplo distinto sobre el derecho a la igualdad: ¿la discriminación en nuestras sociedades —la exclusión de una persona por tener un determinado color de piel, por ser mujer, por pertenecer a un pueblo indígena, por tener una discapacidad— se produce solamente por la acción de los órganos públicos o también por los particulares? ¿cuando una persona se niega a alquilarle una vivienda a otra esgrimiendo como motivo las creencias religiosas del solicitante o cuando una mujer es despedida de su trabajo en una empresa por estar embarazada estamos o no frente a una discriminación y, en consecuencia, frente a una violación de derechos fundamentales realizada por particulares?

Podemos añadir algunos elementos más que acreditan la insuficiencia de la visión liberal tradicional de los derechos fundamentales, elementos que son “contextuales”, por llamarlos de alguna manera. Por ejemplo, debe tenerse en cuenta el creciente poder de las corporaciones en nuestras sociedades. Las corporaciones y su absoluto dominio de esferas completas de la actividad económica (en régimen de monopolio o de oligopolio) han pulverizado el mito de la “autonomía de la vo-

¹⁶² Sobre este punto Diego Valadés afirma que “El Estado representó una amenaza real para la libertad y la autonomía de las personas; pero hoy los individuos se encuentran expuestos a un doble fuego: el del Estado y el de otros particulares. El poder de éstos se ha dilatado casi en la proporción en que las potestades públicas han disminuido”, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, SCJN, 2005, p. 8. En palabras de Juan María Bilbao, “Los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público. Y esto no es retórica, como insinúan algunos. No sólo son temibles por su capacidad para imponer su propia voluntad en el marco de una concreta relación jurídica, sino que pueden resultar incluso más peligrosos que los públicos, ya que gozan en ocasiones de una relativa impunidad, que se ve favorecida por las dificultades existentes para articular un sistema incisivo de control (basta pensar en la problemática fiscalización de la actividad interna de los partidos políticos o de los sindicatos)”, Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, BOE, 1997, p. 243.

luntad”, según el cual las relaciones entre particulares estarían significadas por un acuerdo entre personas situadas en un plano de igualdad que gozaban de amplios márgenes de libertad para celebrar acuerdos conforme a sus mejores intereses¹⁶³.

Hoy en día es obvio que los particulares difícilmente pueden oponerse a las propuestas contractuales que muchas corporaciones presentan en forma de “contratos de adhesión”, es decir, como acuerdos de voluntad en los que las cláusulas están dictadas por una de las partes y la otra solamente tiene la opción de aceptarlas o quedarse sin un servicio público de interés general. Pensemos en los casos de los servicios de telefonía, agua potable (en aquellas comunidades en los que este servicio público esté concesionado a empresas particulares, como sucede en varios municipios de México¹⁶⁴), gas doméstico, etcétera.

Lo anterior está reconocido, por ejemplo, en la Constitución de Portugal de 1976, cuyo artículo 18.1 señala: “Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vincularán a las entidades públicas y *privadas*”.

Otros textos constitucionales prefieren reconocer la procedencia de acciones judiciales (de amparo o de un tipo parecido) por actos de particulares que presuntamente violen derechos fundamentales. Este es el caso de la Constitución de Argentina, que luego de la reforma integral de 1994, dispone en su artículo 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o *de particulares...*”¹⁶⁵. Disposiciones parecidas se encuentran en un buen número de las Constituciones de las provincias que integran el Estado argentino¹⁶⁶.

En sentido parecido, la Constitución de Colombia de 1991 establece en el último párrafo de su artículo 86 que “La ley establecerá los casos en que la acción

¹⁶³ “Detrás de estos supuestos de concentración o monopolización del poder social, económico o informativo... se esconde la privilegiada posición de ciertos individuos u organizaciones cuyo predominio anula o compromete gravemente ese mínimo de libertad e igualdad que constituye el presupuesto de la autonomía privada”, Bilbao Ubillas, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, cit., p. 244.

¹⁶⁴ Y peor todavía: cuando un sujeto abusa de una posición dominante para cortar ilegalmente el suministro de agua de una o varias viviendas; la Corte Constitucional colombiana resuelto algún procedimiento de acción de tutela sobre un supuesto de este tipo. Al respecto, Cifuentes, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, México, IIJ-UNAM, 1998, p. 34.

¹⁶⁵ El segundo párrafo de este artículo señala que “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación...”.

¹⁶⁶ La enumeración de las mismas puede verse en Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., pp. 22-23.

de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o de indefensión”. La mejor doctrina constitucional colombiana ha señalado que, pese al avance que este precepto representa, en realidad confía el tema de la eficacia horizontal a la competencia del legislador, lo cual pone de manifiesto lo excepcional que es la oposición de los derechos fundamentales frente a los particulares¹⁶⁷.

Con todo, el artículo 86 de la Constitución colombiana es interesante porque a pesar de que se dirige en primer término a una cuestión procesal (referida a la procedencia de la acción de tutela), en realidad incide también en aspectos sustantivos cuando enumera algunos casos específicos, que sin duda tienen una alta relevancia para la aplicación horizontal de los derechos fundamentales.

En efecto, que los derechos fundamentales puedan hacerse valer frente a particulares que prestan servicios públicos es un tema de la mayor importancia a la luz de los grandes procesos de privatización de servicios públicos que se han dado en muchos países de América Latina, incluyendo el caso de México¹⁶⁸.

Suele suceder que los Estados se reserven la titularidad de algún servicio público, pero trasladen a los particulares su prestación; en estos casos, si bien formalmente se trata de simples particulares, los derechos fundamentales deben valer debido a la función de interés público que llevan a cabo —por un lado— y debido a las medidas que pueden desarrollar frente a otros particulares, respecto de las cuales sería muy ingenuo pensar que se dan relaciones simétricas e iguales entre los sujetos involucrados.

Regulaciones semejantes a las de Argentina y Colombia pueden encontrarse en otros textos constitucionales de América Latina, como los de Bolivia, Chile, Ecuador, Paraguay y Perú¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad del Externado, 2000, pp. 229-230. El desarrollo legislativo del artículo 86 fue realizado por medio del Decreto Ley 2591 de 1991, que a la postre fue declarado parcialmente inconstitucional, debido a que limitaba algunos de los supuestos señalados por el precepto de la Constitución.

¹⁶⁸ Ingo Von Münch sostiene que “La privatización de los servicios públicos, por ejemplo telecomunicaciones o universidades, reducirá el ámbito de aplicación del derecho público y, simultáneamente, ampliará el ámbito de aplicación del derecho privado. En la misma proporción, se expandirá la *drittwirkung*”, “*Drittwirkung* de derechos fundamentales en Alemania” en Salvador Coderch, Pablo (coordinador), *Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada*, Madrid, Civitas, 1997, p. 32.

¹⁶⁹ Valadés, Diego, *La protección de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit., pp. 28-29; Fix Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª edición, México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 788.

Pasemos ahora a revisar de forma breve el concepto del “contenido esencial” de los derechos, que también es indispensable para conocerlos mejor.

El contenido esencial de los derechos fundamentales es un elemento conceptual que permite reforzar el sentido normativo de los preceptos constitucionales que establecen ese tipo de derechos¹⁷⁰.

Se basa en la idea de que una Constitución normativa obliga al legislador y en general al resto de los poderes públicos a respetar el contenido de todos los preceptos constitucionales, pero además, en materia de derechos fundamentales, se ha buscado subrayar o reforzar esta idea recordando que en toda circunstancia la legitimidad de la actuación estatal —entendida en sentido amplio— que incida sobre los derechos fundamentales requiere que siempre deje a salvo su “contenido esencial”.

La cláusula del contenido esencial fue originalmente reconocida en la Constitución alemana de 1949, cuyo artículo 19 dispone: “1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de ella, dicha ley tendrá validez general y no sólo para un caso particular, y especificará además el derecho de que se trate, indicando el artículo correspondiente. 2. En ningún caso se podrá afectar al **contenido esencial** de un derecho fundamental”¹⁷¹. En sentido parecido, el párrafo tercero del artículo 18 de la Constitución portuguesa de 1976 señala que: “Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deberán revestir carácter general y abstracto y no podrán surtir efectos retroactivos ni reducir la extensión ni el ámbito del **contenido esencial** de preceptos constitucionales”. En la misma línea, la Constitución española de 1978 ordena en su artículo 53.1 que: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su **contenido esencial**, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”¹⁷².

Ese contenido esencial de los derechos no es más que la parte que resulta definitoria o identificadora del significado que un derecho tiene en nuestra cultura

¹⁷⁰ La explicación clásica sobre la cláusula del contenido esencial se encuentra en Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, trad. de Carlos Ramos, Lima, 1997.

¹⁷¹ Algunos comentaristas de este precepto lo han vinculado con la experiencia nazi y han dicho que su objetivo fue evitar que el legislador pudiera operar “en el vacío” cuando regulase los derechos; Freixes Sanjuán, Teresa, “Contenido esencial de los derechos fundamentales” en Aragón, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, tomo III, p. 134.

¹⁷² Una interpretación muy completa de este precepto y de sus alcances puede verse en Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999. También son importantes las reflexiones de Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 217 y ss.

jurídica, y cuyo sacrificio lo desnaturalizaría o alteraría de tal manera que lo haría irreconocible. En otras palabras, el “contenido esencial” de un derecho fundamental se identifica como su “núcleo duro”, el cual nunca puede ser restringido, afectado o alterado, ni aún en el caso de que el legislador considere que existen buenas razones para hacerlo. Esto implica entre otras cuestiones que ni siquiera haciendo una interpretación basada en la “ponderación” de bienes constitucionales puede ser afectado un derecho fundamental en su contenido esencial.

Diversos tribunales de otros países han utilizado la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales en sus pronunciamientos jurisdiccionales. Así por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha sostenido que

“Constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.... Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De ese modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección” (sentencia 11/1981, fundamento jurídico 8).

La noción de “contenido esencial” vuelve hasta un cierto punto superflua la muy socorrida y con frecuencia mal aplicada categoría de “derechos de configuración legal”¹⁷³, la cual se puede aplicar a todos los derechos siempre y cuando convengamos en las siguientes estipulaciones:

- a) Todos los derechos son derechos de configuración legal en la medida que pueden ser objeto de “regulación” por parte del legislador. Esto se aplica incluso en el caso de aquellos derechos que aparentemente solo requieren de abstenciones por parte del Estado (inviolabilidad del domicilio, libertad de expresión, libertad de tránsito, etc.).
- b) La configuración legal puede incidir en las “modalidades de ejercicio del derecho”, siempre y cuando no afecte el contenido esencial. La ley sería una especie de instrumento potenciador y garante del ejercicio del derecho.
- c) La configuración legal será más amplia en el caso de que la Constitución haya hecho una remisión expresa al legislador en alguno de sus preceptos.

¹⁷³ Para una visión panorámica sobre el significado de este tipo de derechos ver Requejo Pagés, Juan Luís, “Derechos de configuración legal” en Aragón, Manuel (coordinador), *Temas básicos de derecho constitucional*, cit., tomo III, pp. 134-136.

- d) La configuración legal no es una condición necesaria para el ejercicio del derecho en su conjunto; en otras palabras, la inactividad del legislador no es suficiente para desarmar el contenido normativo del derecho.
- e) La configuración legal no puede convertirse en una restricción del derecho fundamental en cuestión, a menos que dicha restricción tenga fundamento en alguna norma, valor o bien protegido constitucionalmente. En ese caso la restricción tendrá que ser proporcional. El principio de proporcionalidad se divide en tres sub-principios¹⁷⁴: a) el subprincipio de idoneidad¹⁷⁵, también conocido como subprincipio de adecuación, según el cual toda intervención legislativa o judicial sobre un derecho fundamental debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo (la finalidad debe tener anclaje constitucional); b) subprincipio de necesidad¹⁷⁶, según el cual toda medida de intervención sobre un derecho fundamental debe ser la más benigna de entre todas aquellas que revistan por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo previsto; c) subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto¹⁷⁷, según el cual la importancia de la intervención sobre un derecho fundamental se justifica solamente en virtud de la importancia del fin que persigue la medida (las ventajas de la medida deben ser suficientes como para compensar el sacrificio del derecho, que nunca podrá llegar hasta la afectación del contenido esencial).

5. Características

El párrafo tercero del artículo 1 de la Constitución mexicana señala algunas de las características de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. A partir de tales principios las autoridades de todos los niveles de gobierno tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos.

La universalidad de los derechos se refiere sobre todo al tema de sus titulares. Como ya se dijo, serán universales en el mayor grado posible todos los derechos cuyos titulares sean las personas sin más, con independencia de su lugar de na-

¹⁷⁴ La mejor explicación de este principio en lengua castellana, hasta donde mi información alcanza, es la de Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit.

¹⁷⁵ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 687.

¹⁷⁶ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 734.

¹⁷⁷ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 757.

cimiento, circunstancias personales o características físicas o psicológicas. Si los derechos en efecto protegen bienes básicos, entonces es lógico que estén garantizados para todos los seres humanos del planeta sin excepción, quienes siempre estarán necesitados de disfrutar de ese tipo de bienes.

La interdependencia y la indivisibilidad de los derechos significan que su disfrute debe darse de forma conjunta. La violación de un tipo de derechos supone la violación o el grave condicionamiento del disfrute de los demás. Por ejemplo, si no hay libertad de expresión, no se podrán ejercer plenamente los derechos de participación política. Si no hay una adecuada tutela del derecho a la salud, se pondrá en cuestión el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Y así sucesivamente.

Además, la indivisibilidad de los derechos busca subrayar que no hay “derechos de primera” y “derechos de segunda”, sino que la categoría de los derechos es única, con independencia de la forma en que deban ser cumplidos o realizados, o del tipo de obligaciones que desplieguen frente a las autoridades o frente a los particulares.

La progresividad de los derechos significa que los esfuerzos del Estado en la materia deben darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de manera que se logre una “mejora continua de las condiciones de existencia”, como lo ordena por ejemplo el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De la característica de la progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos.

6. Obligaciones y deberes

Como ya se dijo, el artículo 1 constitucional establece —en su párrafo tercero— la obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

La obligación de promover los derechos supone que el estado utilice todos los instrumentos a su alcance para recogerlos debidamente en el ordenamiento jurídico interno e internacional, pero que también los difunda entre la población a fin de que sean conocidos y, en esa medida, puedan ser protegidos debidamente. La promoción de los derechos, en consecuencia con lo anterior, supone que las autoridades lleven a cabo medidas educativas, administrativas, judiciales, legislativas, de políticas públicas, etcétera, para maximizar hasta donde sea posible tanto el conocimiento sobre los derechos, como su más pleno ejercicio.

La obligación de respetar significa que el Estado —lo que incluye a todos sus organismos y agentes, sea cual sea el nivel de gobierno en el que se encuentren y sea cual sea la forma de organización administrativa que adopten— debe abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o ponga en riesgo sus libertades y derechos; lo anterior incluye el respeto del Estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacer estos derechos por los medios que consideren más adecuados.

La obligación de proteger significa que el Estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos fundamentales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo podría ser la creación de procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa), sino también esquemas de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan hacerse con el control de los recursos necesarios para la realización de un derecho.

La obligación de cumplir o realizar (también llamada obligación de “garantizar”) significa que el Estado debe adoptar medidas activas, incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos cuando no puedan hacerlo por sí mismos. Adicionalmente, el Estado debe crear todos los medios de protección de los derechos, tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional. Todos los derechos, sin excepción, deben ser en alguna medida justiciables, lo que significa que cualquier persona debe tener el derecho de acudir ante un juez o tribunal en caso de que uno de sus derechos sea lesionado.

Además de lo que ya se ha señalado, el párrafo tercero del artículo 1 constitucional señala que las autoridades tienen el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

La prevención de las violaciones a los derechos se puede dar en varios ámbitos y niveles. Desde luego, se deben difundir los derechos y su contenido, de forma que tanto autoridades como particulares conozcan lo que señalan la Constitución y los tratados internacionales. El conocimiento y difusión de los derechos es una valiosa herramienta para prevenir su posible violación.

Por otra parte, hay que capacitar a los agentes de la autoridad de forma que puedan llevar a cabo las tareas que les encomienda la ley de forma respetuosa con los derechos.

Una tercera forma de prevención reside en la creación o (en su caso) mejoramiento de los mecanismos internos de supervisión y seguimiento en los propios órganos públicos. Cuando un funcionario sabe que está siendo vigilado de cerca y que todos sus actos deben pasar por un escrutinio y supervisión, se cuida mucho más en lo que hace.

Lo que debe quedar claro es que la mejor política para tutelar los derechos humanos es la que enfatiza las tareas de prevención respecto de sus posibles violaciones. Todo el dinero que se invierta en prevenir tales violaciones va a estar muy bien gastado, no solamente por la importancia que el respeto de los derechos tiene respecto del carácter democrático de cualquier país, en beneficio incluso de su gobernabilidad, sino también porque ese gasto será en realidad un ahorro (en caso de que sea efectivo), si tomamos como parámetro los enormes gastos que derivan de una violación de derechos humanos (gastos para la víctima directa, para sus familiares y desde luego para el Estado).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales... Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado” (*Caso Velázquez Rodríguez*, sentencia de fecha 29 de julio de 1988, párrafo 175).

El deber de investigar las violaciones de derechos humanos supone que el Estado (en todos sus niveles de gobierno) tiene que crear una institucionalidad suficiente para poder responder frente a un acto violatorio de derechos humanos, lo que entre otras cuestiones incluye:

- a) realizar las pesquisas que sean necesarias para individualizar el acto en cuestión;
- b) pormenorizar las circunstancias en que fue cometido; e
- c) individualizar a los responsables y ponerlos a disposición de la autoridad competente para efecto de que sean debidamente sancionados.

Lo anterior se materializa por medio de la existencia de instancias gubernamentales que estén listas para recibir denuncias y quejas, que estén abiertas a toda hora (o bien que sus responsables puedan ser localizados a toda hora, aunque la oficina en cuestión no permanezca abierta), y que estén geográficamente al alcance de cualquier persona bajo ciertos parámetros de razonabilidad.

Sobre el deber de investigar las violaciones de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “El estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.

Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención” (*Caso Velázquez Rodríguez*, párrafo 176).

La Corte Interamericana entiende que el deber de investigar supone “una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado” (*Caso Velázquez Rodríguez*, párrafo 177).

La falta de una correcta investigación por parte de las autoridades mexicanas se puso claramente en evidencia en el paradigmático caso “González y otras contra México (Campo Algodonero)”, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de noviembre de 2009. En ese caso se ventiló la violación gravísima de los derechos humanos de tres mujeres que habitaban en el Municipio de Ciudad Juárez (Chihuahua), que derivó en su fallecimiento.

La Corte Interamericana documentó puntualmente en la sentencia la falta de diligencia por parte de las autoridades locales y federales encargadas de la investigación. Se trató de una serie de negligencias que seguramente no sorprenden a nadie que esté familiarizado con el sistema penal mexicano, pero que cuando se ven agrupadas y narradas de forma sistemática por parte de un tribunal internacional, no pueden dejar de generar una enorme zozobra. A partir de la actuación negligente en grado extremo de las autoridades mexicanas, la Corte ofrece como conclusión un párrafo que no tiene desperdicio, en el que se señala lo siguiente:

Las irregularidades en el manejo de evidencias, la alegada fabricación de culpables, el retraso en las investigaciones, la falta de líneas de investigación que tengan en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en el que se desarrollaron las ejecuciones de las tres víctimas y la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su supuesta negligencia grave, vulneran el derecho de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares y de la sociedad a conocer la verdad de lo ocurrido. Además, denota un incumplimiento estatal de garantizar, a través de una investigación seria y adecuada, los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal de las tres víctimas... Esta ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada como parte del diario vivir... (párrafo 388).

La reparación de las violaciones de derechos humanos es la consecuencia de que se haya verificado un hecho ilícito. Dada una violación, los responsables directos e indirectos deben proceder a repararla. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “[l]a reparación es el término genérico que comprende las distintas formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido.” (Caso *Garrido y Baigorria versus Argentina*, sentencia del 27 de agosto de 1998, párrafo 41).

La reparación que en cada caso se determine debe ser idónea y congruente. La idea es que las medidas reparatorias sean adecuadas respecto de la naturaleza y los efectos producidos por la violación. Tomando en cuenta el tipo de afectación de que se trate, se determinarán las oportunas medidas reparatorias.

El deber de reparar debe ser entendido en el sentido más amplio posible, sin que se pueda limitar a una indemnización económica. La reparación debe ser integral. Al respecto la Corte Interamericana ha señalado que “[l]os modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etcétera.... La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos” (Caso *Garrido y Baigorria versus Argentina*, cit., párrafo 41).

7. La interpretación de los derechos

La interpretación jurídica es uno de los grandes temas de la ciencia jurídica contemporánea. Sería muy difícil intentar hacer aunque fuera un resumen de los múltiples aspectos que están en juego en materia de interpretación jurídica en general y de interpretación constitucional en particular. En lo que sigue nos limitaremos a dar algunas indicaciones muy superficiales, intentando aportar reflexiones específicas que sirvan para una mejor interpretación de los derechos fundamentales, que es un campo especialmente fértil para el análisis jurídico.

