

El proceso de la constitucionalización en México: cinco contradicciones relevantes*

Roberto Lara Chagoyán**

0. Planteamiento

México asiste, como otras naciones, al ineludible fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento; sin embargo, la tarea no resulta sencilla o pacífica, ya que existen varias contradicciones tanto teóricas como prácticas que cuestionan seriamente los avances hacia ese derrotero. Lo cierto es que el advenimiento de esta nueva forma de hacer y practicar el Derecho es impostergable, pues el estado legal ya no se ajusta a las necesidades de las sociedades de la actualidad. El mundo se ha movido mucho desde el siglo XIX, especialmente por los avatares que surgieron en el siglo XX, con las guerras mundiales, las revoluciones sociales y económicas, y el acelerado cambio en la geografía política.

Naturalmente, el Derecho y, especialmente el Derecho Constitucional, no pueden permanecer ajenos a estos cambios. Pero las adaptaciones necesarias no son, ni pueden ser, espontáneas: hace falta la mano de los hombres y las mujeres tanto en el diseño como en la operación de los grandes sistemas de Derecho legislado.

En este trabajo, presento una serie de contradicciones de carácter teórico-práctico —no son todas, ni pretendo que lo sean— que a mi juicio conviene discutir especialmente en momentos como el que atraviesa México, una vez que se tomó la decisión de incorporar al texto constitucional una intención firme de avanzar por los terrenos de la constitucionalización de conductas y acciones (especialmente de carácter interpretativo) orientadas a la protección y garantía de los derechos humanos.

* Trabajo elaborado con motivo del Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, celebrado en la ciudad de La Habana, Cuba, del 9 al 12 de junio de 2016.

** Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

Estos cambios paulatinos de modos de ser y de pensar debieran pasar por reflexiones de carácter político, social, económico y jurídico. Para ello, vale la pena dejar a un lado la ingenuidad y el discurso estrictamente retórico de los buenos deseos en el diseño teórico de los modelos de pensamiento, para pasar directamente a una etapa de acción y operación, tanto en el estudio del Derecho, la investigación y, desde luego, la práctica. Considero que discutiendo de fondo estas y otras cuestiones, podremos sentirnos seguros de dar el siguiente paso hacia lo que puede ser el nuevo constitucionalismo mexicano del siglo XXI. Veamos algunas de estas contradicciones.

Ahora bien, no pretendo agotar las discusiones en este trabajo, sino algo mucho más modesto: busco poner al alcance de un jurista promedio los extremos de las contradicciones o problemas a fin de despertar la conciencia de aquellos que podrían perderse en el mar de las etiquetas conceptuales. Pretendo mostrar de qué se tratan las discusiones con la mayor claridad posible para que cada uno actúe en consecuencia.

1. Primera contradicción: Constitución de los vivos contra Constitución de los muertos

¿Qué Constitución debe regirnos: la de los muertos o la de los vivos? La frase encierra una tensión siempre presente en la teoría constitucional. La preocupación se atribuye a Thomas Paine, uno de los padres fundadores de los Estados Unidos, a finales del siglo XVIII, quien resolvió la pregunta en el sentido de que debía prevalecer el “derecho de los vivos” sobre “la autoridad de los muertos”, ya que, a su juicio, “cada generación tiene los mismos derechos que las generaciones que las precedieron, del mismo modo en que cada individuo tiene los mismos derechos que cualquiera de sus contemporáneos”¹. Thomas Jefferson —otro padre fundador— sostuvo algo parecido cuando en 1789 afirmaba que “la tierra pertenece a los vivos”, en clara referencia que las leyes constitucionales

¹ Paine Thomas, *The Political and Miscellaneous Works of Thomas Paine* (editen by R. Carlile, vol. 1, pp. 8-9).

expresan realmente una voluntad contingente² y, por lo tanto, no resulta aceptable que tengamos que ceñirnos absolutamente a las condiciones dictadas por los muertos.