Para comenzar el estudio de la interpretación de los derechos fundamentales debe señalarse que, en la medida en que tales derechos están incorporados en normas jurídicas, se les deberán aplicar en lo que sea posible los criterios interpretativos tradicionales¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Al respecto, Rodríguez Toubes, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 189.

En este sentido, para interpretar los derechos fundamentales se pueden tomar en cuenta los siguientes métodos generales de la interpretación jurídica:

- Criterio lógico, según el cual hay que entender las normas de derecho fundamental como si fuesen consistentes con las demás normas constitucionales¹⁷⁹; el intérprete no puede representar el texto constitucional como una serie de enunciados ilógicos, sino que debe proceder de tal forma que se advierta una cierta coherencia normativa. Esto no evita, ni el intérprete puede tampoco contribuir a disimularlo, que entre las normas constitucionales que contemplan derechos fundamentales pueda haber contradicciones o tensiones, en cuyo caso se tendrán que tomar en cuenta criterios hermenéuticos adicionales, como lo son la ponderación o la proporcionalidad, a los que nos referiremos más adelante.
- Criterio sistemático, según el cual hay que considerar a la Constitución como una unidad, de manera que el intérprete debe enlazar las normas de derechos fundamentales entre sí¹⁸⁰, descubriendo su sentido y alcances en relación con el sentido y alcances del resto del texto constitucional. El derecho fundamental debe ser contextualizado en el conjunto de la Constitución para lograr su adecuada interpretación.
- Criterio gramatical o filológico, según el cual debe atenderse al significado lingüístico contenido en las normas de derechos fundamentales¹⁸¹. La interpretación lingüística, sin embargo, no se debe limitar al significado que nos ofrecen los diccionarios, sino que comprende también —de forma más amplia— el significado que la cultura y la tradición jurídicas le dan a cierto término; igualmente, el significado lingüístico puede ser conocido a través de lo que se haya establecido en sentencias que constituyan precedentes obligatorios, en sentencias de tribunales de otros países y por el resto de órganos encargados de aplicar el derecho, incluyendo desde luego los significados lingüísticos individualizados por los teóricos de los derechos fundamentales.
- Criterio histórico, según el cual hay que intentar precisar el sentido que a una determinada norma de derecho fundamental le dio el poder constituyente o el poder reformador de la Constitución. La reconstrucción de la voluntad constituyente se puede realizar por medio de los debates parlamentarios, de las exposiciones de motivos que fundamentaron determinadas iniciativas de reforma, o por la legislación histórica sobre la materia. Debe notarse, sin embargo, que cuando se habla de investigar la “voluntad del

¹⁷⁹ Rodríguez Toubes, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, cit., p. 190.

¹⁸⁰ Rodríguez Toubes, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, *idem*.

¹⁸¹ Rodríguez Toubes, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, *idem*.

constituyente” en realidad se alude a una ficción¹⁸², puesto que esa voluntad no puede ser otra que el propio texto constitucional; además, las asambleas constituyentes democráticas suelen ser muy plurales, por lo que intentar precisar una “voluntad unitaria” es una tarea prácticamente imposible de realizar.

Pese a lo anterior, debe señalarse que la interpretación de carácter histórico dirigida fundamentalmente a conocer la voluntad del poder constituyente no puede utilizarse de forma prevalente frente a otros métodos hermenéuticos; esto es importante ya que ha existido una cierta corriente interpretativa en nuestros tribunales según la cual lo importante no es lo que realmente dicen las normas, si no “lo que quisieron decir” sus autores. Si se acepta este punto de vista (privilegiando la supuesta *voluntas legis* por encima del propio texto) se abre la puerta a cualquier tipo de excesos y arbitrariedades, dando lugar con ello, como lo demuestran una cantidad considerable de ejemplos que podrían citarse, a la aplicación sesgada e incluso corrupta de la Constitución y de las leyes. En otras palabras, por ningún motivo se puede sustituir la letra de la ley (o de la Constitución) por el supuesto significado del “espíritu” de la norma o por la intención que tuvieron sus autores.

- Criterio sociológico y teleológico, según el cual se deben tomar en cuenta los objetivos que persiguen los derechos fundamentales¹⁸³; el intérprete debe considerar siempre que el texto constitucional fue expedido para ser relevante, no para formar parte de algún marco decorativo; de esa manera, la interpretación teleológica deberá tender a asegurar en la realidad el cumplimiento de los fines que persiguen los derechos fundamentales.

Conforme a lo anterior, por tanto, debemos tener presentes los métodos tradicionales de interpretación normativa al momento de analizar las disposiciones que contienen derechos fundamentales. Pero no podemos agotar en esos métodos la problemática de la interpretación constitucional, puesto que la Constitución requiere, por varias razones, de una interpretación en alguna medida distinta de la que puede aplicarse al resto de textos que componen el ordenamiento jurídico. En otras palabras, aunque los métodos tradicionales puedan ser *necesarios* para la interpretación constitucional, no son sin embargo *suficientes* para realizarla.

Lo anterior se debe a que la interpretación constitucional es parcialmente distinta de la interpretación legal¹⁸⁴. Dicha distinción se produce por razón de grado (puesto que, como ya vimos, la Constitución es la norma suprema del sistema

¹⁸² En este sentido, Rodríguez Toubes, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, *idem*.

¹⁸³ Rodríguez Toubes, Joaquín, *Principios, fines y derechos fundamentales*, cit., pp. 190-191.

¹⁸⁴ Una discusión importante sobre este punto puede verse en Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008.

jurídico), pero sobre todo por razón de la *cualidad* de la norma constitucional¹⁸⁵, 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 leyes¹⁸⁶.

El problema de la interpretación es hoy en día el problema central de la teoría de la Constitución¹⁸⁷. La búsqueda de esquemas interpretativos que maximicen la “capacidad prestacional” —es decir, la posibilidad de tener efectos prácticos sobre la realidad cotidiana— de las normas constitucionales que contienen derechos fundamentales es uno de los empeños que mayor dificultad ofrece dentro de nuestro panorama jurídico.

En el sistema jurídico mexicano el estudio de la interpretación constitucional (y en particular de la interpretación *constitucionalmente correcta* de los derechos fundamentales) tiene una gran importancia, sobre todo si se tiene en cuenta que sigue estando presente en la práctica de nuestros 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 en buena medida con esa concepción. Si el positivismo postulaba la tesis de la subsunción, según la cual, como se acaba de decir, toda solución jurídica es directamente deducible de las premisas que ofrecen los hechos, por una parte y la norma jurídica aplicable, por la otra, el constitucionalismo más reciente cambia esa forma de interpretación por la de la *ponderación*¹⁸⁸.

En efecto, los textos constitucionales modernos están llenos de principios, no de reglas¹⁸⁹; ante la presencia de principios y valores constitucionales que entran en conflicto, la subsunción se revela como un método interpretativo un tanto superado¹⁹⁰, y lo que se exige al intérprete es acudir a métodos distintos que in-

¹⁸⁵ Aragón, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, número 1, Madrid, 1997, p. 184.

¹⁸⁶ Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1993, pp. 617 y ss.; Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1992, pp. 31 y ss.

¹⁸⁷ Rubio Llorente va más allá y afirma que el problema de la interpretación es el problema central de la teoría del Estado y, en alguna medida, de la teoría del Derecho, *La forma del poder*, cit., p. 605.

¹⁸⁸ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., capítulo III.

¹⁸⁹ Sobre el concepto de “reglas” el de “principios” y sus relaciones recíprocas ver Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996, capítulo I.

¹⁹⁰ Eduardo García de Enterría es contundente en este punto: “Desde el momento en que ha quedado claro que hay que operar directamente con valores, la operación aplicativa es todo menos

corporen conceptos como los de ponderación, razonabilidad o proporcionalidad; bajo esos esquemas, el intérprete puede solucionar un caso concreto sin tener que decidir sobre la validez de dos normas enfrentadas; lo que corresponde hacer al juez constitucional es ponderar los bienes en tensión y tratar de potenciar o maximizar hasta donde sea *razonable* ambos, procurando nunca sacrificar totalmente uno de ellos (excepto, claro está, en casos límite)¹⁹¹.

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”¹⁹². Pensemos por ejemplo en el principio de igualdad, en el cual “no puede haber subsunción porque no existe propiamente una premisa mayor constitucional”¹⁹³; es decir, la norma constitucional nos dice que todos debemos ser tratados como iguales, sin que pueda prevalecer discriminación por razón de sexo, raza, ideología, estado de salud, etcétera, pero nunca nos dice cuándo en concreto se configura un trato desigual (en el trabajo, en la escuela, en la familia, en la administración de justicia, etcétera). Otro ejemplo notable de la necesidad de ponderación lo constituyen la libertad de expresión y el derecho a la intimidad o el derecho al honor, que con cierta frecuencia tienden a colisionar.

Cuando se da un conflicto entre los respectivos bienes tutelados, no solamente no puede imponerse en definitiva ninguno de ellos (puesto que todos tienen rango de supremos por estar previstos en la Constitución), sino que el juez está obligado a preservar ambos hasta donde sea posible¹⁹⁴. En este contexto, Luis Prieto señala que “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”¹⁹⁵.

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 conse-

mecánica”, “La democracia y el lugar de la ley”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 92, Madrid, octubre-diciembre de 1996, pp. 619-620.

¹⁹¹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 160 y ss.

¹⁹² *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 38.

¹⁹³ *Idem*, p. 39.

¹⁹⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 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.

¹⁹⁵ *Constitucionalismo y positivismo*, cit., p. 41.

cuencia 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”¹⁹⁶.

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) 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.

Para comprender correctamente el tema de la interpretación de los derechos fundamentales hay que considerar que en la Constitución mexicana son escasas las indicaciones sobre el tema. Alguna previsión interpretativa se encuentra en los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 de la Constitución de 1917, pero en referencia a los juicios penales y a los civiles, no a los derechos fundamentales. La mejor pauta de interpretación de los derechos la encontramos en el párrafo segundo del artículo 1 constitucional, que contempla tanto el principio pro persona como el mandato de interpretación conforme.

En efecto, el párrafo segundo del artículo primero constitucional recoge la figura de la “interpretación conforme”¹⁹⁷, al señalarse que todas las normas relativas a derechos humanos (del rango jerárquico que sea) se deberán interpretar a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación de una especie de bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la carta magna, sino también por los propios tratados internacionales), a la luz del cual se deberá interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano.

La interpretación conforme puede suponer, en algunos casos, que una ley no sea declarada inconstitucional si admite alguna posible lectura que la haga “conforme” con la Carta Magna. La SCJN lo ha señalado así en la siguiente tesis:

DERECHOS HUMANOS. INTERPRETACIÓN CONFORME, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. El segundo párrafo del precepto citado, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, establece que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las

¹⁹⁶ *Idem*, p. 38.

¹⁹⁷ En general sobre este tipo de interpretación, Gascón Abellán, Marina, “Interpretación conforme (con la Constitución)” en VV. AA., *Diccionario de derecho constitucional*, 3ª edición, México, Porrúa, UNAM, 2009, tomo II, pp. 796-801.

personas la protección más amplia (principio *pro persona*). Ahora bien, dicho mandato implica que una ley no puede declararse nula cuando pueda interpretarse en consonancia con la Constitución y con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dada su presunción de constitucionalidad y convencionalidad. Esto es, tal consonancia consiste en que la ley permite una interpretación compatible con los contenidos de los referidos materiales normativos a partir de su delimitación mediante los pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los criterios... de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹⁸.

Además de la interpretación conforme, la reforma de junio de 2011 incorpora también en el párrafo segundo del artículo primero constitucional el principio de interpretación *pro personae*, muy conocido en el derecho internacional de los derechos humanos y en la práctica de los tribunales internacionales encargados de la protección y tutela de los mismos derechos.

El principio *pro personae* supone que, cuando existan distintas interpretaciones posibles de una norma jurídica, se deberá elegir aquella que más proteja al titular de un derecho humano. Y también significa que, cuando en un caso concreto se puedan aplicar dos o más normas jurídicas, el intérprete debe elegir aquella que (igualmente) proteja de mejor manera a los titulares de un derecho humano.

Para decirlo en otras palabras, podemos afirmar que el principio *pro personae* tiene dos variantes principales:

- A) Preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir de entre todas las interpretaciones válidas que estén disponibles para resolver un caso concreto, la interpretación que más optimice un derecho fundamental (y que se plasma en los sub-principios de *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*, etcétera). Se debe entender que una interpretación “optimiza” más un derecho fundamental cuando amplía el ámbito de los sujetos protegidos por el derecho o cuando amplía el perímetro material protegido por el derecho (el perímetro material equivale al ámbito de la realidad que el derecho regula).
- B) Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete, si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. La preferencia de normas más favorables, ahora prevista por nuestro artículo 1 constitucional tiene uno de sus antecedentes en el artículo 55 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁹⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, Tesis: 1a. CCXIV/2013 (10a.), página 556.

Sobre el principio *pro persona* la Suprema Corte ha dictado una tesis interesante, que en buena medida refleja lo que se acaba de señalar. Es la siguiente:

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1º constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable —en materia de derechos humanos—, atenderá a criterios de favorabilidad del individuo o lo que se ha denominado principio *pro persona*, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano¹⁹⁹.

Vinculando el principio de interpretación conforme y el principio *pro persona*, la SCJN ha emitido el siguiente criterio:

INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la supremacía normativa de la Constitución no se manifiesta sólo en su aptitud de servir como parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas, sino también en la exigencia de que tales normas, a la hora de ser aplicadas, se interpreten de acuerdo con los preceptos constitucionales; de forma que, en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión, se elija aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en la Constitución. En otras palabras, esa supremacía intrínseca no sólo opera en el momento de la creación de las normas inconstitucionales, cuyo contenido ha de ser compatible con la Constitución en el momento de su aprobación, sino que se prologan, ahora como parámetro interpretativo, a la fase de aplicación de esas normas. A su eficacia normativa directa se añade su eficacia como marco de referencia o criterio dominante en la interpretación de las restantes normas. Este principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, reiteradamente utilizado por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, es una consecuencia elemental

¹⁹⁹ Amparo directo 28/2010. ***** . 23 de noviembre de 2011. Mayoría cuatro de votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Javier Mijangos y González. Tesis aislada XIX/2011, Décima Época.

de la concepción del ordenamiento como una estructura coherente, como una unidad o contexto. Es importante advertir que esta regla interpretativa opera con carácter previo al juicio de invalidez. Es decir, que antes de considerar a una norma jurídica como constitucionalmente inválida, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución y que le permita, por tanto, subsistir dentro del ordenamiento; de manera que sólo en el caso de que exista una clara incompatibilidad o una contradicción insalvable entre la norma ordinaria y la Constitución, procedería declararla inconstitucional. En esta lógica, el intérprete debe evitar en la medida de lo posible ese desenlace e interpretar las normas de tal modo que la contradicción no se produzca y la norma pueda salvarse. El juez ha de procurar, siempre que sea posible, huir del vacío que se produce cuando se niega validez a una norma y, en el caso concreto, de ser posibles varias interpretaciones, debe preferirse aquella que salve la aparente contradicción. La interpretación de las normas conforme a la Constitución se ha fundamentado tradicionalmente en el principio de conservación de ley, que se asienta a su vez en el principio de seguridad jurídica y en la legitimidad democrática del legislador. En el caso de la ley, fruto de la voluntad de los representantes democráticamente elegidos, el principio general de conservación de las normas se ve reforzado por una más intensa presunción de validez. Los tribunales, en el marco de sus competencias, sólo pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando no resulte posible una interpretación conforme con la Constitución. En cualquier caso, las normas son válidas mientras un tribunal no diga lo contrario. Asimismo, hoy en día, el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, se ve reforzado por el principio pro persona, contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma²⁰⁰.

En el derecho internacional de los derechos humanos son muy abundantes las disposiciones normativas que nos señalen cómo debemos interpretar los derechos; destaca en este asunto el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), que establece lo siguiente:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

²⁰⁰ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, Tesis: 1a. CCCXL/2013 (10a.), página 530.

Como puede apreciarse, el artículo 29 del Pacto de San José establece una serie de reglas interpretativas: señala que no se puede utilizar el texto del propio Pacto para limitar un derecho en mayor medida de lo establecido por él. Señala también que el Pacto no puede servir para limitar un derecho reconocido en otro instrumento jurídico; esta disposición significa que el Pacto se asume como un texto regulador de derechos “mínimos”, que pueden ser ampliados por otros instrumentos; el intérprete deberá atender a la norma que tutele de manera más amplia el derecho en cuestión. Finalmente, del artículo 29 puede concluirse también que el Pacto tiene un carácter enunciativo y no limitativo, por lo cual su contenido no excluye del goce de otros derechos.

8. *La garantía social de los derechos: ¿cómo hacerlos efectivos en la práctica?*

La única garantía viable y sólida, estructural y permanente, de los derechos fundamentales reside en sus titulares. Es algo que se sabía ya desde los albores del Estado constitucional, pero que hoy como nunca hace falta poner de nuevo sobre la mesa.

¿Podemos confiar en que los poderes públicos respetarán y realizarán en la práctica los derechos fundamentales que en favor de todos y cada uno de los habitantes de México establecen la Constitución y los tratados internacionales? ¿podemos imaginar a esos “poderes buenos” trabajando sin desmayo para permitirnos el disfrute de *muestras* libertad de expresión y tránsito? ¿en realista suponer que, sin más, los poderes públicos nos proveerán de educación pública de calidad, de una vivienda digna y decorosa, de atención sanitaria completa?

Toda la evidencia teórica y práctica permite llegar a concluir que los derechos tienen que ser ganados por la sociedad. Los derechos no han caído, históricamente, del cielo ni provienen de una suerte de “natural equipamiento genético” que según algunos acompaña al género humano desde el inicio de los tiempos. Nada de eso parece tener fundamento histórico. Lo que sí podemos observar es que los derechos han tenido que ser “arrancados” al poder, mediante luchas y enfrentamientos para romper con situaciones que durante siglos fueron vistas como normales y que, llegado un punto en la evolución de las sociedades, se rebelaron como insostenibles.

¿Pero qué sería hoy en día de la igualdad racial sin las luchas contra la esclavitud producidas a lo largo del siglo XIX a favor de la participación política de las mujeres? ¿cómo entenderíamos el derecho de voto igualmente reconocido a hombres y mujeres si no fuera por los movimientos sufragistas de principios del siglo XX? ¿se habrían dictado las grandes sentencias de derechos humanos de la Suprema Corte de los Estados Unidos si no hubiera existido el movimiento de

los derechos civiles y sin que sus miembros hubieran tomado calles, avenidas y parques para protestar contra las injusticias existentes en la sociedad norteamericana?

En la experiencia de otros países en los que se ha producido una “revolución de los derechos” se han presentado diversas condiciones que es necesario poner de manifiesto, si queremos encender en México la posibilidad de que tener también una revolución de ese tipo, que desde luego es de tipo pacífico, por si alguien lo duda.

Se trata de una revolución de la legalidad, desde la legalidad; su objetivo no es otro más que exigir el cumplimiento estricto y completo de todo aquello que ya hoy en día señalan la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

No se trata de inventar medicinas para alcanzar la felicidad, ni de construir utopías, sino de cerrar la inaceptable brecha que hoy existe entre las promesas recogidas en constituciones y pactos y la realidad indignante e insostenible de sociedades tan profundamente injustas como lo son las latinoamericanas.

9. La tarea de los jueces en la protección de los derechos humanos

Ninguna revolución de los derechos será posible si no se cuenta con la actuación firme y decidida de los jueces, sobre todo de aquellos que tienen en sus manos el ejercicio de la jurisdicción constitucional. Pero los jueces constitucionales no solamente deben limitarse a actuar como lo han hecho hasta ahora, sino que tienen que ser capaces de desarrollar un ambicioso activismo judicial.

Se trata de una actitud cívicamente comprometida de los jueces, pero no es algo que se salga del marco que les fija el ordenamiento jurídico. Al contrario: se trata solamente de explorar a fondo todas las posibilidades que el modelo del Estado constitucional de derecho les otorga a esos “guardianes de las promesas” que son los jueces. Aunque se trata de una noción que es bastante conocida en otros países, vale la pena apuntar algunas consideraciones generales y básicas sobre el activismo judicial, que puedan ser útiles para el contexto jurídico latinoamericano.

Cualquiera que sea la noción que tengamos de lo que significa el activismo judicial, lo cierto es que habrá que considerarlo como un medio para alcanzar ciertos fines. Es decir, el activismo judicial, por sí mismo, no pasaría de ser una categoría meramente descriptiva, a menos que convengamos sobre su capacidad instrumental en relación a determinadas ideas, bienes o valores. Si esto es así tendremos que convenir también en que, en su calidad instrumental, el activismo judicial puede ser positivo o negativo. Aunque se suele identificar el activismo

judicial con política judiciales progresistas, hay que reconocer que también puede haber un activismo judicial profundamente conservador.

Si recurrimos a los ejemplos históricos más conocidos veremos que las etapas de fuerte activismo judicial se han dado sobre todo en relación precisamente a los derechos fundamentales. Los jueces activistas han concentrado su actuación en generar las condiciones para reconocer una dimensión fuertemente normativa (a veces incluso de carácter prestacional, dependiendo del caso) a los derechos fundamentales.

Si quisiéramos encontrar un caso paradigmático de activismo judicial seguramente tendríamos que mirar a la historia del constitucionalismo norteamericano.

La historia constitucional de los Estados Unidos permite vislumbrar, aparte de un modelo de constitucionalismo que presenta muchas peculiaridades y que ha sido paradigmático para un número importante de países, las condiciones que son necesarias para realizar una revolución jurídica a partir de los derechos fundamentales, contando con fuertes dosis de activismo judicial.

En realidad, en Estados Unidos se han producido no una sino dos revoluciones de los derechos. La primera, a finales del siglo XVIII cuando en las constituciones de las colonias se comenzaron a “constitucionalizar” los derechos fundamentales, cumpliendo con la primera etapa del desarrollo histórico de los derechos²⁰¹. Ese primer movimiento se completa con el establecimiento del *Bill of rights* a nivel federal en 1791 y con las enmiendas constitucionales expedidas al finalizar la Guerra Civil a mediados del siglo XIX. Esa es la primera revolución de los derechos que se realiza en territorio norteamericano y, junto con la experiencia francesa de 1789, la primera en sentido moderno a nivel mundial.

La segunda revolución inicia en la década de los 50. El disparo de salida, preparado durante años por importantes movimientos cívicos en defensa de los derechos, puede fijarse convencionalmente en el año de 1954, cuando se emite la sentencia del caso *Brown versus Board of Education* para remover la segregación racial en las escuelas²⁰².

Su realización completa se lleva a cabo desde ese año y hasta la primera mitad de la década de los 70, cuando las fuerzas conservadoras sustituyen en el estrado

²⁰¹ Sobre las etapas de desarrollo histórico de los derechos fundamentales y sobre el surgimiento de los derechos en el constitucionalismo norteamericano, Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, cit., pp. 10-19 y 165-211, respectivamente.

²⁰² Patterson, James, *Brown versus Board of education. A civil rights milestone and its troubled legacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2001; Kluger, Richard, *Simple justice. The history of Brown v. Board of Education and black america's struggle for equality*, Nueva York, Vintage Books, 2004; Cottrol, Robert J. y otros, *Brown v. Board of Education. Caste, culture and the Constitution*, Lawrence, Kansas University Press, 2003.

de la Suprema Corte a los jueces liberales que habían tenido un papel destacado en defensa de los derechos.

La decisión final de esta segunda revolución tal vez haya sido la sentencia del caso *Roe versus Wade* sobre el derecho de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, dictada en 1973²⁰³. Desde luego, con posterioridad a esa sentencia ha habido otros casos de activismo de gran importancia, pero han sido más escasos, más repartidos en el tiempo y sin que el conjunto de todos ellos haya reproducido en extensión y en intensidad los múltiples pronunciamientos progresistas que en materia de derechos fundamentales fueron dictados entre 1954 y 1973, sobre todo mientras presidía la Corte el gran juez Earl Warren.

A partir de la experiencia histórica de los Estados Unidos tal vez sería interesante extraer algún tipo de reflexión de carácter general que nos permita identificar, como ya se decía al inicio de este apartado, las condiciones de posibilidad de las revoluciones de los derechos y el papel que dentro de ellas juega el activismo judicial. Para ello nos resulta de la mayor utilidad la segunda revolución estadounidense, ya que en la primera existían condiciones históricas, filosóficas y políticas muy distintas de las actuales. En cambio, la experiencia estadounidense de la segunda mitad del siglo XX presenta todos los rasgos que la teoría constitucional considera como necesarios para lograr una revolución de los derechos.

Como lo ha sintetizado Charles Epp²⁰⁴, los requisitos que se suelen identificar para que exista una revolución de ese tipo son: a) la previsión constitucional de los derechos, b) una judicatura progresista o al menos receptiva de la causa de los derechos, c) una cultura popular que se identifique con los valores que preservan los derechos, y d) un activismo social y organizativo que sea capaz de llevar hasta la mesa de los tribunales los casos por violaciones de derechos.

Las cuatro condiciones mencionadas estuvieron presentes en Estados Unidos hacia la mitad del siglo XX. Lo que nos podríamos preguntar es si en México existen actualmente y, en su caso, el grado de desarrollo que tienen.

De acuerdo con Epp, la existencia de un catálogo más o menos amplio de derechos es una condición esencial para que pueda darse la revolución de los derechos. Si bien podemos estar de acuerdo con esta tesis, puesto que el desarrollo de los derechos fundamentales en general se ha dado a partir de la existencia de las declaraciones que los enuncian, lo cierto es que la experiencia histórica es ambigua.

²⁰³ Tribe, Lawrence, *El aborto: guerra de absolutos*, México, FCE, 2012.

²⁰⁴ Epp, Charles, *The rights revolution. Lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, capítulo uno.

Recurriendo de nuevo al caso de los Estados Unidos, podemos observar que el *Bill of Rights* fue expedido en 1791 y las enmiendas posteriores fueron resultado, a mediados del siglo XIX, de la Guerra Civil. ¿Cómo es posible entonces que la segunda revolución de los derechos no aconteciera sino hasta un siglo o siglo y medio después? La previsión constitucional de los derechos, por tanto, es una condición necesaria pero no suficiente para que se pueda dar una revolución de los mismos.

Las personas que están a cargo y la forma en que son nombradas sin duda influyen en la orientación de su actividad jurisdiccional. La mejor prueba, de nuevo, es la Suprema Corte de los Estados Unidos, en donde —sin embargo— algunos jueces han demostrado su notable independencia respecto del Presidente que los eligió para el cargo. Tal fue el caso de Sandra Day O'Connor, propuesta por Ronald Reagan, o de Harry Blackmun, propuesto por Richard Nixon y autor de la célebre sentencia *Roe v. Wade* sobre el tema del aborto²⁰⁵.

Pero para que los jueces de las cortes supremas o tribunales constitucionales puedan ejercer su cargo en forma progresista y se enfoquen a cuestiones relativas a los derechos fundamentales, deben tener facultades para construir su propia “agenda”, es decir, deben poder determinar qué asuntos resuelven y cuáles deben ser dejados a los tribunales inferiores.

Para hacerlo, desde luego, se debe tener mucha confianza en la rectitud de los jueces, pues contarían con un elemento poderoso para conocer o dejar de conocer de cierto tipo de asuntos. Pero es elemental que esa confianza exista, no solamente para efecto de su competencia, sino en general para asumir con todas sus consecuencias el papel que dentro del modelo del Estado constitucional juegan los jueces de última instancia.

A mediados de los años 30 la Suprema Corte de los Estados Unidos dedicaba solamente el 10% de sus sentencias a asuntos de derechos fundamentales, excluyendo el derecho de propiedad; hacia el final de los años 60, ese indicador se había elevado hasta el 70%²⁰⁶.

En México, ¿tenemos ya a jueces progresistas? ¿la carrera judicial, que tiene tantos y tantos beneficios, no fomenta la “no-independencia interna” a través del sistema de los 6 años y ratificación o a través del estricto escalafón (los concursos para externos han quedado como mera retórica)?

²⁰⁵ El mejor libro que se ha escrito sobre la tarea judicial de Blackmun es el de Linda Greenhouse, *Becoming Justice Blackmun. Harry Blackmun's Supreme Court Journey*, Times Books, Nueva York, 2005.

²⁰⁶ Epp, Charles, *The rights revolution. Lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*, cit., pp. 2 y 27.

Podemos tener una buena declaración de derechos, contar con jueces con un fuerte compromiso progresista, una amplia cultura popular en defensa de los derechos, pero si los casos no llegan a la mesa de los jueces será muy poco lo que se podrá hacer para su defensa.

En Estados Unidos parece haber una regla general: todo es justiciable y las excepciones para el acceso a la jurisdicción deben ser puntualmente justificadas; la Suprema Corte conoce de peticiones que le envían personas privadas de su libertad, escritas a lápiz en una simple hoja de papel (casos que tienen cabida bajo la legitimación denominada *in forma pauperis*)²⁰⁷. En México es casi al revés, pues para poder plantear juicios en defensa de los derechos fundamentales hay que sortear una serie de obstáculos que no solamente dificultan el acceso a la jurisdicción, sino que lo hacen más caro y lo imposibilitan para grupos sociales que no cuenten con una asesoría jurídica altamente calificada (aunque hay que decir que la Ley de Amparo expedida en el 2013 abre una serie inédita de posibilidades litigiosas para defender los derechos fundamentales, que antes no se tenían).

Necesitamos reforzar las nuevas vías de protección jurisdiccional para los derechos fundamentales. Ya se trate de acciones populares o colectivas, *class actions* como las llaman en Estados Unidos, etcétera. La idea es que cada agravio a nuestros derechos pueda ser reclamado y, eventualmente, reparado a través del acceso a la jurisdicción. La democratización de la legitimación activa en los procesos judiciales en defensa de los derechos fundamentales puede ser un paso muy efectivo para la consolidación democrática en América Latina.

²⁰⁷ *Gideon v. Wainwright*, resuelto 18 de marzo de 1963, por votación unánime (nueve a favor, cero en contra); el relato de las circunstancias del caso puede verse en Lewis, Anthony, *Gideon's Trumpet*, Vintage Books, Nueva York, 1989.

Capítulo V

Las fuentes del derecho

Los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo son sistemas dinámicos, desde un doble punto de vista. Por un lado, son dinámicos ya que están en movimiento constante: las partes que lo integran (normas jurídicas de todo tipo) se van creando y extinguiendo sin tregua. Por otro lado, los ordenamientos jurídicos contemporáneos pueden ser calificados como dinámicos ya que contienen ciertas normas que permiten su propia creación y modificación.

Las fuentes del derecho nos permiten identificar las normas válidas de un ordenamiento, ya que lo serán aquellas que se hayan creado conforme a lo que se establece en dichas fuentes, como únicos vehículos que permiten la entrada o salida de nuevas normas dentro de un determinado ordenamiento jurídico.

Las fuentes del derecho pueden definirse como todos los hechos y actos jurídicos que, de acuerdo con las normas sobre la producción jurídica que existan en un ordenamiento determinado, crean o pueden crear relaciones jurídicas con efectos *erga omnes*. La creación de normas implica la innovación del ordenamiento a través no solamente de la expedición de nuevas normas, sino también por la modificación o la extinción de las ya existentes.

El requisito de que las fuentes del derecho creen normas con efectos *erga omnes* sirve para distinguir entre los procesos de creación del derecho por un lado, y de aplicación del derecho por otro. De acuerdo con el concepto de fuente del derecho que señalamos, no serían fuentes del derecho los actos jurídicos que tuvieran una eficacia solamente individual, pues en tal caso estaríamos ante una simple “aplicación” del derecho, pero no ante un acto de creación del mismo.

En el discurso jurídico moderno, al hablar de las fuentes del derecho se suele hacer referencia a tres distintas cuestiones, las cuales conviene siempre distinguir, si bien es cierto que todas ellas forman parte del mismo fenómeno jurídico general que es la creación normativa. Las tres cuestiones señaladas, de acuerdo a Riccardo Guastini, son las siguientes²⁰⁸:

- A) El poder normativo; es decir, el poder habilitado por una norma jurídica superior para crear o modificar otras normas; es el caso del poder legislativo, tratándose de leyes o de las facultades del Presidente para expedir reglamentos.

²⁰⁸ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 99 y siguientes.

- B) El tipo de regulación normativa; es decir, la ley, el reglamento, los tratados internacionales, los decretos, etcétera. Esta segunda manifestación del concepto de fuente del derecho pone de manifiesto su equivocidad, ya que confunde la fuente con el derecho mismo que se crea a través de ella. Ahora bien, es útil en la medida en que nos permite advertir que hay fuentes del derecho que, a su vez, contienen otras fuentes del derecho. Así por ejemplo, la ley puede ser la fuente de los reglamentos; los reglamentos pueden ser la fuente de los decretos; los decretos pueden ser la fuente de circulares y así sucesivamente.
- C) Cada específica manifestación del poder normativo; es decir, no ya la ley o el reglamento en general, sino la “Ley X” o el “Reglamento Y” en concreto. También en este caso se produce una cierta confusión entre la norma que crea y la norma creada, aunque tal confusión es hasta cierto punto inevitable dado precisamente el carácter dinámico del derecho al que ya hicimos referencia.

A lo largo de la historia, las fuentes del derecho han ido reflejando las luchas por el poder político. Todo movimiento político aspira a convertirse en un momento dado en un régimen estable, basado en una legitimidad que pueda traducirse en normas jurídicas. Para que eso suceda, ese movimiento deberá controlar las fuentes del derecho, que le permitirán conformar las reglas de la convivencia social según su propia visión y según el juego de intereses que en cada lugar y momento se vayan imponiendo.

Hay por tanto una enorme trascendencia política de las reglas sobre la producción del derecho. Eso es lo que ha permitido que a lo largo de la historia la prevalencia de las distintas fuentes del derecho haya ido oscilando, sin que un único sistema se haya mantenido inalterable. La única excepción es quizá el lugar que desde hace dos siglos han obtenido las constituciones, en el vértice de los ordenamientos jurídicos más desarrollados (los que llamamos Estados constitucionales de derecho).

Un concepto clave para entender el tema de las fuentes del derecho es el de “norma sobre la producción jurídica”. En virtud de que los ordenamientos jurídicos modernos son enormemente complejos, el estudio de dicho tipo de normas resulta esencial, pues son ellas las que contienen los procedimientos, sujetos competentes y pasos que hay que ir dando para modificarlos.

Es de nuevo Riccardo Guastini quien nos explica que las normas sobre la producción jurídica pueden ser de cuatro tipos²⁰⁹: a) normas que confieren competencias normativas; b) normas que regulan el ejercicio de una competencia; c)

²⁰⁹ *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 85 y siguientes. Sobre el mismo tema es recomendable también revisar el libro de Ferrer Beltrán, Jordi, *Las normas de competencia*, Madrid, CEPC, 2000, así como Ferrajoli, *Principia Iuris*, cit., tomo I, pp. 588 y siguientes.

normas que circunscriben el ejercicio de una competencia; d) normas que limitan el ejercicio de una competencia.

Las normas que confieren competencias son aquellas que le atribuyen a un cierto sujeto (en la mayoría de los casos un órgano del Estado) el poder de crear normas jurídicas. En el derecho constitucional mexicano podemos citar como ejemplos a la fracción X del artículo 89 de nuestra Carta Magna que permite que el Presidente de la República firme tratados internacionales o el artículo 70 constitucional que permite al Congreso de la Unión dictar una ley que regule su estructura y funcionamiento internos.

Las normas que regulan el ejercicio de una competencia, son las relativas a los procedimientos que se deben observar para la creación de una norma o para poder llevar a cabo cualquier cambio que se quiera hacer en el ordenamiento jurídico. Se trata de una suerte de “camino” que hay que recorrer para introducir una norma en el conjunto del ordenamiento. El ejemplo más nítido que nos ofrece la Constitución mexicana lo encontramos en el artículo 72 de la Carta Magna, en el que se regula el procedimiento que debe seguirse para que el Congreso de la Unión cree, derogue o modifique una ley.

Las normas que circunscriben el objeto de una competencia son las que asocian o encadenan ciertas materias a determinadas fuentes del derecho. Pueden ser de dos tipos: a) normas que enumeran las materias que una cierta fuente está autorizada a regular; es el caso, por citar un ejemplo, del artículo 73 constitucional, que señala las materias en las que puede legislar el Congreso de la Unión, en el entendido de que todas las demás materias serán competencia de los congresos locales al tenor de lo dispuesto por el artículo 124 de la misma Constitución; b) normas que reservan una determinada materia a una cierta fuente del derecho; tal es el caso de todas las “reservas de ley” que contiene la Constitución, de acuerdo con las cuales la ley es la única fuente del derecho que puede regular, por mencionar dos ejemplos, la materia penal (artículo 14 párrafo tercero de la Constitución) o la materia fiscal (artículo 31 fracción IV).

Las normas que limitan el objeto de una competencia tienen por función la de inhibir la creación de normas que tengan un determinado contenido o bien cuando hacen obligatorio un cierto contenido para una determinada fuente del derecho. Un ejemplo muy conocido lo representan todas las normas que contienen derechos fundamentales, las cuales inhiben que el legislador le pueda dar ciertos contenidos a las leyes. Por ejemplo, el artículo 1 párrafo quinto de la Constitución mexicana prohíbe cualquier ley que sea discriminatoria; el artículo 24 constitucional impide que el Congreso emita leyes que afecten o limiten indebidamente la libertad religiosa y así por el estilo.

El tema de las fuentes del derecho en el caso concreto de México es especialmente complicado, porque a lo que llevamos dicho hay que añadir la consi-

deración de que nuestro país es un Estado federal, de modo que las fuentes del derecho se multiplican en los distintos niveles y órdenes de gobierno. Hay fuentes del derecho para crear normas federales, pero también las hay de alcance estatal, municipal y del Distrito Federal. Además, el diseño de nuestro federalismo ha ido incluyendo también potestades de creación del derecho que son compartidas por varios niveles de gobierno. Por ejemplo, hay muchas materias en las que la Constitución establece una competencia concurrente o incluso coincidente, por lo cual pueden ser abordadas tanto por el Congreso de la Unión como por las legislaturas de las entidades federativas.

Eso supone un pluralismo normativo que no siempre es fácil de conocer plenamente y que representa un desafío de gran magnitud respecto del valor de la seguridad jurídica. Es en ese contexto en el que el tema de las fuentes del derecho cobra una enorme importancia.

Capítulo VI

La reforma constitucional

1. Introducción

El de la reforma de la Constitución es uno de esos temas “encrucijada” del derecho constitucional. En él se percibe como en pocos la frontera difusa entre derecho y política, mezclándose consideraciones de orden puramente normativo con otras de carácter filosófico-ideológicas y hasta sociológicas.

Y difícilmente puede ser de otra forma, porque estudiar la revisión constitucional “es tocar el límite equívoco en que el Derecho y el Estado enlazan con su supuesta prehistoria constituyente; es por ello aproximarse a la pregunta —no formularla necesariamente, sin embargo— por la soberanía y apuntar al núcleo primario, en la ideología y en la estructura social, de una colectividad organizada”²¹⁰.

El estudio de la reforma constitucional adquiere una mayor relevancia con la consolidación del Estado democrático, dentro del cual los ciudadanos pueden intervenir en casi todos los procedimientos de creación y renovación normativa.

En este sentido, la reforma constitucional es un ejercicio más de democracia dentro del Estado constitucional contemporáneo. Y no un ejercicio cualquiera, pues ciertamente la actividad reformadora del texto constitucional siempre opera para afectar a decisiones que en algún tiempo anterior se han considerado fundamentales por los habitantes de un Estado. Con la reforma constitucional se modifica la concepción de la “utopía concreta” y el modelo del diseño de vida que el poder constituyente había previsto y entendido como deseable para un Estado.

En la reforma constitucional el procedimiento adquiere una relevancia máxima, quizá solamente equiparable a la importancia del propio procedimiento legislativo parlamentario; piénsese por un momento en la trascendencia de otorgar o no a ciertos sujetos la iniciativa de reforma o en la existencia o no de la ratificación popular vía referéndum, o bien, finalmente, en las dificultades prácticas que puede representar un procedimiento de reforma excesivamente rígido.

En este contexto, los vínculos entre democracia y reforma constitucional son insoslayables. De hecho, la posibilidad de que una Constitución sea reformada es

²¹⁰ Jiménez Campo, Javier, “Algunos problemas de interpretación en torno al título X de la Constitución”, *Revista del Departamento de Derecho Político*, número 7, Madrid, 1980, p. 82. Ver, sobre este punto, las observaciones de Cabo, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 13-14.

una de las mejores y más acabadas expresiones de su propia legitimidad (es decir, de su capacidad para reclamar obediencia voluntaria para sus mandatos por parte de los sujetos a los que pretende regular): en tanto puede ser cambiada, todos deben en principio obedecerla y, en caso de discrepar de sus prescripciones, deben intentar el cambio por la *vía constitucional* exclusivamente (la de la reforma), sin que sea posible apelar a ningún tipo de traba *jurídica* como excusa o motivo para salir del orden constitucionalmente establecido.

Todo, o casi todo, es en principio reformable, pero siempre dentro de los cauces señalados por las propias normas constitucionales: he aquí —en parte— la apertura del proceso político que permite la supervivencia de la democracia constitucional una vez que ha sido creada la Constitución.

2. *Las funciones de la reforma constitucional*

Si se acepta que el poder constituyente originario es un poder de naturaleza extraordinaria, se debe convenir también en que su actuación se limita a un momento histórico determinado y debe desaparecer o aletargarse una vez creada su obra. Ahora bien, toda vez que las Constituciones no son más que una obra humana como cualquier otra (aunque más cargadas de simbolismos y solemnidades que otras normas jurídicas, pero productos humanos al fin), se debe crear un mecanismo para llevar a cabo los cambios necesarios de sus preceptos.

Que la Constitución tenga que disponer de un procedimiento para su propia reforma parece ser algo que estuvo fuera de dudas en los primeros textos constitucionales de ambas orillas del Atlántico. Aunque la idea de la reforma constitucional no aparece en la confección de la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, ya está presente en el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 que disponía que “Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reforma y cambiar su Constitución. Una generación no puede someter a sus leyes a las generaciones futuras” y en el mismo sentido se expresaron Jefferson y Paine²¹¹. La Constitución de los Estados Unidos de 1787 —la primera en sentido moderno— sí contempla un procedimiento de reforma.

La tradición de la existencia de un poder de reforma ha producido que el tema “sea de los más añejos, de los temas con más solera dentro de la teoría y práctica constitucionales. Prácticamente desde que ha habido Constitución en el sentido preciso del término ha habido cláusulas de reforma. Y también desde entonces el tema no ha dejado de estar presente en la teoría constitucional”²¹².

²¹¹ Pérez Royo, Javier, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, pp. 19 y ss.

²¹² Pérez Royo, *La reforma de la Constitución*, cit., p. 13.

La necesidad de que exista un procedimiento de reforma constitucional se puede explicar, por lo menos, por las dos siguientes razones:

- A) Como una forma de adaptar el texto constitucional a la cambiante y dinámica realidad política. Aunque los textos constitucionales generalmente tengan una vocación de vigencia atemporal y en consecuencia regulen objetivos que parecen ser fijos e inmovibles, lo cierto es que el sustrato político en el que se apoyan es esencialmente variable. Si las normas constitucionales no pueden ser cambiadas cuando sea *políticamente* necesaria su modificación lo más probable es que se produzca un divorcio creciente entre el proceso político y el texto constitucional, lesionando gravemente la normatividad de la Constitución. En este sentido, el procedimiento de reforma es la primera de las garantías del texto constitucional²¹³.
- B) Como una forma de ir cubriendo las lagunas que pueda tener el texto constitucional. Las lagunas de la Constitución pueden ser de dos tipos: descubiertas u ocultas²¹⁴. Las primeras son aquellas en las que “el poder constituyente fue consciente de la necesidad de una regulación jurídico-constitucional, pero por determinadas razones omitió hacerlo”²¹⁵. Por su parte, las lagunas ocultas son las que se producen cuando “en el momento de crear la constitución, no existió o no se pudo prever la necesidad de regular normativamente una situación determinada”²¹⁶. Para distinguirlas, a las primeras se les puede llamar *lagunas del constituyente* y a las segundas *lagunas de la Constitución*, o bien a las primeras omisiones y a las segundas lagunas en sentido estricto.

Las lagunas descubiertas o *lagunas del constituyente* se producen, entonces, por una omisión consciente del poder constituyente originario el cual no juzga oportuno regular cierta cuestión en el momento de hacer la Constitución. El constituyente deja, de momento, pretendidamente abiertos algunos temas para que, o bien se regulen por vía legislativa, si su naturaleza lo permite, o bien se regulen más adelante a través, precisamente, de una reforma constitucional²¹⁷.

Los ejemplos de lagunas descubiertas no son raros en la historia del Estado constitucional. En la propia Constitución norteamericana de 1787 no se incluyó dentro del texto constitucional ningún tipo de declaración de derechos, lo cual

²¹³ De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 67-68.

²¹⁴ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1976, pp. 170-171.

²¹⁵ *Idem*, p. 170.

²¹⁶ *Idem*, p. 171.

²¹⁷ *Vid.* Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, CEC, 1992, pp. 18-19.

obligó a que transcurridos pocos años desde su promulgación se incorporaran las diez primeras enmiendas consagrando algunos derechos fundamentales.

Un ejemplo bastante más reciente, de entre los muchos que se podrían citar, lo representa la forma territorial de Estado que diseñó el constituyente español de 1978; en este caso se previó un modelo territorial abierto, que debía irse delineando y concretando a través de normas subconstitucionales, o bien en una posterior reforma constitucional que pudiera encontrar el consenso que el constituyente no alcanzó sobre la regulación constitucional completa de la distribución territorial del poder.

Las lagunas constitucionales ocultas o *lagunas de la Constitución* son olvidos inconscientes del constituyente, esencialmente iguales a los que les suceden a los legisladores ordinarios y a los productos normativos por ellos creados, las leyes. Cuando tales olvidos son descubiertos se debe llevar a cabo una reforma constitucional para colmarlos²¹⁸.

3. La tensión cambio-permanencia y la normatividad de la Constitución

La reforma constitucional, además de lo anterior, constituye o trata de constituir un balance permanente entre las necesidades de estabilidad constitucional y los requerimientos del cambio²¹⁹.

Hace décadas James Bryce subrayaba los beneficios de la estabilidad constitucional: “La estabilidad de una Constitución es una cualidad muy deseable, porque da a las conciencias de los ciudadanos una sensación de seguridad que redundando en beneficios del orden, la industria y la economía; y a la vez porque permite acumular experiencias que hacen posible el mejoramiento de la Constitución”²²⁰. Y no le faltaba razón a Bryce, pues si la Constitución es sometida a cambios con demasiada frecuencia es probable que se debilite tanto su normatividad como la posibilidad misma de que sea conocida por una franja amplia de los sujetos a los que les resulta aplicable.

²¹⁸ La posibilidad de utilizar la reforma constitucional como forma de perfeccionar el texto original creado por el constituyente fue tempranamente entendida por la propia “Comisión de Estilo” de la Convención Constituyente estadounidense de 1787, que destacó que el término “enmienda” (constitucional) puede servir para pulir el texto y para producir un mejoramiento de los fines para los que fue creado un precepto constitucional concreto, Marbury, William L., “The limitations upon the amending power”, *Harvard Law Review*, 1919-1920, p. 225.

²¹⁹ Como dice Ignacio de Otto, “A la hora de regular la reforma constitucional... es preciso atender al doble objetivo de conciliar estabilidad y cambio”, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 59.

²²⁰ *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, CEC, 1988, p. 92.

La inestabilidad del texto constitucional puede derivar en falta de adhesión de los destinatarios hacia la carta fundamental. Como quiera que sea, cuando se opta por una reforma constitucional también se está optando por poner por encima del texto vigente unas necesidades reales o supuestas que se valoran más que el estado de cosas hasta entonces establecido.

La reforma constitucional no debe emprenderse para llevar al texto de la Constitución necesidades coyunturales o intereses meramente partidistas. Esas necesidades e intereses deben valorarse junto a los beneficios de la estabilidad constitucional y de la identificación clara que del texto puedan hacer sus destinatarios. Debe prevalecer el entendimiento de que cumplir la Constitución sin intentar cambiarla (siempre que efectivamente se trate de un cumplimiento y no de un “falseamiento”), aunque suponga ciertas desventajas transitorias, es una de las mejores formas de conservar e incrementar su fuerza normativa.

De hecho, una función esencial de la reforma constitucional es asegurar, sobre todo a través de la creación de procedimientos agravados o muy agravados de reforma (función garantista), que existen espacios dentro del Estado que están fuera del alcance ordinario del poder político.

De lo que se trata es de crear bienes constitucionales que no queden al arbitrio de alguna mayoría política contingente, para que ningún sujeto político (como parte del proceso político ordinario) pueda disponer de la fundamentación misma de la convivencia social, que no es otra cosa que el orden creado por la Constitución; y esto con el fin de proteger, por poner un ejemplo obvio, las premisas universalísticas de los derechos fundamentales, que de otra forma quedarían ligados a la concepción —particular— que de ellos tuviera una *parte política*. De esta concepción deriva lo que algunos autores han calificado como “el coto vedado” (Ernesto Garzón Valdés) o la “esfera de lo indecible” (Luigi Ferrajoli) en materia de derechos fundamentales.

Por otro lado, no menos cierto es que evitar la reforma constitucional cuando sea realmente necesaria no puede producir más que consecuencias nefastas para el propio ordenamiento constitucional.

Las necesidades reales de reformar la Constitución dependen del funcionamiento de varios de los factores del sistema institucional del Estado. No se dice ninguna novedad si se pone de manifiesto que una interpretación constitucional evolutiva por parte de la jurisdicción constitucional allí donde exista, puede evitar varias reformas constitucionales. El caso de Estados Unidos es paradigmático al respecto pues en más de 200 años de historia constitucional ha tenido que enmendar su Constitución poco menos que una treintena de veces, gracias en buena parte al papel de cambio activo de la jurisprudencia de su Corte Suprema, aunado a la relevancia institucional del propio órgano judicial dentro del sistema político norteamericano.

Otra cuestión importante para poder mantener esa tensión benéfica entre estabilidad y cambio constitucionales es la responsabilidad con que se conduzcan los partidos políticos. Si la Constitución se concibe como pieza de cambio en el reparto del pastel político, lo más seguro es que sea reformada al gusto y según las necesidades de cada coyuntura electoral concreta. Por el contrario, si se le ve como la norma que establece no solamente las reglas del juego democrático, sino también la esfera de lo “no decidible” o “no negociable”, seguramente gozará de mayor estabilidad y respeto, quedando sustraida su reforma a los meros intereses parciales de las mayorías gobernantes.

En todo caso la tensión debe mantenerse sin que la balanza pueda inclinarse demasiado hacia ninguno de los dos lados; tan nefasto es una hiperreformabilidad continua (un legislador constituyente *motorizado*, parafraseando a Carl Schmitt), como una inmovilidad irrazonable. Entre ambos extremos la reforma constitucional puede desempeñar con éxito sus funciones.

Sin deteriorar la normatividad y el sentimiento constitucionales, pero sin detener el cambio cuando sea necesario, la reforma constitucional puede constituir —y constituye de hecho en muchos casos— la mejor garantía del propio sistema constitucional, lo que equivale a decir que la reforma constitucional es también una garantía de la democracia.

4. *El procedimiento de la reforma*

Como se dijo en páginas anteriores, la vinculación entre reforma constitucional y democracia es notable. Y esa vinculación salta a la vista, sobre todo, en el estudio de los procedimientos formales, de los mecanismos procedimentales concretos a través de los cuales se puede realizar una reforma constitucional.

Por eso se ha escrito, con evidente acierto, que “es en las normas de reforma donde el sistema constitucional se pone a prueba consigo mismo, y donde se valora el contenido y el alcance del propio concepto de Constitución”²²¹. O, como dice Karl Loewenstein, “El material de derecho comparado permite sacar la conclusión de que a partir de la técnica de reforma constitucional aplicada respectivamente, se puede deducir el carácter político del régimen”²²². De ese modo, no es difícil constatar, por ejemplo, que es característico de los sistemas políticos autoritarios que la competencia para iniciar la reforma constitucional se conceda fundamentalmente al poder ejecutivo²²³.

²²¹ De Vega, Pedro, *La reforma constitucional...*, cit., p. 81.

²²² *Teoría de la Constitución*, cit., p. 172.

²²³ De Vega, *La reforma constitucional...*, cit., p. 80.

Si Hans Kelsen pudo sostener, con razón, que “Sólo en el caso de una legislación democrática se necesita de disposiciones que regulen el procedimiento legislativo”²²⁴, hoy se podría decir, también con razón, que sólo en el caso de una Constitución democrática se necesitan normas que regulen la reforma constitucional.

Más de un siglo antes de que Kelsen escribiera la frase que se acaba de citar, Benjamin Constant ya ponía de manifiesto la importancia de que existieran procedimientos y de que se observaran “las formas”; cuestiones que sin duda se pueden aplicar al tema del procedimiento de la reforma constitucional. En sus *Principes de politique* del año 1815, apuntaba Constant que “Lo que preserva de la arbitrariedad es la observancia de las formas. Las formas son las divinidades titulares de las asociaciones humanas, las formas son las únicas protecciones del inocente, las formas son las únicas relaciones de los hombres entre sí. Fuera de ellas todo es oscuro; todo queda entregado a la conciencia solitaria, a la opinión vacilante”.

Más recientemente, James Bryce ha señalado que la regulación del procedimiento de reforma constitucional es la parte más importante de cualquier Carta Fundamental²²⁵.

La importancia de estudiar no solamente el qué, sino también el cómo —es decir, el aspecto procedimental— de la creación normativa, dentro de la que se encuentra de forma destacada el procedimiento de reforma constitucional, deriva directamente de la concepción del Estado democrático. En esa forma de organización estatal, la Constitución impone ciertos requisitos de publicidad y participación para la creación de determinadas normas. Estos requisitos constituyen valores en sí mismos y sin ellos las normas en cuestión no pueden ser creadas válidamente; de hecho, por la importancia de los aspectos procedimentales es que se ha producido “un nivel progresivo de regulación y de rigidificación de los mismos: la regulación del procedimiento de elaboración normativa es cada vez más detallada y se extiende a un mayor número de tipos normativos”²²⁶.

Se puede afirmar en consecuencia que en toda democracia importa no solamente el contenido de las normas, sino también la *forma* en que son creadas y reformadas; sin que con ello se ignore que la temática de la reforma constitucional encierra cuestiones que trascienden al mero tratamiento procedimental de la cuestión, como ha señalado Pedro de Vega²²⁷.

²²⁴ *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1991 (reimpr.), p. 235.

²²⁵ Op. cit., p. 96-97.

²²⁶ Santamaría Pastor, J.A., *Fundamentos de derecho administrativo I*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, p. 361.

²²⁷ *La reforma constitucional...*, cit., p. 79.

5. *Las cuestiones discutidas*

Como se percibe con claridad si se observan los rasgos de la reforma constitucional en ordenamientos constitucionales de distintas épocas y lugares, el procedimiento de reforma no se presenta como un fenómeno unívoco u homogéneo. Por el contrario, como ya se ha dicho, existen diferencias notables en la regulación concreta que hacen los diversos ordenamientos constitucionales.

A partir de esas variantes se han escogido cuatro cuestiones sobre las que creo que se puede centrar hoy en día el debate sobre el procedimiento para realizar la reforma constitucional (no se toca ahora el punto, también discutido, de los límites de la reforma porque por su complejidad e importancia es objeto de estudio por separado en el parágrafo que sigue).

De este modo, creo que las cuestiones en las que se observan mayores diferencias y que han provocado discrepancias notables tanto en la doctrina como en la praxis constitucional son: a) la relativa al órgano que debe hacer la reforma constitucional, b) la de la conveniencia de instaurar un único procedimiento o, por el contrario, diferenciar los procedimientos dependiendo de las normas constitucionales a modificar, c) el grado de rigidez que debe tener una Constitución y, d) la participación popular en el procedimiento de reforma y, dentro de este último punto, la cuestión de la iniciativa popular y, más problemática todavía que la anterior, la del referéndum.

En todas estas cuestiones no hay, tal como sucede con su tratamiento en los textos constitucionales, respuestas unívocas y que sirvan para todos los Estados. Por ello, aquí no se trata de ofrecer soluciones únicas, sino de aportar razones para el debate. Más que querer cerrar la cuestión ofreciendo razonamientos acabados, es útil, creo, abrir los temas a la discusión para que cada ordenamiento constitucional pueda encontrar, dentro de la variedad de soluciones y de razones, la respuesta que mejor conteste las interrogantes que dentro de cada sistema estatal particular inexorablemente produce la reforma constitucional.

5.1. **¿Qué órgano debe hacer las reformas constitucionales?**

Una primera evidencia es que, si se acepta que el poder constituyente originario es un poder distinto al resto de poderes constituidos, conviene que esa diferencia se proyecte, cuando menos, en la distinta integración o funcionamiento de uno y otros; es decir, que ningún poder constituido pueda identificarse, en cuanto “órgano”, con el poder revisor de la Constitución.

En este sentido, Loewenstein afirma que “La ideología del Estado constitucional democrático exige que la competencia para la reforma constitucional no sea el monopolio de un único detentador del poder, sino que debe de estar lo más

distribuida que sea posible”²²⁸. ¿Distribuida a quienes o entre quienes? El mismo autor responde diciendo que deben participar en ella el gobierno, el parlamento y el pueblo organizado como electorado²²⁹.

En realidad, las posibilidades de distribución de la tarea de reforma constitucional no son demasiadas. Las opciones fundamentalmente se reducen a las siguientes:

- A) Una primera alternativa es que el órgano encargado de hacer las reformas se integre por uno o varios de los poderes constituidos, o bien que se deba crear una asamblea reformadora *ad-hoc*, como lo hace el artículo V de la Constitución de los Estados Unidos;
- B) Una segunda es si se apela o no a la voluntad del pueblo, ya sea a través de la iniciativa popular o a través del referéndum.
- C) Una variante de la primera opción es, por ejemplo, si se decide permitir la participación del poder ejecutivo, si tal participación debe darse solamente en el momento de la iniciativa o en algún otro momento.

Los dos primeros incisos comportan decisiones fundamentales para la operatividad práctica de la reforma constitucional. Vamos a poner algunos ejemplos.

Si la reforma constitucional debe realizarla una asamblea constituyente convocada *ad-hoc* pueden darse dos posibilidades: o que el poder legislativo ordinario se disuelva y los partidos políticos inicien una campaña para llevar a sus hasta entonces diputados y senadores a los bancos del poder reformador de la Constitución, o bien que tal poder funcione paralelamente al funcionamiento normal del poder legislativo. En este último caso, puede suceder que se integre con sujetos que no pertenezcan a las Cámaras legislativas o bien que no exista impedimento para formar parte de uno y otro órgano. ¿Cuáles son las consecuencias probables de adoptar una u otra dentro de las anteriores alternativas?

Si se opta por disolver las Cámaras y convocar elecciones es posible que la clase política se muestre reacia a emprender reformas constitucionales por las posibilidades de que cambie el sistema de mayorías hasta entonces existente. Se podrían contrarrestar esas reticencias si se permite que una minoría pueda exigir la disolución de las Cámaras, pero ello conllevaría una gran inestabilidad política y podría arrojar como consecuencia que la reforma constitucional fuera la excusa para que las minorías forzaran subrepticamente una nueva consulta electoral.

El hecho de que la asamblea reformadora de la Constitución funcione al mismo tiempo que el poder legislativo ordinario puede llegar a originar enfrenta-

²²⁸ *Teoría de la Constitución*, cit., p. 172.

²²⁹ *Idem*.

mientos, en un caso, o duplicidades innecesarias, en otro. Lo primero sucedería si los miembros del legislativo no pudieran serlo, a la vez, del órgano encargado de realizar la reforma. Lo segundo si fueran sustancialmente los mismos sujetos, ya que entonces se estarían pronunciando en el poder reformador como lo harían en el legislativo ordinario, con lo cual se borrarían, de hecho, las pretendidas diferencias entre uno y otro.

Por lo anterior parece quizá más razonable que el poder de reforma constitucional se integre por los órganos constituidos y, fundamentalmente, por el poder legislativo (aparte de lo que más adelante se dirá sobre la participación popular). Si se trata de un Estado compuesto, con la participación de los poderes legislativos locales²³⁰ (como, de hecho, es la “regla sin excepciones”²³¹) y si se trata de un Estado unitario con la simple existencia de procedimientos dificultados y mayorías supercalificadas para la aprobación de las reformas por el órgano legislativo.

En todo caso es importante que si existe identidad entre el poder legislativo ordinario y el órgano reformador de la Constitución, aparte de los requisitos de las mayorías y del procedimiento dificultado, se disponga constitucionalmente que toda reforma constitucional debe ser expresa, es decir, que siempre quede bien claro en qué momento el legislativo actúa como poder de reforma constitucional.

Sobre el segundo inciso, es decir, sobre la posibilidad de que el pueblo forme parte del órgano reformador de la Constitución se abunda en uno de los apartados que siguen. La cuestión no es menor si se tiene en cuenta la crisis de credibilidad por la que atraviesan los poderes públicos de diversos Estados considerados pacíficamente como democráticos. La separación notable entre representados y representantes que tanto pesa sobre la política cotidiana puede proyectarse, sin duda, al momento de tomar decisiones sobre una reforma constitucional²³². Quizá por eso, pero también por la importancia del tema mismo de la reforma, es que en varios ordenamientos se prevé la posibilidad de consultar directamente al electorado sobre la conveniencia de aprobar una modificación constitucional.

Finalmente, la posibilidad señalada en el inciso c, que es la de permitir que el poder ejecutivo participe en la reforma constitucional, es una cuestión más bien teórica si se toma en cuenta que en el Estado de partidos la separación entre ejecutivo y legislativo prácticamente se ha borrado porque con mucha frecuencia

²³⁰ Sobre algunos de los problemas de la reforma constitucional en las Constituciones de los Estados federales, Bermann, “The constitutional amendment process”, cit., pp. 305 y ss.; Ruipérez Alamillo, Javier, “La reforma constitucional en el Estado federal”, *Debate abierto. Revista de ciencias sociales*, número 2, Madrid, 1990.

²³¹ Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 182.

²³² Al respecto, Carbonell, Miguel (compilador), *Representación y democracia: un debate contemporáneo*, México, TEPJE, 2005.

ambos órganos se integran por miembros de la misma formación partidista²³³. En este contexto, el prohibir o permitir constitucionalmente que el ejecutivo participe en el procedimiento de reforma no influye en su participación *de facto* a través de los oportunos canales partidistas.

Lo que tal vez sí sea conveniente es prohibir que el ejecutivo pueda vetar el procedimiento de reforma; prohibición que debe alcanzar tanto a la posibilidad de que pueda “congelar” una iniciativa, como la de que pueda retardar o prohibir su entrada en vigor²³⁴. Esto es importante en todos los casos, pero sobre todo en aquellos en los que se permita la participación popular.

La participación del ejecutivo en la reforma constitucional, tanto *de iure* como *de facto*, suele ser mayor en los regímenes autoritarios; de hecho Loewenstein señala que “Allí, donde tanto la competencia para iniciar la reforma como la capacidad para llevarla a cabo radica fundamentalmente en el ejecutivo, se trata de una forma de gobierno autoritaria”²³⁵.

5.2. ¿Procedimiento único o doble?

Una segunda cuestión discutida es si debe existir un único procedimiento de reforma, igual para la modificación de cualquier precepto constitucional, o si, por el contrario, debe diferenciarse los procedimientos según se trate de reformar una u otra parte de la Constitución.

En el fondo del problema se encuentra la pregunta por la “fundamentalidad” de los preceptos constitucionales. Es decir, lo que hay que contestar primero para estar en capacidad de resolver con éxito la duda del único o doble procedimiento, es si dentro de la Constitución todas las normas son iguales o si hay normas que deben tener una especial protección frente a la reforma; en otras palabras, se trata de saber si conviene tener dentro de la Constitución una especie de “núcleo duro” de normas, compuesto casi siempre por los derechos fundamentales y/o por la forma de Estado, o bien que todas ellas puedan ser modificadas con los mismos requisitos.

El debate se ha presentado en España ya que la Constitución de 1978 prevé dos procedimientos de reforma, uno de ellos, regulado en su artículo 168, inusualmente rígido dentro del derecho constitucional comparado de su entor-

²³³ Sobre el Estado de partidos, García Pelayo, Manuel, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza, 1986, entre otros.

²³⁴ En este sentido el artículo 286.3 de la Constitución portuguesa de 1976 establece que “No podrá el Presidente de la República denegar la promulgación de la Ley de Revisión (constitucional)”.

²³⁵ *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 172-173.

no (inspirado en la Constitución española de 1931), dirigido a proteger algunos derechos fundamentales —capítulo II, sección primera del Título primero de la Constitución— y la regulación de la jefatura del Estado —Título II del texto constitucional—.

De ese debate pueden extraerse argumentos importantes a favor de la conveniencia de crear un solo procedimiento de reforma; de lo contrario, al tener dos procedimientos diferenciados, se pueden producir notables disfuncionalidades en el sistema de fuentes, alterando la jerarquía paritaria de todas las normas constitucionales para crear un doble rango dentro de ellas: las que fueran especialmente rígidas (esto es, las incluidas en el procedimiento del artículo 168, para seguir con el ejemplo de la Constitución de 1978) se ubicarían en una posición de primacía, mientras que las protegidas por el procedimiento menos rígido quedarían en un segundo escalón²³⁶.

Sumado a lo anterior, al tener un doble procedimiento se aumenta la posibilidad de que existan reformas constitucionales “inconstitucionales”²³⁷, que serían todas aquellas que, debiendo hacerse específicamente por uno de los dos procedimientos, se hicieran por el otro.

Es importante no perder de vista que se trataría, en su caso y siempre que existan los adecuados controles de constitucionalidad, de *reformas* inconstitucionales, no de *preceptos* inconstitucionales, porque las que se lleven a cabo en la forma no prescrita por la Constitución nunca llegarían a incorporarse plenamente al texto constitucional. De lo contrario, es decir, si se acepta que tales reformas *inconstitucionales* ya se han incorporado a la Constitución válidamente, además de cometer un grave atentado contra la normatividad constitucional, se imposibilitaría la función de control, pues lo que la jurisdicción constitucional no puede controlar en forma alguna son las propias normas constitucionales (ya sean producidas por el poder constituyente originario o por el poder reformador).

5.3. ¿Cuánta rigidez?

La pregunta que encabeza este apartado también se puede formular de la siguiente manera: ¿qué tan difícil debe ser la modificación de un texto constitucional? y su respuesta debe ir aparejada con el concepto de flexibilidad y rigidez constitucionales que se tenga.

Si en párrafos anteriores, al tratar sobre el órgano que debe llevar a cabo las reformas, se decía que el poder revisor no debe quedar bajo el dominio de una

²³⁶ De Vega, *La reforma constitucional...*, cit., p. 153.

²³⁷ *Idem*.

mayoría coyuntural²³⁸, ahora debe decirse que la excesiva rigidez pueda jugar en contra de la función misma del procedimiento dificultado.

En efecto, si el procedimiento de reforma es demasiado gravoso, inevitablemente se presentará la siguiente alternativa: o que se evite apelar a la reforma de tal modo que los preceptos que la necesiten sencillamente queden en letra muerta, o que la vía para adaptar la Constitución a las nuevas necesidades no sea la de la reforma sino la de otros procedimientos, inconstitucionales y subrepticios, con los que se vería lesionada la normatividad constitucional²³⁹.

Una vez más, se debe atender a la realidad del proceso político de cada Estado, para poder solucionar eficazmente la disputa o tensión entre rigidez-flexibilidad. Con todo, lo que parece seguro es que si las mayorías políticas coyunturales tienen que hacer excesivos sacrificios para llevar a cabo la reforma es probable que la evadan.

Tal sería el caso si es que, en una situación política extremadamente polarizada (por ejemplo en un sistema político bipartidista muy equilibrado), se exigiera para llevar a cabo la reforma la disolución anticipada de las Cámaras, o incluso que la aprobación de la reforma se tuviera que hacer por más de una legislatura. En este supuesto es probable que una mayoría política endeble trate de aferrarse a una decisión electoral que le favorezca, evitando por todos los medios llegar a la disolución anticipada²⁴⁰.

5.4. La participación popular.

Tal vez sea el de la participación del pueblo el tema que, dentro del estudio de la reforma constitucional, más discrepancias arroja entre lo postulado por la doctrina, y también dentro de ella, y lo realizado por la práctica.

Desde luego que es un tema especialmente difícil; en él se mezclan, más todavía que en los otros que ya se han tratado, consideraciones políticas al lado de las de la simple técnica jurídica.

La participación directa del pueblo en el procedimiento de reforma puede ser causa de notables enredos pues en no pocas ocasiones se ha querido ver en esa participación el ejercicio, no del poder de reforma como poder constituido, sino del poder constituyente originario. Por otro lado, en este punto se expresa, como

²³⁸ De Vega, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 88-89.

²³⁹ De Vega, *La reforma constitucional...*, cit., p. 89.

²⁴⁰ Vid. Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 179-180.

en ningún otro, la necesidad de entender la *supremacía jurídica* de la Constitución, junto a la *soberanía política* del pueblo²⁴¹.

Lo correcto, pese a todo, es comprender que el poder de reforma constitucional *siempre* es un poder constituido. Lo que sucede en el caso de la participación del pueblo en la reforma es que se trata, tanto por lo que hace al caso de la iniciativa popular como al del referéndum, de instrumentos de ratificación de los actos de los representantes (las asambleas legislativas) por los representados (el pueblo)²⁴².

En ningún momento la reforma que cuente con la participación del pueblo puede transformarse en un acto de soberanía popular²⁴³, porque de lo contrario se estaría violentando la lógica del Estado constitucional y confundiendo el poder de reforma (como poder constituido y por tanto sujeto al derecho) con el poder constituyente originario (éste sí soberano y, por tanto, no sujeto a normas).

Aparte de su específica problemática jurídica, la participación popular en la reforma debe estudiarse a la luz de las condiciones del sistema político. No se puede dejar de tener presente, por ejemplo, que ante la distancia abismal que hoy en día existe en los ciudadanos y los partidos políticos y con la crisis de representación de los circuitos representativos tradicionales²⁴⁴, dejar toda la responsabilidad de la reforma *del orden fundamental* de la sociedad en los partidos puede ser poco congruente y hasta arriesgado.

La experiencia histórica demuestra, sin embargo, que han sido los propios partidos y sus intereses —no siempre legítimos— los que han instrumentalizado los mecanismos de participación popular dentro de la reforma para subvertir el orden constitucional. Se comienza con la apelación al pueblo como poder soberano y se termina dejando de lado cualquier disposición constitucional que pueda ser contraria al *espíritu popular*. Los casos de Francia, Italia y Alemania, en distintos momentos de su historia, pueden ser bien ilustrativos del mal uso que puede hacerse de los instrumentos de democracia semidirecta²⁴⁵.

De todos modos, como instrumentos que son, tanto la iniciativa popular como el referéndum no son en sí mismos ni buenos ni malos. Desde luego que en una realidad política gravemente polarizada es probable que se conviertan en un ejercicio más de proyección del conflicto partidista, pero en un ambiente de mayor estabilidad pueden representar un ejercicio útil para fomentar la educación cívica y reafirmar, a través de la consecución del máximo consenso posible, la integra-

²⁴¹ De Vega, *La reforma constitucional*, cit., pp. 107-110.

²⁴² De Vega, *La reforma constitucional...*, cit., p. 113.

²⁴³ De Vega, *La reforma constitucional...*, cit., p. 114.

²⁴⁴ Un análisis más amplio de este punto puede verse en Carbonell, Miguel (compilador), *Democracia y representación: un debate contemporáneo*, cit.

²⁴⁵ De Vega, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 120 y ss.

ción política que persiguen las normas constitucionales²⁴⁶. Y además, no dejan de ser una entrada de aire fresco en el universo endogámico y oligárquico en que los partidos han convertido al Estado democrático contemporáneo.

Como señala Pedro de Vega, “El problema del referéndum y de la iniciativa no es el de su reconocimiento y regulación por el ordenamiento constitucional, sino el uso o el abuso que de ellos pueda hacerse por los propios poderes constituidos, cuando, conculcando la lógica del sistema, los utilizan en una perspectiva diferente y con unos fines distintos de los legalmente previstos”²⁴⁷.

La iniciativa de reforma, dentro de cualquier procedimiento de creación normativa, tiene una importancia fundamental. El sujeto que tiene la facultad de iniciar el procedimiento de reforma constitucional tiene la posibilidad de fijar la agenda del poder constituyente derivado, es decir, la posibilidad de determinar el momento y el contenido que deben tener las reformas.

Como ha señalado Pedro de Vega, “no es inocuo, para la interpretación del sistema constitucional en su conjunto, que la iniciativa se confiera a unos u otros órganos”²⁴⁸. Del mismo modo, y para seguir con la palabras del propio de Vega, “sólo la clarificación adecuada de algunos aspectos de la problemática de la iniciativa, permitirá comprender luego el auténtico sentido de otras fases del procedimiento”²⁴⁹.

En este contexto, que la iniciativa la ejerza una parte del pueblo puede ser muy importante para el proceso de reforma constitucional. Su finalidad es la de impulsar el trabajo legislativo²⁵⁰, llevando ante los órganos competentes un proyecto de reforma que se considere necesario pero que no haya sido planteado por los representantes políticos²⁵¹.

²⁴⁶ Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 205; Hesse, *Escritos...*, cit., pp. 8 y ss.

²⁴⁷ *La reforma constitucional...*, cit., p. 125.

²⁴⁸ *La reforma constitucional...*, pp. 128-129.

²⁴⁹ *Idem*, p. 129.

²⁵⁰ “Si el referéndum actúa de freno a las pretensiones expansivas de las Asambleas, la iniciativa popular, por el contrario, aparece como acicate”, De Vega, *idem*, p. 121.

²⁵¹ En el preámbulo de la Ley Orgánica 3/1984 reguladora de la iniciativa legislativa popular de España (cuya Constitución, por cierto, no reconoce la iniciativa popular para las reformas constitucionales según su artículo 166) se indica que el reconocimiento constitucional de la iniciativa legislativa popular, “permite, de un lado, instrumentar la directa participación del titular de la soberanía en la tarea de elaboración de las normas que rigen la vida de los ciudadanos, y posibilita, de otra parte, la apertura de vías para proponer al poder legislativo la aprobación de normas cuya necesidad es ampliamente sentida por el electorado pero que, no obstante, no encuentren eco en las formaciones políticas con representación parlamentaria”. El artículo 5.2. inciso d dispone que una de las causas de inadmisión de una iniciativa legislativa popular es la que ya exista en el Congreso o en el Senado un proyecto o proposición de ley que tenga el mismo objeto, siempre que ese proyecto o proposición se encuentre en el trámite de enmiendas o uno más avanzado.

La iniciativa popular para las reformas constitucionales no se recoge en demasiadas Cartas Fundamentales, a diferencia de lo que sucede con la figura del referéndum, que suele aparecer con más frecuencia en los diversos textos constitucionales.

El referéndum para la aprobación de las reformas constitucionales es una figura bastante común en el derecho constitucional contemporáneo.

Su finalidad, como se indicaba arriba, es la de consultar al pueblo sobre la conveniencia de una reforma.

La regulación concreta que del referéndum constitucional se hace en cada ordenamiento suele ser variable. En Europa se le encuentra, ya sea para permitirlo o para prohibirlo, por ejemplo en las Constituciones de Austria (art. 44.3), Dinamarca (art. 88), España (arts. 167.3 y 168), Francia (art. 89, apartados 2 y 3), Irlanda (arts. 46, apartados 2 y 5 y 47.1), Italia (art. 138.2), Portugal (art. 118.3) y Suecia (art. 15, apartados 3 y 4).

A diferencia de la iniciativa popular, que tiene una finalidad primordial de *impulso* al debate sobre una determinada reforma, el referéndum tiene por objeto legitimar la decisión tomada por los representantes populares. Quizá es por eso que, históricamente, se ha prestado a todo tipo de manipulaciones. De todas formas, como ya se apuntaba, puede constituir una herramienta útil para elevar y ampliar el debate público acerca de las decisiones fundamentales dentro de un Estado democrático.

6. *Los límites de la reforma*

El tema de los límites de la reforma constitucional, dice Karl Loewenstein, es un viejo problema que ha adquirido mayor importancia en los tiempos recientes debido, entre otras cosas, a “la arbitrariedad de los detentadores del poder con las constituciones”²⁵².

La existencia de los límites al poder reformador no parece demasiado complicada de aceptar si se acepta también la premisa de que el poder de reforma es un poder constituido y que, en esa condición, se encuentra siempre sujeto a la Constitución que lo crea y regula. El poder de reforma no es un poder soberano e ilimitado, sino un poder subordinado a los mandatos constitucionales, que son la fuente primaria de todo el sistema de normas que integran el ordenamiento, incluyendo las propias reformas constitucionales.

²⁵² *Teoría de la Constitución*, cit., p. 188.

En los párrafos que siguen se exponen solamente algunos de los aspectos más relevantes en torno a los límites de la reforma. En primer lugar se esboza una clasificación de los tipos de límites, para luego abordar en concreto aquellas limitaciones que pueden resultar de mayor interés: los llamados límites explícitos, es decir, las cláusulas de intangibilidad, y los límites implícitos, sobre todo los problemas —quizá más teóricos que reales— de la reforma de las normas que regulan la reforma y de la revisión total de la Constitución.

6.1. Tipos de límites

Los límites a la reforma constitucional pueden clasificarse en tres grupos²⁵³.

Los límites heterónomos y los autónomos, por un lado. Los explícitos y los implícitos, por otro. Y, finalmente, los límites absolutos y los relativos.

Son heterónomos los límites que vienen impuestos por fuentes distintas al propio texto constitucional. La existencia de estos límites se ha defendido desde posiciones iusnaturalistas; también pueden proceder, tal como sucede con las limitaciones a la actuación del poder constituyente originario, del orden jurídico internacional.

Son autónomos los límites que vengan impuestos por el mismo texto constitucional. Dentro de ellos se incluyen los límites que siguen; tanto los explícitos e implícitos, como los relativos y absolutos.

Los explícitos, también llamados cláusulas de intangibilidad, son los que aparecen formulados expresamente en el texto constitucional. Los implícitos son los que pueden deducirse indirectamente de la Constitución; ya sea como consecuencia de los fundamentos mismos del orden constitucional, “bien como correlato de las singulares cualificaciones que se producen en determinados preceptos de la Constitución”²⁵⁴.

La clasificación de los límites a la reforma en absolutos y relativos se refiere a la posibilidad o imposibilidad de que tanto los límites explícitos como los implícitos puedan ser superados; es decir, si los límites pueden ser modificados por procedimientos especiales, entonces estaremos frente a un límite relativo, mientras que si un límite no puede ser superado bajo ninguna circunstancia (jurídica, desde luego) entonces se trata de un límite absoluto.

²⁵³ Se sigue la clasificación adoptada por Pedro de Vega, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 240 y ss.

²⁵⁴ De Vega, *La reforma constitucional...*, cit., p. 242.

6.2. Límites explícitos: las cláusulas de intangibilidad

Los límites explícitos o cláusulas de intangibilidad pueden ser de dos tipos: temporales o materiales. Los primeros consisten en la prohibición de reformar la Constitución durante un periodo de tiempo determinado, mientras que los segundos hacen referencia a una materia concreta —por ejemplo, la forma de Estado—, con independencia del tiempo en que se quiera llevar a cabo la reforma.

Los límites temporales pueden expresarse como prohibiciones de reforma dentro de un periodo predeterminado de tiempo (las que se podrían llamar limitaciones temporales en sentido estricto) o como prohibiciones de reforma cuando se presenten ciertas circunstancias (y que por tanto podrían llamarse prohibiciones circunstanciales). Las primeras son aquellas en las que se dice que durante 5, 10 o 20 años no pueden llevarse a cabo reformas, o bien que entre reforma y reforma deben transcurrir X número de años.

Las prohibiciones circunstanciales, por su parte, son las que se establecen para impedir que las reformas constitucionales puedan llevarse a cabo bajo condiciones que alteren la vida normal dentro de un Estado. Por ejemplo, las prohibiciones de realizar reformas constitucionales bajo el estado de sitio o de excepción²⁵⁵.

Los límites temporales en sentido estricto, según Pedro de Vega, en realidad no son cláusulas de intangibilidad, “por constituir prohibiciones que se disuelven o desaparecen por sí mismas”²⁵⁶. Con todo, lo que es cierto es que limitan efectivamente el ejercicio del poder de reforma, de modo que, aunque desaparezcan con el paso del tiempo, mientras estén vigentes constituyen un obstáculo insuperable para el poder reformador de la constitución.

La utilización de los límites explícitos a la reforma constitucional es bastante común en el constitucionalismo de la Segunda Posguerra²⁵⁷.

Las Constituciones de Francia de 1946, de Italia de 1947 y de Alemania de 1949 establecen cláusulas de intangibilidad insuperables (absolutas) y en ocasiones de una amplitud que no puede dejar de sorprender. Normalmente se trata de límites materiales, aunque también pueden encontrarse límites temporales en el constitucionalismo de las últimas décadas. Tal es el caso del artículo 110.6 de la Constitución griega de 1975, que dispone lo siguiente: “No se admitirá revisión alguna de la Constitución antes de haber expirado un lapso de cinco años desde el final de la revisión anterior”.

²⁵⁵ Por ejemplo en el artículo 289 de la Constitución portuguesa o 169 de la Constitución española.

²⁵⁶ De Vega, *La reforma constitucional...*, cit., p. 245.

²⁵⁷ *Idem*, pp. 245-246.

La Constitución francesa de la V República establece en su artículo 91 que “No podrá ser objeto de revisión la forma republicana de Gobierno”. En el mismo sentido se pronuncian la Constitución italiana (artículo 139), la griega (artículo 110.1) y la portuguesa (artículo 288 inciso b).

Pero es en las Constituciones de Alemania y Portugal en donde las cláusulas de intangibilidad son más amplias.

En la primera (artículo 79.3) se declara irreformable la división de la Federación en *Länder*, el principio de cooperación de los Estados en la potestad legislativa y los principios de los artículos 1 (dignidad de la persona e inviolabilidad de los derechos, entre otras cosas) y 20 (Estado social y democrático, emanación popular del poder estatal, sujeción del poder legislativo a la Constitución y de los poderes ejecutivo y judicial a la ley y al derecho y derecho de resistencia de todos los alemanes).

La Constitución de Portugal, por su parte, ofrece una larga lista de todas aquellas materias que tienen una protección frente a la reforma constitucional. En su artículo 288 se señala que toda ley de revisión constitucional deberá respetar, entre otras cosas, la independencia nacional y la unidad del Estado (inciso a), la forma republicana de gobierno (inciso b), los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos (inciso d), el pluralismo de expresión y organización política, incluyendo los partidos políticos, y el derecho a la oposición democrática (inciso i), el control de constitucionalidad por acción o por omisión de normas jurídicas (inciso k), la independencia de los tribunales (inciso l), etc.

En el constitucionalismo histórico mexicano se encuentran también algunos ejemplos de cláusulas de intangibilidad. Algunas de carácter temporal, como en el artículo 166 de la Constitución de 1824 (que prohibía iniciativas de reforma en sus primeros seis años de vigencia), o en el artículo primero de la séptima ley de las Leyes Constitucionales de 1836²⁵⁸.

La misma Constitución de 1824 establecía en su artículo 171 que “Jamás se podrán reformar los artículos de esta Constitución y de la acta constitutiva que establecen la libertad e independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta, y división de los supremos poderes de la Federación y de los Estados”.

En cualquier caso, los límites explícitos, del tipo que sean, son límites *jurídicos*, es decir, son límites a la actuación *jurídica* del poder de reforma, lo cual no quiere decir que puedan limitar en forma alguna al poder constituyente origina-

²⁵⁸ Ambos textos pueden consultarse en Carbonell, Miguel, Cruz Barney, Óscar y Pérez Portilla, Karla (compiladores), *Constituciones históricas de México*, 2ª edición, México, UNAM, Porrúa, 2004.

rio, sino que vinculan al poder de reforma mientras pretenda actuar, como poder constituido, dentro del orden constitucional vigente. Si se produce un cambio constitucional por la vía de los hechos, entonces quedan sin sentido las cláusulas de intangibilidad y el orden constitucional por entero. Es por eso que Pedro de Vega sostiene, con evidente acierto, que “dentro del funcionamiento normal del ordenamiento constitucional, los límites explícitos son insuperables. Su destino es el del propio ordenamiento concebido como totalidad y, en consecuencia, su única eliminación posible sólo puede venir determinada por la acción revolucionaria ínsita en la actuación del poder constituyente, y no por el funcionamiento normal del poder de revisión”²⁵⁹.

6.3. Límites implícitos: el problema de la reforma de las normas de reforma y de la revisión total de la Constitución

Los límites implícitos a la reforma constitucional plantean algunas cuestiones complejas para el ordenamiento constitucional²⁶⁰. Dos de ellas, quizá las más destacadas, son a) la que trata sobre la posibilidad (o imposibilidad) de modificar las propias normas que regulan la reforma constitucional y b) la que se refiere a la revisión total de la Constitución.

El tema de la imposibilidad de reformar las normas de reforma fue ya planteado por Alf Ross en varias de sus obras²⁶¹. Según Ross, una norma de reforma constitucional no puede aplicarse a su propia reforma porque “implica autorreferencia genuina y parcial, que tiene que ser excluida como algo lógicamente absurdo, y... Porque implica la suposición de una inferencia en la cual la conclusión es contraria a una de las premisas, lo que también es algo lógicamente absurdo”²⁶².

Ross lo que viene a decir es que no hay forma jurídica de cambiar la norma básica (la *Grundnorm*) del sistema, de la cual las normas de reforma constitucional son la última garantía²⁶³. Ahora bien, Ross admite que si la norma básica cambia, entonces pueden también ser modificadas las normas de reforma. En tal caso, la

²⁵⁹ *La reforma constitucional...*, cit., p. 267.

²⁶⁰ Para un primer planteamiento general de este tema, Cabo, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, cit., pp. 29 y ss.

²⁶¹ *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, 1963 y “Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional”, trad. de Ernesto Garzón Valdés y Eugenio Bulygin en *El concepto de validez y otros ensayos*, 2ª edición, México, Fontamara, 1993.

²⁶² “Sobre la autorreferencia...”, cit., p. 72.

²⁶³ *Idem*, p. 77.

validez de la modificación de las normas de reforma derivaría no de ellas mismas —lo que es un absurdo lógico— sino de la nueva norma básica²⁶⁴.

Más recientemente se han usado los planteamientos iniciales de Ross para fundamentar, con distintos argumentos, la imposibilidad de modificar las normas de reforma. Así, se ha dicho que tal imposibilidad deriva del hecho de que el poder constituyente originario delegó en el poder reformador de la constitución una competencia exclusiva de enmienda, pero no la de transferir o disponer de esa competencia modificando el propio proceso de reforma. Al respecto José Juan Moreso apunta que

De forma semejante a como se considera inválida una norma que delegue la competencia para regular determinada materia confiada, exclusivamente, a un órgano (el parlamento, por ejemplo), debe considerarse inválida la norma que delega la competencia para reformar la constitución confiada, exclusivamente, al poder constituyente constituido. De no ser así, la interpretación contraria permitiría que el poder constituyente delegara en otro órgano, por ejemplo, en el gobierno, la competencia para reformar la constitución, contra lo que pretendía el poder constituyente originario²⁶⁵.

La cuestión, quizá más teórica que práctica a juzgar por el funcionamiento real de algunos sistemas constitucionales, no deja de ser interesante y demuestra, una vez más, que el Estado constitucional tiene una lógica particular de la cual es tributario todo el sistema y que cuando esa lógica se deja atrás se puede estar ante cualquier cosa, excepto frente a un Estado constitucional bien conformado.

Y lo anterior bien puede aplicarse también al segundo tema del que se ocupa este apartado: el de la reforma total de la Constitución. En el intento por *juridificar* todos los procesos políticos del Estado se ha llegado hasta querer juridificar aquello que es imposible de regular si atendemos a la historia: el poder constituyente originario. No otra función tiene la previsión, dentro del texto constitucional, de su propio cambio total. Con ese cambio se puede caer fácilmente en lo que se ha llamado el “fraude constitucional” o el “falseamiento de la Constitución”²⁶⁶, al tratar de revestir jurídicamente lo que en realidad no es más que la instauración de un régimen político distinto.

Toda Constitución, por el contrario, debe estar comprometida con algunos valores “mínimos” que debe proteger de manera inexorable, sin que sea admisible en el texto constitucional una “indiferencia valorativa o ideológica”²⁶⁷. De otra

²⁶⁴ *Idem*, p. 81.

²⁶⁵ Moreso, José Juan, “Disposiciones de reforma constitucional”, *Doxa*, número 10, Alicante, 1991, pp. 206-207 (trabajo incluido en su libro *Normas jurídicas y estructura del derecho*, México, Fontamara, 1997, pp. 35-58); en el mismo sentido, Vega, Pedro de, *La reforma constitucional...*, cit., p. 277.

²⁶⁶ De Vega, *La reforma constitucional...*, cit., pp. 291 y ss.

²⁶⁷ Jiménez Campo, “Algunas consideraciones...”, cit., pp. 90 y 100 y ss.

forma la Constitución no pasa de ser un recipiente vacío que puede rellenarse con cualquier contenido, pudiendo tanto establecer una dictadura como una democracia. Esto, aunque empíricamente no sea en absoluto comprobable, es inaceptable si se parte de un concepto de Constitución que solamente acepta una ideología: la liberal-democrática, comprometida con el respeto por la dignidad humana y con los derechos fundamentales²⁶⁸.

Aceptando lo anterior, quizá tenga sentido intentar plantear el siguiente dilema (aunque su respuesta es obvia a la luz de lo que se acaba de decir): ¿puede el poder de reforma establecido por una Constitución democrática reformar —hasta desdibujarlo— el sistema democrático? La respuesta debe ser necesariamente negativa porque cambiar la fundamentación misma del sistema equivale a poco menos que a un golpe de Estado. Y que ello se haga además mediante el uso de mecanismos “constitucionales” no puede ser más que condenable en cualquier caso.

7. *El procedimiento de reforma en la Constitución mexicana*

El procedimiento para reformar la Constitución mexicana es muy parecido al que prevé la Constitución de los Estados Unidos (artículo V), sin embargo presenta algunas peculiaridades.

En primer término, resalta el hecho de que la Constitución dispone dos procedimientos distintos de reforma, uno que se podría llamar superagravado y que sirve solamente para modificar el capítulo territorial de la Constitución y otro, formalmente agravado pero por décadas muy flexible en la práctica, que es el que se utiliza normalmente y que sirve para cambiar las demás partes del texto constitucional.

El primer tipo de procedimiento se encuentra regulado en el artículo 73 fracción III y el segundo en el 135.

De acuerdo con la fracción citada del artículo 73 el Congreso de la Unión tiene la facultad de “admitir nuevos Estados a la Unión Federal”. El listado de las entidades federativas que conforman la “Unión Federal” se encuentra en el artículo 43, de modo que la forma en que el Congreso pueda ejercer esa facultad que le

²⁶⁸ Coincido plenamente con el concepto de Constitución que nos ofrece Francisco Rubio Llorente, quien afirma que “por Constitución... 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... No hay otra Constitución que la Constitución democrática”, “Constitución”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995.

otorga el artículo 73 es reformando la Constitución. El propio artículo 73 señala siete requisitos para que el Congreso pueda llevar a cabo tal modificación y que son los siguientes:

1° Que la fracción o fracciones que pidan erigirse en Estados, cuenten con una población de ciento veinte mil habitantes, por lo menos;

2° Que se compruebe ante el Congreso que tienen los elementos bastantes para proveer a su existencia política;

3° Que sean oídas las Legislaturas de los Estados de cuyo territorio se trate, sobre la conveniencia o inconveniencia de la erección del nuevo Estado, quedando obligadas a dar su informe dentro de seis meses, contados desde el día en que se les remita la comunicación respectiva;

4° Que igualmente se oiga al Ejecutivo de la Federación, el cual enviará su informe dentro de los siete días contados desde la fecha en que le sea pedido;

5° Que sea votada la erección del nuevo Estado por dos terceras partes de los diputados y senadores presentes en sus respectivas Cámaras;

6° Que la resolución del Congreso sea ratificada por la mayoría de las Legislaturas de los Estados, previo examen de la copia del expediente, siempre que hayan dado su consentimiento las Legislaturas de los Estados de cuyo territorio se trate;

7° Si las legislaturas de los Estados de cuyo territorio se trate, no hubieren dado su consentimiento, la ratificación de que habla la fracción anterior (sic) deberá ser hecha por las dos terceras partes del total de Legislaturas de los demás Estados”.

Por su parte, el artículo 135, que es el único que integra el título octavo que lleva por título “De las reformas a la Constitución”, dispone lo siguiente:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia, ni mucho menos la práctica del poder reformador de la Constitución han encontrado diferencia sustancial alguna entre los términos adicionar y reformar que utiliza el artículo 135. Se ha entendido, desde mi punto de vista correctamente, que existe un sólo procedimiento y una sola vía para introducir cambios en el texto constitucional (con la salvedad, ciertamente extraordinaria, del artículo 73 fracción III, que ya se ha expuesto).

Del procedimiento que detalla el artículo 135 hay que destacar, al menos, los siguientes aspectos:

- A) El artículo no señala qué sujetos tienen la facultad de presentar iniciativas de reforma constitucional, por lo que haciendo una interpretación analógica a partir de lo que dispone el artículo 71 constitucional, se puede sostener que dichas iniciativas pueden ser presentadas al menos por los integrantes del Congreso de la Unión (diputados y senadores), legisladores en los Con-

gresos de las entidades federativas y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el Presidente de la República y los ciudadanos. Esto con independencia de que las correspondientes leyes orgánicas de los congresos pudieran admitir otra forma de iniciativas, las cuales tendrían que ser hechas propias por los órganos legislativos.

- B) Tampoco la tramitación de las iniciativas está descrita por el artículo 135, de modo que de nuevo procede una aplicación por analogía del artículo 72 constitucional; esto significa que una iniciativa de reforma constitucional se discutirá sucesivamente en ambas Cámaras del Congreso de la Unión, comenzando por la Cámara de origen, es decir, por aquella en la que la iniciativa de que se trate ha sido presentada.
- C) Por el carácter rígido del texto constitucional, el artículo 135 establece que la votación necesaria para aprobar una modificación a la Carta Magna es de dos terceras partes de los individuos presentes. Esta votación calificada puede a primera vista parecer muy alta, pero en realidad no lo es tanto si consideramos que, en el límite, pudieran estar presentes en una sesión el 50% más uno de los miembros de una Cámara (que es el requisito de quórum que dispone el artículo 63 de la propia Constitución) y de ahí tendría que calcularse las dos terceras partes.

Si hiciéramos un ejercicio hipotético para el caso de la Cámara de Diputados tendríamos que la presencia mínima para sesionar sería de 251 diputados y si multiplicamos esa cifra por 66% (es decir, dos terceras partes), tendríamos un número de 166 diputados; es decir, en el caso límite una reforma constitucional puede ser aprobada por 166 diputados, del total de 500 que integran la Cámara.

- D) Una vez que el proyecto es aprobado por la votación calificada que se acaba de explicar en ambas Cámaras, pasa a las legislaturas de los Estados. En esta etapa el artículo 135 no señala si la eventual aprobación por parte de las legislaturas locales debe ser por alguna mayoría calificada. Al no señalarlo expresamente se podría pensar, en un primer momento, que la mayoría necesaria sería una mayoría simple, ya que la existencia de mayorías calificadas solamente puede ser expresa y nunca entendida de forma implícita (es decir, no se puede deducir la existencia de una mayoría calificada en caso de un silencio normativo). Y esto es lo que debe entenderse, a menos que alguna disposición constitucional local establezca otro tipo de mayoría (la cual, sin embargo, no podría ser superior a la que establece el artículo 135 para el Congreso de la Unión; hacer más exigente —por ejemplo de las 4/5 partes o algo por el estilo— podría ser considerado como no proporcional). Es importante señalar que el artículo 135 dispone que la aprobación deberá ser hecha por las legislaturas locales; esto significa que una norma local (por

ejemplo la Constitución de una entidad federativa) no podría establecer que en dicha aprobación tuviera intervención un sujeto distinto al propio poder legislativo local. Esto excluye la participación, por ejemplo, del gobernador del Estado y excluye también la posibilidad de que tal aprobación pudiera sujetarse a referéndum. El único sujeto del ámbito local que está legitimado para intervenir en el proceso de reforma a la Constitución General de la República son los congresos de las entidades federativas, los cuales no pueden —ni siquiera por voluntad propia— ceder dicha facultad o invitar a participar en ella a un sujeto distinto.

- E) Al señalar el artículo 135 que la iniciativa de reforma constitucional aprobada por el Congreso de la Unión debe pasar a las legislaturas de los “Estados” para su aprobación se está omitiendo la posibilidad de que en el procedimiento de reforma intervenga el órgano legislativo del Distrito Federal que es la Asamblea Legislativa. Esta omisión es incomprensible y no tiene justificación alguna. Parece un vestigio de otros tiempos, cuando a los habitantes de la capital de la República se les negaban los derechos políticos más elementales, como por ejemplo elegir al titular del Poder Ejecutivo local (hay que recordar que la primera elección de un Jefe de Gobierno sucede en el Distrito Federal apenas en 1997). Es de esperarse que la privación del derecho de participar a través de los representantes legislativos locales en el proceso de reforma constitucional sea muy pronto eliminada y que con ello se avance un paso más en el sentido de considerar a los habitantes de la capital como ciudadanos de pleno derecho, situación que hasta el momento no ha sucedido.
- F) Una vez que se han reunido los votos aprobatorios de las legislaturas de los Estados le corresponde al Congreso de la Unión o en su caso a la Comisión Permanente hacer el recuento de los mismos y declarar que la reforma constitucional ha sido aprobada. La declaración puede hacerse tan pronto se reúna el requisito de votación establecido en el artículo 135, es decir, la mayoría de los 31 estados de la República. Se requiere por tanto contar con la constancia de que 16 estados han votado a favor. Aunque los demás congresos locales hayan votado en contra o no se hayan pronunciado, será suficiente con el voto de los 16 que sí lo han hecho para tener por aprobada la reforma.
- G) Aunque el artículo 135 ya no lo menciona, es obvio que una vez que se hace la declaración de que la reforma ha sido aprobada el Congreso de la Unión debe proceder a ordenar su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* así como también, al menos eso sería lo deseable, en los periódicos y gacetas oficiales de las entidades federativas (para lograr de esa forma un mejor conocimiento de que la reforma constitucional se ha realizado).

8. *El control de las reformas constitucionales*

El análisis de la teoría de la reforma constitucional quedaría incompleto sino fuera estudiada la posibilidad, los alcances y el significado de someter dicho procedimiento a un control de regularidad constitucional. Como lo señala Pedro de Vega, “La problemática de la reforma... quedaría reducida a una mera disquisición doctrinal, más propia de la metafísica política que de la teoría del Estado constitucional, si no existieran unos controles a cuyo través se asegurara efectivamente su actuación, se garantizara su procedimiento y se fijaran sus límites”²⁶⁹.

La exposición del tema del control de la reforma es necesaria si se toman en cuenta las tres funciones que puede desarrollar tal control: a) como instrumento garantizador de la vigencia y eficacia de la reforma constitucional; b) como sistema de garantía de cumplimiento formal de las normas que regulan su procedimiento; y c) como un medio para asegurar los límites al poder reformador²⁷⁰.

En este contexto, se puede afirmar que se nos presentan dos posibilidades fundamentales: o que se admita la posibilidad de controlar el quehacer del poder reformador o que no se admita esa posibilidad y se permita que el poder reformador se convierta en un verdadero poder constituyente, desligado de cualquier vínculo, incluso de los de carácter procedimental.

A la primera posibilidad subyace la consideración de que el poder constituyente es distinto —y superior— a los poderes constituidos y, además, que el poder reformador es un poder constituido. Para la segunda opción no existen diferencias entre el poder constituyente originario y el poder reformador.

Creo que lo correcto es concebir al poder reformador como un poder limitado, sujeto a un posible mecanismo de supervisión por parte del poder judicial. No tengo duda de que ese mecanismo puede abarcar las cuestiones procedimentales. Cabría suponer que sería más remota la posibilidad de hacer un control material o sustantivo (es decir, de los contenidos) de una reforma constitucional, considerando que no tenemos previstas en la Constitución cláusulas de intangibilidad, pero no debe descartarse del todo, en el supuesto —que esperemos sea remoto— de que a través del mecanismo de reforma en realidad se intente alcanzar una subversión completa del régimen constitucional, anulando la división de poderes o borrando derechos fundamentales. En ese caso deberían los jueces parar a los poderes constituidos que intentaran disfrazar como reforma constitucional lo que probablemente se podría calificar como un golpe de Estado, pero se trataría de casos verdaderamente evidentes y groseros de afectación del orden jurídico.

²⁶⁹ *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, cit., p. 296.

²⁷⁰ *Idem*, p. 297.

Capítulo VII

La rigidez constitucional

I. La rigidez de una Constitución se produce siempre que en un determinado texto constitucional existan procedimientos diferenciados para la aprobación de las leyes y para la aprobación de las reformas constitucionales.

Dicha diferenciación puede hacerse de varias maneras. Puede establecerse que sea el mismo órgano el que lleve a cabo ambos tipos de reformas, pero siguiendo un procedimiento distinto, normalmente más complejo para el caso de las reformas constitucionales. En este sentido, se pueden requerir mayorías calificadas o supercalificadas para aprobar una reforma constitucional, o se puede necesitar de un procedimiento que implique un periodo más largo de tiempo; bajo sistemas parlamentarios se puede incluso requerir que cuando se propone una reforma constitucional se disuelva el Poder Legislativo y se convoque a nuevas elecciones de forma que sean los nuevos legisladores los que se encarguen de votar la iniciativa propuesta por la legislatura precedente.

Otra posibilidad es que las reformas legales y las reformas constitucionales sean llevadas a cabo por órganos diferentes. Concretamente, el derecho comparado ofrece bastantes ejemplos de textos constitucionales que solamente pueden ser reformados por asambleas convocadas con ese único objeto, o bien por órganos que tienen una composición compleja: integrados tanto por el Poder Legislativo federal como por los poderes legislativos locales, por mencionar un ejemplo que puede darse en un Estado organizado federalmente. Todo esto ya fue explicado en el capítulo anterior, al tratar el tema de la reforma constitucional.

II. Las Constituciones rígidas se suelen oponer para efectos pedagógicos a las Constituciones flexibles. Son flexibles aquellas Constituciones que pueden ser modificadas siguiendo el mismo procedimiento que se sigue para la aprobación o modificación de las leyes.

En un sistema constitucional que cuente con una Constitución flexible la Constitución y la ley tienen la misma fuerza, se encuentran ubicadas en un mismo nivel jerárquico. En consecuencia, el principio que regula sus relaciones no es el de *lex superior derogat inferiori*, sino el de *lex posterior derogat priori*, la ley (la norma, mejor dicho) posterior en el tiempo deroga a la anterior. Esto significa, además, que si una ley contiene una disposición contraria a la Constitución, dicha ley se entiende no como una violación constitucional, sino como una modificación a lo dispuesto por el texto de la Constitución.

La distinción entre Constituciones flexibles y Constituciones rígidas fue elaborada originalmente por James Bryce en una obra clásica sobre el tema. En la

actualidad, la distinción entre Constituciones flexibles y Constituciones rígidas ha perdido en buena medida su relevancia práctica, puesto que la enorme mayoría de los textos constitucionales contemporáneos son rígidos. Por ello, actualmente se habla más de grados de rigidez, que de rigidez o flexibilidad *tout court*.

El grado de rigidez de cada texto constitucional concreto se encuentra en relación directa con la mayor o menor dificultad que dispone ese mismo texto para su propia reforma. Con un grado máximo de rigidez se encuentran las Constituciones que no permiten cambiar ninguna de sus disposiciones; en realidad, en esos casos, se habla de “Constituciones petrificadas”, más que de Constituciones rígidas. Hay otras Constituciones que no permiten la revisión de algunas de sus disposiciones, consagrando por tanto espacios intocables para la acción del poder reformador de la Constitución. En este último supuesto se encuentra, por ejemplo, la Constitución italiana de 1947, que no permite la revisión de la forma republicana del Estado italiano. Hay otras Constituciones, en fin, que contienen un doble proceso de reforma: uno más complejo, normalmente reservado para las modificaciones que afecten a los derechos fundamentales y a los principios básicos de la organización estatal; y otro procedimiento que sirve para modificar las disposiciones no esenciales que se contienen en la Constitución.

III. La rigidez constitucional no debe ser confundida con la supremacía constitucional. Como hemos dicho, rígida es una Constitución que no puede ser modificada a través del procedimiento que se sigue para la creación o modificación de una ley, mientras que supremo es un documento constitucional creado por el poder constituyente, mismo que desaparece después de haber expedido la Constitución. Puede haber Constituciones que sean supremas y no sean rígidas.

La supremacía y la rigidez constitucionales se distinguen también por su objetivo: la primera sirve para identificar a las normas constitucionales, mientras que la rigidez busca contribuir a la estabilidad de la Constitución, al hacer más difícil su modificación.

La rigidez y la supremacía coinciden, sin embargo, en sus efectos: tanto en virtud de una como de otra, todas las normas del ordenamiento deben adecuarse, tanto formal como sustancialmente, a las disposiciones constitucionales. Si no lo hicieran así violarían tanto la supremacía como la rigidez constitucionales. Ambas características, por tanto, sirven como parámetros de validez del resto de normas del ordenamiento.

Algunos autores distinguen entre una rigidez “débil” y una rigidez “fuerte”. La primera se da en aquellas Constituciones que se limitan a precisar que su reforma debe hacerse o bien por un órgano especial distinto de los demás poderes constituidos, o bien por el Poder Legislativo ordinario pero a través de un procedimiento dificultado, de modo que las leyes no pueden contrariar la Constitución bajo la

pena de ser ilegítimas, es decir, inválidas. La rigidez “fuerte”, por su parte, es una cualidad de aquellas Constituciones que, además de lo anterior, establecen también un control jurisdiccional de la legislación que se encarga de verificar, llegado el caso, si una norma legislativa o infralegislativa vulnera o contraría la norma constitucional y procede a anularla si así fuera.

IV. La rigidez constitucional puede plantear algunos problemas para la teoría de la democracia, en la medida en que rompe con el principio de “equivalencia de las opciones”. De acuerdo con ese principio, en una 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 tenga más votos.

Pues bien, el hecho de que para reformar la Constitución se requiera una mayoría calificada 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, quiere decir que para impedir la reforma, esto es, para que triunfe la opción que propugna el mantenimiento del contenido vigente de la norma constitucional, se requiere solamente del voto del 34% de los legisladores.

Lo que sucede en estos casos es que el “principio de equivalencia de las opciones” ha sido sustituido en favor de la continuidad de la Constitución en su contenido actual, lo cual implica una limitación de la democracia en nombre de la misma democracia y en favor de valores como la estabilidad constitucional y la continuidad normativa que se consideran preferentes con respecto al principio mayoritario.

Quizá por esto es por lo que desde un sector de la teoría crítica se apunta que la reforma constitucional, más que contribuir al cambio, lo que trata de hacer es garantizar el control del cambio por las mismas mayorías, actuando de esa manera a favor del *status quo*.

Ahora bien, lo que es evidente es que en el fondo de esta cuestión lo que se refleja es el problema más amplio (que no se puede abordar en este momento) sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia, es decir, entre un texto que declara derechos fundamentales para todos y que establece por tanto límites a lo que puede ser decidido o no decidido; y el sistema democrático que lleva aparejado el “gobierno de la mayoría”. Se trata de una temática que no se ha resuelto del todo y sobre la que habrá que seguir reflexionando en el futuro²⁷¹.

²⁷¹ Tres de los textos más relevantes que han abordado de forma reciente el asunto de la tensión entre constitucionalismo y democracia son los de Ronald Dworkin, “Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el Pueblo, en los tribunales” y Juan Carlos Bayón, “Democracia y de-

V. La Constitución mexicana de 1917 puede ser calificada como una Constitución rígida en un doble sentido. Por una parte, tiene un procedimiento de reforma, establecido en su artículo 135, diferente y más complicado que el que se utiliza para la legislación ordinaria (tiene incluso un procedimiento superrígido, previsto en el artículo 73 fracción III). Por otro lado, el procedimiento de reforma es llevado a cabo por un órgano diferente al que se encarga de expedir y reformar las leyes; el poder reformador de la Constitución se integra no solamente por las dos cámaras del Congreso de la Unión, sino también por las legislaturas de los estados.

Sin embargo, la rigidez constitucional, a pesar de estar recogida en el texto constitucional, no ha sido una realidad en el funcionamiento práctico de la Constitución. Puede decirse, de hecho, que la Constitución ha sido reformada incluso con mayor facilidad que algunas de las leyes inferiores. De hecho, prácticamente ninguna ley, si es que alguna, ha sufrido tantas reformas como el texto constitucional.

En cualquier caso, lo que se debe entender en el futuro es que la Constitución no es una ley cualquiera que puede ser modificada al gusto del presidente en turno, con independencia de la mayoría que tenga su partido en el Congreso de la Unión y en las legislaturas locales.

Si no existe un mínimo de estabilidad constitucional va a ser muy difícil lograr que la Constitución despliegue completamente su normatividad. La rigidez no solamente debe estar prevista en el texto de la Constitución, sino también ser observada en la práctica política de un Estado.

Los gobernantes deben aprender a ver los beneficios a largo plazo de la estabilidad constitucional frente a los beneficios inmediatos que les pueda reportar una reforma a la carta magna.

Por desgracia, en la medida en que la Constitución de 1917 ha acumulado en su texto una serie de disposiciones de detalle que no tienen nada que hacer dentro de una carta fundamental, y en virtud de que esas disposiciones son en buena medida reflejo de las preferencias de un determinado tipo de régimen político que actualmente ya no existe, las reformas se van a tener que seguir dando en los próximos años.

rechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, ambos incluidos en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (editores), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010; así como el libro de Pedro Salazar, *la democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, FCE, 2006.

Capítulo VIII

El neoconstitucionalismo

1. Introducción

El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española, así como en diversos países de América Latina (particularmente en los grandes focos culturales de Argentina, Brasil, Colombia y México). Con todo, se trata de un fenómeno escasamente estudiado, cuya cabal comprensión seguramente tomará todavía algunos años.

No son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera²⁷².

Creo que, como explicación de conjunto que intenta dar cuenta de una serie compleja de fenómenos, el neoconstitucionalismo sí supone alguna novedad dentro de la teoría y de la práctica del Estado constitucional de derecho.

¿Qué se engloba bajo el paraguas más o menos amplio del neoconstitucionalismo? O mejor dicho: ¿de qué hablamos cuando hablamos de neoconstitucionalismo?²⁷³ Hay al menos tres distintos niveles de análisis que conviene considerar:

2. Textos constitucionales

El neoconstitucionalismo pretende explicar a un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial y sobre todo a partir de los años 70 del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos funda-

²⁷² Ver al respecto el debate sostenido entre Luis Prieto Sanchís, Juan Antonio García Amado y Carlos Bernal Pulido en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 213 y siguientes.

²⁷³ Para una primera aproximación a este problema puede verse Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” en Carbonell, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª edición, Madrid, Trotta, 2009, pp. 75 y siguientes.

mentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.

Ejemplos representativos de este tipo de Constituciones lo son la española de 1978, la brasileña de 1988 y la colombiana de 1991.

3. *Prácticas jurisprudenciales*

En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo²⁷⁴. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *dritt-wirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.

Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos²⁷⁵. Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes a través de mecanismos jurisdiccionales. Del mismo modo que la Constitución del neoconstitucionalismo es una Constitución “invasora” o “entrometida” (según la correcta observación de Riccardo Guastini), también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El neoconstitucionalismo genera una explosión

²⁷⁴ Un buen panorama de la tarea que actualmente debe desempeñar el juez se encuentra en Barak, Aharon, *The judge in a democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006; también es interesante para el mismo propósito, aunque lo aborda con una perspectiva más amplia, Ahumada Ruiz, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Madrid, Civitas, 2005.

²⁷⁵ Gustavo Zagrebelsky se ha encargado de ilustrar esta dificultad en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 7ª edición, Madrid, Trotta, 2007, pp. 93 y siguientes.

de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observado anteriormente.

La mayor presencia de los jueces se ha correspondido históricamente en muchos países que han llevado a cabo transiciones a la democracia, con periodos en los que se ha privilegiado el imperio de la ley por encima de los arreglos político-partidistas.

En un número importante de países que han logrado avanzar en procesos de consolidación democrática, se han creado tribunales constitucionales que han actuado sirviendo de árbitros entre las partes en liza, a la vez que dejaban claro para todos los actores que los derechos de los ciudadanos no podían ser objeto de ninguna clase de regateo político ni estaban a la libre disposición de los partidos con representación parlamentaria²⁷⁶.

La actuación del Tribunal Constitucional Federal alemán al ordenar tempranamente en la década de los 50 la disolución de los partidos neonazis, el trabajo de la *Corte Costituzionale* italiana para hacer exigibles los derechos sociales previstos en la Constitución de ese país, las sentencias del Tribunal Constitucional español para ir delimitando el modelo de distribución territorial de poder entre el Estado central y las comunidades autónomas, son casos que nos ilustran sobre el papel central que tienen los jueces constitucionales dentro de la consolidación democrática.

También en América Latina tenemos ejemplos de jurisdicciones que han estado a la altura de los tiempos que les ha tocado vivir. Son célebres las resoluciones de la Corte Constitucional colombiana al conocer de procesos de acción de tutela por medio de las cuales se mandaron poner drenaje en barrios marginales o través de las que se aseguraba una correcta impartición de justicia dentro de las comunidades indígenas de ese país. También la Sala Constitucional de Costa Rica tiene en su haber varios precedentes que han demostrado la pertinencia de los jueces constitucional. Los jueces brasileños han logrado salvar vidas ordenando la entrega de medicamentos esenciales para personas sin recursos económicos. En Guatemala el Tribunal Constitucional paró un golpe de Estado que pretendió dar el entonces Presidente Jorge Serrano Elías en 1993²⁷⁷.

Lo anterior no es obstáculo para reconocer, sin embargo, que en América Latina se ha tomado conciencia de forma tardía de la importancia de contar con

²⁷⁶ Zagrebelsky, Gustavo, "Jueces constitucionales" en Carbonell, Miguel (editor), *Teoría del neo-constitucionalismo. Ensayos escogidos*, cit., pp. 91-104.

²⁷⁷ Sobre el tema se puede consultar la emotiva narración de los hechos realizada por uno de sus protagonistas en el trabajo de Jorge Mario García Laguardia, "Justicia constitucional y defensa de la democracia. El golpe de estado en Guatemala en 1993", *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, número 2, México, enero-junio de 2000, pp. 3-21.

un sistema judicial que tenga las condiciones necesarias para poder procesar de forma competente y oportuna los conflictos sociales. Es solamente a partir de la década de los 90, dentro de lo que se ha llamado “la segunda generación” de reformas del Estado, que en muchos de los países del subcontinente se han emprendido profundos cambios en la función judicial y que los propios jueces han comenzado a entender su papel dentro del paradigma neoconstitucional.

4. *Desarrollos teóricos*

Un tercer eslabón dentro del conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen en ocasiones no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo²⁷⁸. Tiene razón Luigi Ferrajoli cuando señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de meta-garantía del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La ciencia jurídica, nos dice Ferrajoli, puede concebirse hoy en día como “una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”²⁷⁹. No es difícil imaginar las muchas posibilidades e implicaciones que derivan de este tipo de postulados.

Aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino o Luis Prieto Sanchís han servido no solamente para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas. De entre los muchos ejemplos que se podrían poner basta citar la enorme influencia de la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Robert Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (que, por cierto, ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina). Muchas sentencias de la Suprema Corte de México se han basado de forma explícita o encubierta en los textos de Luigi Ferrajoli y lo mismo acontece en varias resoluciones de los jueces argentinos. Gustavo Zagrebelsky ha tenido la

²⁷⁸ Cfr. García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos del neoconstitucionalismo” en Carbonell Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 159 y siguientes. Del mismo autor, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.

²⁷⁹ *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª edición, Madrid, Trotta, 2006, p. 33.

oportunidad de hacer aportaciones teóricas de la mayor altura, pero además ha podido ponerlas en práctica en su desempeño como magistrado de la Corte Costituzionale italiana. Y así sucesivamente.

5. ¿Qué hay de nuevo en el neoconstitucionalismo?

No faltará quien diga que ninguno de esos tres elementos es, en rigor, novedoso y que no hacía falta inventar una nueva etiqueta para identificarlos, pues ya estaban bien analizados bajo las coordenadas teóricas tradicionales del positivismo de la primera mitad del siglo XX²⁸⁰. Quizá tengan razón quienes así opinan, pero sigo creyendo que la novedad está en el conjunto: quizá no tanto en uno de los tres elementos si los tomamos por separado, pero sí cuando los ponemos en común, compartiendo coordenadas de tiempo y espacio muy parecidas.

Es obvio que ya existían textos con mandatos constitucionales sustantivos desde principios del siglo XX (por ejemplo la Constitución mexicana de 1917 o la alemana de la Weimar de 1919). También es verdad que las prácticas jurisprudenciales anteriores a la Segunda Guerra Mundial habían desplegado ciertas dosis de activismo judicial que se parecen a las que actualmente observamos en países con incipientes tradiciones neoconstitucionalistas²⁸¹. Probablemente se pueden rastrear postulados neopositivistas desde los años 30 del siglo XX.

Son elementos que sin duda alguna se encuentran en la raíz histórica y política del neoconstitucionalismo; pero lo que resulta interesante del cuadro neoconstitucional que tenemos a la vista en los primeros años del siglo XXI es el conjunto, la combinación de los tres elementos que he mencionado. Y todavía más que eso: lo novedosos son sus efectos, es decir, la observación del Estado constitucional de derecho *en funcionamiento*. En el campo de la práctica son muchas las cuestiones que han cambiado en los últimos 50 años, no todas para bien dicho sea de paso. Muchas de ellas podrían ser explicadas también con las herramientas analíticas que nos proporciona el neoconstitucionalismo.

²⁸⁰ Este punto ha sido abordado por Prieto, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, cit., pp. 37 y siguientes, de manera muy acertada.

²⁸¹ Lo había hecho ya la Suprema Corte de los Estados Unidos en muchas de sus sentencias más relevantes. Por ejemplo en la más importante de todas, *Marbury versus Madison* (1803) donde nada menos que “descubre” —por llamarlo de alguna forma— el control de constitucionalidad de las leyes. Lo mismo puede decirse de decisiones activistas en sentido conservador, como lo fueron en su momento *Dred Scott versus Sanford* (1857), sobre la constitucionalidad de la esclavitud o *Plessy versus Ferguson* (1896), sobre la segregación racial en los trenes y en los demás servicios públicos.

Capítulo IX

El futuro del Estado constitucional

El 11 de enero de 1944, el Presidente de los Estados Unidos Franklin Delano Roosevelt dirigió a la nación su discurso anual ante el Congreso (en el que los presidentes norteamericanos dan cuenta del “estado de la Unión Americana”). Estados Unidos estaba inmerso de lleno en la II Guerra Mundial; muchas familias habían visto partir a sus seres queridos al frente de batalla, del otro lado del océano, en una guerra que parecía lejana, sino hubiera sido por el aviso de Pearl Harbor, en 1942.

Ese día Roosevelt, que vivía confinado en una silla de ruedas, estaba enfermo de gripe y no pudo transitar la ruta entre la Casa Blanca y el Capitolio, separados por pocos kilómetros. Lo que hizo fue ofrecerles a todos los norteamericanos su discurso a través de la radio. Fue un discurso memorable para la historia de los derechos humanos y para su comprensión como políticas emancipatorias.

¿Qué fue lo que dijo esa noche Roosevelt? Propuso que Norteamérica se diera una Segunda Declaración de Derechos (Bill of Rights)²⁸². Una segunda declaración que viniera a complementar a la primera, la que fue redactada por el gran James Madison e incorporada en el texto constitucional de los Estados Unidos por medio de sus diez primeras enmiendas.

El objetivo superior que debían buscar los Estados Unidos en esos tiempos era, según Roosevelt, la seguridad. Seguridad como objetivo supremo del gobierno y de la sociedad en su conjunto. ¿Pero a qué seguridad se refería el presidente? Seguridad entendida, dijo en su discurso, como seguridad física frente a los ataques enemigos, pero también seguridad económica, seguridad social y seguridad moral. ¿Cómo lograrlo?

Roosevelt propuso reformar la Constitución norteamericana para incorporar el derecho a un trabajo útil y bien remunerado; el derecho a un salario que permitiera proveer de comida y ropa adecuadas a cualquier persona; el derecho de todos los emprendedores, grandes y pequeños, a comerciar en una atmósfera de libertad, ajena a la competencia desleal y al dominio de monopolios internos y externos; el derecho de toda familia a una vivienda decente; el derecho a recibir adecuados tratamientos médicos y a la oportunidad de disfrutar de buena salud; el derecho a una buena educación; y el derecho a contar con una adecuada protección frente a los riesgos del envejecimiento, de la enfermedad, de los acciden-

²⁸² Ver el extraordinario trabajo sobre el tema escrito por Sunstein, Cass, *The second bill of rights*, Basic Books, Nueva York, 2004.

tes y del desempleo. Se trata de tener derechos para dejar de sentir miedo, dijo Roosevelt en su alocución, la cual ha sido calificada como “el discurso del siglo”, equivalente a lo que en el siglo XIX fue el Discurso de Gettysburg pronunciado por Abraham Lincoln.

Hoy casi todos esos derechos figuran ya, como derecho vigente, en muchos ordenamientos jurídicos del mundo, incluyendo al ordenamiento jurídico mexicano. No son buenos deseos ni forman parte de alguna plataforma partidista: por el contrario, se han integrado ya (por mandato de constituciones y tratados internacionales) en nuestro patrimonio jurídico. Sin embargo el objetivo no se ha logrado: seguimos teniendo miedo. La pregunta que debemos hacernos es: ¿en qué hemos fallado para no haber alcanzado el objetivo fijado por Roosevelt? ¿porqué nuestros nutridos catálogos de derechos fundamentales no han sido capaces de emanciparnos del miedo? Intentaré aportar algunas explicaciones, a partir de las cuales quizá se puedan elaborar algunas respuestas, así sean provisionales.

La crisis de seguridad pública ha influido de forma importante en la percepción social alrededor de los derechos fundamentales. Los habitantes de México se preguntan ¿para qué deben servir los derechos humanos? ¿qué tipo de castigos merecen los responsables de cometer crímenes atroces? ¿cómo lograr que las autoridades sean eficaces en su combate contra la delincuencia organizada, sin que por alcanzar dicha eficacia terminen violando derechos? ¿qué autoridades deben participar en la lucha contra el delito? ¿requiere el Estado mexicano tomar medidas excepcionales, como la suspensión de derechos, para frenar la ola de delincuencia que afecta a una parte considerable del país?

Todas estas preguntas se intentan responder en la actualidad desde un contexto social y político marcado precisamente por el miedo. No es algo del todo nuevo, aunque quizá sí lo sea por lo que respecta a la dimensión del fenómeno dentro de la sociedad mexicana, que ha presenciado actos de una brutalidad inusitada en los tiempos recientes. La historia de la humanidad ha estado marcada por el miedo, como lo han reconocido destacados pensadores entre los que se suele citar a Hobbes. El miedo está presente en nuestras vidas desde la infancia. Ha incidido en el rumbo de algunas de nuestras decisiones desde tiempos remotos y, de alguna manera, lo sigue marcando en la actualidad²⁸³.

De hecho, nunca como en nuestro tiempo ha existido una estrategia tan obvia y tan deliberada para extender el miedo entre la población y contribuir de esa manera a determinar la forma en que vivimos y las decisiones que tomamos.

El miedo de nuestra época se ha vuelto disperso, omnipresente y además es multicausal, pues lo mismo proviene de los riesgos que derivan del cambio cli-

²⁸³ Corey, Robin, *El miedo. Historia de una idea política*, México, FCE, 2009.

mático que de factores vinculados con la inseguridad pública. Y por eso mismo es más efectivo, pues como señala Bauman, “El miedo es más temible cuando es difuso, disperso, poco claro; cuando flota libre, sin vínculos, sin anclas, sin hogar ni causa nítidos; cuando nos ronda sin ton ni son; cuando la amenaza que deberíamos temer puede ser entrevista en todas partes, pero resulta imposible de ver en ningún lugar concreto”²⁸⁴.

El miedo determina nuestra conducta, afecta a la libertad al ejercer influencia sobre el uso que le damos a nuestra autonomía personal y, en esa medida, se proyecta sobre el ejercicio de nuestros derechos fundamentales. Las decisiones que tomamos en nuestra vida cotidiana están condicionadas por el miedo. En esa virtud, el miedo tiene que ser un componente explicativo de cualquier análisis moderno sobre la Constitución, concebida ya no como ejercicio colectivo, sino como reivindicación en primer término personal, casi corpórea.

Lo anterior se debe a que, como es obvio, el más elemental de todos nuestros miedos tiene que ver con nuestro propio cuerpo, con la integridad física de cada uno de nosotros como personas. ¿Porqué en las sociedades contemporáneas tenemos preocupaciones relacionadas con nuestro cuerpo? Hay muchas dimensiones que se pueden citar para dar contestación a esta pregunta. Y aquí, como en otros asuntos relacionados con la conducta humana, el contexto importa mucho.

Mientras que en algunos países la gente se preocupa por su supervivencia física, puesto que no consiguen la cantidad de alimentos que necesitan o su calidad es muy baja, o bien su salud está severamente dañada, en otros las preocupaciones son por razones opuestas, ya que les atemoriza no poder controlar su peso e incurrir en patrones (bien estudiados) de obesidad y riesgos cardiovasculares. La salud física, por tanto, suministra en uno u otro sentido un primer riesgo generador de miedos en las sociedades contemporáneas.

Pero existen muchos otros en relación al cuerpo. La posibilidad de ser torturado, que no es nada remota todavía hoy en día en muchos países, de ser sometido a vejaciones y abusos por parte de los agentes de la autoridad, es otro factor de miedo. En este caso el miedo es generado y soportado desde el gobierno, responsable en última instancia, por acción o por omisión, de que sucedan atrocidades en forma de torturas y malos tratos.

Este miedo a ser detenido y torturado también es graduable en función del contexto social y económico en el que se vive. Esto es así ya que no son pocos los países que practican la tortura y que además tienen un alto grado de corrupción

²⁸⁴ Bauman, Zygmunt, *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós, 2007, p. 10.

policíaca. De hecho, la corrupción de la policía y la tortura podrían ser dos caras de la misma moneda.

Por eso es que las personas que tienen cierto nivel económico o que viven en determinados barrios acomodados de las grandes ciudades están menos preocupadas que otras personas que responden a un cierto perfil de criminalización: personas jóvenes, de bajo nivel económico, que viven en barrios marginales, sin empleo y con escaso nivel educativo.

Esos jóvenes saben que la arbitrariedad policíaca se puede cebar en ellos y que la tortura o el maltrato en las dependencias oficiales no es algo que se pueda descartar, sino más bien todo lo contrario. Viven con mayor temor y su trato con los agentes de la autoridad siempre es más lejano y marcado por la desconfianza.

A todos sus problemas se añade el riesgo de no poder pagar una buena defensa jurídica, lo que dificulta enormemente el salir bien librado de una detención arbitraria o incluso el poder acusar a algún agente oficial de haberse extralimitado en sus funciones. En México hay suficientes datos empíricos que acreditan la “focalización” del sistema penal en personas de bajos recursos económicos, susceptibles de sufrir incontables abusos a manos de la policía.

Un tercer factor de miedo en relación al propio cuerpo deriva de la penalización de ciertas prácticas que nos obligan a sufrir consecuencias corporales no deseadas. Es el caso de la penalización del aborto o de la falta de regulación legal de la eutanasia²⁸⁵. En ambos casos se utiliza a nuestro cuerpo para fines que le son ajenos, obligándonos a asumir consecuencias que no deseamos. Con el agravante, como en el caso de las detenciones arbitrarias y de las torturas, de que las peores consecuencias son para las personas que tienen menos recursos, pues para las demás es relativamente fácil dar con la vía idónea para lograr su objetivo, ya sea la interrupción de su embarazo o el terminar con su vida cuando toda esperanza ha dejado de existir o cuando ya no se tienen ganas de seguir sufriendo por una enfermedad incurable.

La instrumentalización del cuerpo de las mujeres como efecto de la consideración penal del aborto no es nueva. Como lo ha escrito Luigi Ferrajoli, “el cuerpo de las mujeres, a diferencia del de los hombres, ha sido siempre un campo de conflictos y de discursos públicos —jurídicos, éticos, políticos— así como de prácticas médicas, intervenciones pedagógicas, reglas, disciplinas, controles. En suma, ha sido... objeto de derecho y de derechos de otros, como cuerpo no autónomo,

²⁸⁵ Sobre ambos aspectos debe verse la muy completa exposición de Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, IJ-UNAM, 2008.

sino sometido a poderes heterónomos: maritales, jurídicos, morales, religiosos, sanitarios”²⁸⁶.

Quizá el tema de la tortura, como riesgo para nuestra integridad corporal y detonante de nuestros miedos, merezca un análisis más detenido en alguno de sus aspectos. En particular, debemos llamar la atención sobre el hecho de que en muchos países tradicionalmente considerados como democráticos (es el caso de los Estados Unidos o de Inglaterra, por poner solamente dos ejemplos) se haya discutido una cuestión que debería estar superada: la de la legitimidad de la tortura en los interrogatorios realizados a personas detenidas por ser sospechosas de cometer actos terroristas. Se trata de un tema que afecta radicalmente, creemos, nuestra comprensión de lo que debe ser el derecho penal y la dignidad humana, pues sin estar protegidos frente al abuso que significa la tortura será muy poco lo que podamos hacer como seres dotados de autonomía.

Lo cierto es que, desde hace unos años, publicaciones de gran prestigio le han dedicado editoriales al tema, y lo mismo ha sucedido con espacios de debate en la televisión y en la radio, tanto dentro como fuera de los Estados Unidos. Incluso hay series de televisión, seguidas por millones de telespectadores en muchos países, en las que se justifica la tortura como medio para arrancar información a presuntos terroristas²⁸⁷.

Las discusiones comenzaron luego de los atentados del 11-S, cuando la sociedad norteamericana todavía estaba en shock por lo acontecido y cuando todavía no se tenía certeza sobre la capacidad de ataque de los asesinos que actúan bajo las órdenes de Osama Bin Laden. A muchos analistas e intelectuales les preocupaba la posibilidad de un nuevo atentado en una gran ciudad de los Estados Unidos, utilizando esta vez no aviones comerciales como proyectiles, sino quizá “bombas sucias” o incluso bombas nucleares.

La presión de la ciudadanía era grande y los gobernantes reaccionaron (ahora lo tenemos muy claro) con precipitación y sin fundamento. Pero la duda acerca de la legitimidad “social” de la tortura quedó instalada en el corazón del debate público de muchas democracias.

La pregunta, de nuevo, toca el corazón mismo de nuestras concepciones del constitucionalismo y del poder del Estado: ¿deben las autoridades torturar a personas detenidas como una forma de prevenir crímenes atroces?

²⁸⁶ Ferrajoli, Luigi, “Prólogo” en Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003.

²⁸⁷ Greenberg, Karen J. (editora), *The torture debate in America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; Levinson, Sanford (editor), *Torture. A collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.

Con el paso del tiempo, conforme la administración del presidente George W. Bush era exhibida internacionalmente por haber cometido toda clase de atrocidades en su combate al terrorismo, la discusión fue haciéndose más sutil y se centró no ya propiamente en la legitimidad de aplicarle métodos de tortura a un detenido, sino en la definición de lo que se debía entender por tortura.

Algunos abogados del gobierno federal de los Estados Unidos defendieron que ciertas prácticas que podrían ser consideradas crueles o agresivas no entraban en el concepto de tortura y por tanto debían ser admitidas en el curso de los interrogatorios, sobre todo en el caso de los detenidos bajo sospecha de terrorismo que permanecían en esa especie de limbo legal que fue la base estadounidense de Guantánamo.

En este contexto, es obvio que el trato a los detenidos responde a los patrones anteriormente conocidos y aceptados por la comunidad internacional. En las nuevas guerras se ha documentado y acreditado con amplitud el “secuestro” de ciudadanos, el traslado en secreto a terceros países (países que tienen conocidos antecedentes de prácticas de tortura durante interrogatorios policíacos y militares, como Egipto), la existencia de cárceles ilegales (en las que no existe registro de los presos que ingresan en ellas y en esa virtud es imposible llevar la cuenta del tiempo que dura la privación de la libertad), la consideración de los “combatientes enemigos” como personas privadas de varios o de todos los derechos fundamentales (como el derecho a promover un *habeas corpus*, el derecho a la tutela judicial, el derecho a la asistencia letrada, el derecho a ser llevado ante un juez para que decida su situación jurídica, el derecho a ser juzgado por tribunales civiles y no militares, etcétera).

De hecho, se ha terminado creando una suerte de sistema carcelario mundial con gravísimas consecuencias para los derechos fundamentales de los habitantes de todo el planeta. Dicho sistema está

localizado en todo el planeta —desde Guantánamo hasta los Estados Unidos, desde Afganistán hasta Irak— sustraído a toda regla y garantía jurisdiccional. Sabemos poco de este sistema, a causa justamente de su secrecía. Sabemos solamente que están reclusos, sin cargos formales de imputación y sin posibilidad de comunicarse ni con sus familiares ni con sus defensores, miles de detenidos que han sido arrestados en secreto, segregados sin límite de tiempo, sujetos a tratamientos inhumanos (privados del sueño, a veces permanentemente encadenados o todavía peor encapuchados, mantenidos en un estado de total aislamiento), en espera de procesos sumarios a su vez secretos, que pueden concluir con la pena capital pero que hasta ahora, al parecer, no han ni siquiera comenzado. Se dibuja así una suerte de estado de policía global, como consecuencia de un macartismo igualmente global que renueva en la patria del *habeas corpus* y de las libertades civiles el fenómeno sudamericano de los *desaparecidos*. A estos reclusos, confinados en lugares desconocidos e ignorados por los medios de información, se les sustrae al mismo tiempo del estatuto de detenidos porque son “enemigos combatientes” y del de prisioneros de guerra porque son “criminales”: se trata de no-personas, de las que nada sabemos y nada sabremos, privados

de todos los derechos establecidos por la Constitución americana y por las convenciones internacionales²⁸⁸.

Lo peor de todo es que la discusión sobre la tortura y las condiciones de detención de los “combatientes enemigos” no se quedó en el terreno teórico, sino que las nuevas “técnicas” de interrogatorio fueron puestas en práctica no solamente por las autoridades de Estados Unidos, sino también por la policía de otros países. México es uno de ellos. El problema es tan serio y de tanta gravedad que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos le tuvo que dedicar su recomendación general número 10 (expedida el 17 de noviembre de 2005), referida precisamente a la cuestión de la tortura.

Hay otros factores que provocan miedo y sometimiento en nuestros días; factores no siempre provocados por la acción de la naturaleza, sino por actos de los seres humanos. En esta categoría podemos mencionar al terrorismo, los crímenes violentos, las agresiones sexuales, el envenenamiento del agua o del aire, etcétera²⁸⁹.

El terrorismo es un tema sobre el que se pueden escribir cientos, acaso miles, de páginas. Los actos terroristas han marcado la historia del siglo XXI, comenzando por el que más repercusiones ha tenido: la masacre del 11 de septiembre del 2001 sobre suelo de los Estados Unidos. Pero luego de esa tragedia el terrorismo fundamentalista ha seguido golpeando a lo largo y ancho del planeta, cobrándose centenares de vidas en su espiral de muerte y sufrimiento. Hemos visto atrocidades terroristas en Beslán, Londres, Madrid, Casablanca, Moscú, Yakarta, Bagdad y un largo etcétera. Solamente en las Torres Gemelas de Nueva York murieron casi tres mil personas. A ellas se suman miles de muertes que se van acumulando sin sentido a lo largo del planeta.

También los crímenes violentos suponen un riesgo para nuestro medio de vida, en la medida en que pueden afectar a nuestro entorno, así como la forma en que tomamos decisiones. De hecho, en América Latina en general y en México en particular el fenómeno de la delincuencia, sea común o sea organizada, afecta profundamente la calidad de vida de sus habitantes. La violencia de la criminalidad se expresa de forma dramática a través de los asesinatos, los robos violentos, las violaciones, los secuestros, etcétera. El Estado se ha visto desafiado por una criminalidad desatada, que cuenta a veces con mejores recursos y más armas que las autoridades.

²⁸⁸ Ferrajoli, Luigi, “Las libertades en el tiempo del neoliberalismo”, *Este País. Tendencias y opiniones*, número 203, México, febrero de 2008, p. 7.

²⁸⁹ Bauman, Zygmunt, *Miedo líquido*, cit., p. 13.

No es difícil imaginar que son precisamente las armas las que han lanzado a la región de América Latina hasta niveles insoportables de violencia y hasta tasas delictivas que no existen en otras latitudes (el caso de los Estados Unidos merece un análisis por separado, ya que la criminalización de una parte importante de su población, medida a través del número de personas encarceladas, rebasa todo tipo de parámetro internacional).

Las agresiones sexuales, y en particular la violencia machista, también son un factor que pone en riesgo nuestra forma de vida y limita nuestras libertades. Es fácil imaginar las muchas limitaciones que sufren las mujeres en México (y en otros países) por ser objeto de burlas, tocamientos, acosos y violaciones, por parte de los hombres. La agresividad sexual que sufren las mujeres determina en muchos casos el nivel de estudios hasta el que pueden llegar, los empleos a los que pueden optar, la atención que se les presta en muchas oficinas públicas, su consideración dentro de la familia e incluso su forma de vestir.

En algunas entidades federativas de la República Mexicana se han documentado fenómenos masivos de violencia contra las mujeres, algunos de los cuales (como el muy conocido de Ciudad Juárez, en el estado de Chihuahua) han sido calificados como “feminicidios” y han merecido la atención de las agencias internacionales encargadas de vigilar el respeto a los derechos humanos.

Finalmente, se impone un comentario aunque sea breve acerca del miedo que deriva de sufrir un envenenamiento del agua, de los alimentos o del aire. No se trata de algo puramente teórico o que sea producto de la imaginación de algún novelista. En la década de los 80 del siglo XX asistimos a la mayor tragedia nuclear de la historia, causada por la explosión de la central de Chernobil (dentro del territorio de lo que hoy en día es la República de Ucrania), cuyos efectos todavía están presentes entre los pobladores de varias decenas de kilómetros a la redonda, incluyendo a los más de 381,000 obreros que se hicieron cargo de las reparaciones de los generadores nucleares afectados y de la limpieza de las tierras adyacentes (fueron afectados más de 150,000 kilómetros cuadrados).

El miedo generado por esa explosión se acredita por un dato escalofriante: en los años siguientes al desastre (la explosión tuvo lugar en la madrugada del 26 de abril de 1986, cerca de la una de la noche) miles de mujeres de Ucrania y de la vecina Bielorrusia que por una u otra razón se habían quedado embarazadas decidieron abortar. La cifra de dichos abortos fue igual al 30% de todos los nacimientos que se produjeron en Europa Oriental entre 1986 y 1997. También aumentó (en algunos casos hasta llegar al 25% del total de embarazos) las pérdidas naturales de productos de la concepción, lo cual se pudo haber producido por la sensación de pánico de las madres sobre la salud de los hijos por haber estado expuestas a la radiación.

Pero esa no fue la única tragedia ocasionada por nuestra capacidad de envenenar el ambiente y todo lo que nos rodea. Más adelante vimos surgir la crisis de la gripe aviar, que fue transmitida a los humanos y desencadenó una movilización mundial para contener su posible dispersión por los cinco continentes, así como la llamada “crisis de las vacas locas”, que derivó también de un pésimo manejo de la carne destinada a consumo humano.

Todos estos fenómenos atizan el miedo de los ciudadanos y los hacen extremar sus cuidados frente a los productos que consumen o frente a los políticos que proponen generar electricidad a través de la energía nuclear. El miedo se proyecta de esta forma en nuestras preferencias como consumidores (vigilando la procedencia de la carne que consumimos, bebiendo solamente agua purificada, etcétera).

Por si lo anterior fuera poco, las posibilidades de que varios de los factores enunciados se combinen no son lejanas. De hecho, en medios de inteligencia de los Estados Unidos se ha advertido sobre la posibilidad de que los próximos ataques terroristas afecten a la red de distribución de agua de alguna gran ciudad.

Se trata de amenazas inciertas, ambiguas, vagas, pero omnipresentes. Muchas de ellas buscan simplemente ser eso: amenazas destinadas a estimular el consumo de ciertos productos o a alentar la psicosis de los ciudadanos para que voten por tal o cual partido (a los partidos en el gobierno siempre les viene muy bien que la población tenga miedo, pues en un contexto de temor generalizado se suele premiar a los candidatos que ya están en el poder, resultando más difícil para la oposición ganar las elecciones). Pero como sea, lo cierto es que tales amenazas influyen en nuestra conducta, en la forma de representar nuestra existencia y en el ejercicio de nuestra autonomía personal.

Bauman nos recuerda una frase de Timothy Garton Ash que creo que viene a cuento con lo que se acaba de decir; dice Ash: “eliminemos los ingredientes elementales de la vida organizada y civilizada —comida, vivienda, agua potable y un mínimo de seguridad personal— y, en cuestión de horas, estaremos de regreso al estado de naturaleza hobbesiano, a una guerra de todos contra todos”²⁹⁰. Esta frase resume el grado de vulnerabilidad de nuestra civilización, lo que equivale a decir el grado de vulnerabilidad de todos y cada uno de nosotros.

Un elemento adicional a considerar, propio de los turbulentos tiempos que corren en el siglo XXI, es el hecho de que la capacidad de producir daños a través del envenenamiento de alimentos, del agua o de la atmósfera se ha “democratizado”, por decirlo de alguna forma. Mientras que durante la Guerra Fría podíamos estar seguros de que los arsenales nucleares estaban bajo el control de fuerzas militares a las órdenes de gobiernos civiles, hoy en día sabemos que grupos terro-

²⁹⁰ Bauman, Zygmunt, *Miedo líquido*, cit., p. 28.

ristas pueden hacerse con materiales radioactivos y que las instrucciones para fabricar bombas caseras o mezclas de químicos mortales para nuestra salud circulan libremente por internet.

La caída del Muro de Berlín y el desmantelamiento de la maquinaria científica creada al amparo de la Unión Soviética en sus años de esplendor han producido una dispersión de científicos que conocen la manera de fabricar materiales nucleares y que pueden alquilarse al mejor postor. La vigilancia sobre las instalaciones nucleares en las antiguas repúblicas soviéticas no está asegurada por parte de las autoridades responsables y los efectos de la corrupción y de la negligencia administrativa pueden facilitar un robo o un extravío de material peligroso.

Hoy, como hace unas décadas, las amenazas nucleares vuelven a hacerse presente, aunque bajo modalidades distintas. Esas amenazas suponen, por sí mismas, un riesgo para nuestras libertades, con independencia de que lleguen o no a materializarse.

¿Cuáles pueden y deben ser nuestras respuestas frente a estos miedos? No veo otra alternativa racional más que la exigencia permanente del respeto y la aplicación más amplia posible de los derechos fundamentales.

La respuesta de Roosevelt sigue teniendo vigencia: son los derechos los que nos van a permitir quitarnos de encima el miedo y permitirnos avanzar juntos hacia las metas soñadas por cada uno de nosotros; por grandes o pequeñas que sean, solamente con base en el respeto de los derechos fundamentales podremos aspirar a emanciparnos del infinito terror que hoy recorta nuestra calidad de vida y cercena nuestras aspiraciones. En esa aspiración debería resumirse el futuro del Estado constitucional de derecho.

Ese futuro tendría que estar marcado por un renovado compromiso social e institucional con los valores del pensamiento ilustrado, a partir del cual (como lo vimos en el primer capítulo de este libro) surge el constitucionalismo: dignidad de la persona, control del poder, distribución de las fuentes del derecho como expresión del pluralismo político, pesos y contrapesos, etcétera.

Se trata de un ideal a perseguir y no de algo que se alcance de una vez y para siempre. Así como Von Jhering habló en el siglo XIX de una “lucha por el derecho”, en nuestra época cabe hablar de una “lucha por los derechos”, permanente amenazados por las tentaciones totalitarias y absolutistas que desde siempre han demostrado tener los poderes (públicos y privados) no sometidos a límites. Y permanentemente requeridos de una tutela social indispensable para hacerlos realidad y para defenderlos “desde abajo”. No hay espacio para el descanso ni el sosiego: todavía hoy, a más de 200 años de su surgimiento, el Estado constitucional necesita una vigilancia permanente, que no depende de nadie más que de todos nosotros.