No obstante, en ese mismo tiempo, Edmund Burke sostenía exactamente lo contrario: las tradiciones de la comunidad —decía— guardan mayor valor que las ambiciones de cualquier generación particular³. Ante este debate, Jefferson propuso, en sus “Notas para el Estado de Virginia, que cada generación debía tener el derecho de rehacer su constitución en un periodo aproximado de 20 años⁴.

La teoría constitucional explica esta contradicción de la siguiente manera: si se piensa en la Constitución de los muertos y en la de los vivos como si fueran dos extremos, entonces un mayor grado de rigidez constitucional apuntaría al primero, mientras que un mayor grado de flexibilidad apuntaría al segundo. Por rigidez y flexibilidad naturalmente nos referimos a la mayor o menor dificultad legal (y política) para introducir cambios en el texto constitucional. Josep Aguiló, de la escuela alicantina, lo dice con las siguientes palabras:

“Si la legislación es el instrumento ordinario para el cambio en un sistema jurídico-político, la rigidez de una constitución regulativa parece enredar al constitucionalismo en un dilema. Por un lado, si una constitución es rígida, entonces se rompe la igualdad democrática y se somete a los vivos a la voluntad de los muertos. Se instaura el gobierno de los muertos. En el constitucionalismo rígido todo ello es más patente por dos cosas: Una, por el carácter plenamente “decisional” (deliberada o intencional) que tiene una constitución rígida. Por definición, en una comunidad que se ha dado una constitución rígida hay, por decirlo de algún modo, un momento 0, una decisión. Y dos, por el presupuesto de la modernidad de que la acción política racional es acción orientada al futuro, no acción anclada en el pasado (legitimación tradicional)⁵. Pero, por otro lado, si una constitución no es rígida, es decir, si los derechos no están sustraídos al juego de las

² Véase: Troper, Michel, “Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1798”, en *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 8, 2000, p. 559.

³ Gargarella, Roberto, “Constitucionalismo y democracia”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, pp. 1991-2010, p. 1992.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Weber, Max, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 10ª reim., 1993, pág. 20.

mayorías, entonces –suele decirse– los derechos no están garantizados, es decir, no hay constitución”⁶.

Pues bien, esa contradicción se ha mantenido hasta nuestros días entre quienes consideran que los textos constitucionales tienen una vocación de cambio generacional, y entre quienes niegan esa posibilidad. Así, en México, no son pocas las personas que ven a la Constitución de 1917 y al derecho legislado en general como un baluarte que debe preservarse ante todo y ante todos, so pena de perder la esencia de nuestro ser como nación. Y, para complicarlo todavía más, estas voces señalan —no sin razón— que cada reforma constitucional implica una peligrosa ruptura con el pasado, es decir, la ruptura no obedece a un solo momento sino que es dinámica, ya que cada uno de los cambios va desdibujando poco a poco la imagen original que nos dio el Constituyente originario. Y, en contrapartida, existen voces que estiman que no es posible sostener un texto constitucional que lleva cerca de 642 reformas⁷, en sus casi 100 años de existencia, y que quizás es tiempo de preguntarse por un cambio integral.

En esta misma línea, quienes estamos vivos tenemos derecho a cuestionar los contenidos del texto constitucional que heredamos de los muertos; sin embargo, algún límite (material, de contenido) sí que se tiene, ya que no podríamos tampoco no atender en absoluto algún tipo de herencia constitucional, especialmente en lo que se refiere a los valores y derechos que nadie cuestiona, y que han significado auténticos triunfos de la democracia, tales como el voto de las mujeres, las conquistas de los derechos de las comunidades indígenas, los avances en materia de no discriminación, por sólo mencionar algunos. Pero, naturalmente, estas preocupaciones debemos discutirlos entre nosotros, los vivos, ya que los muertos lógicamente nada pueden aportar a la discusión.

Ciertamente, nosotros no estuvimos presentes en 1917, ni participamos en los debates; tampoco en una muy buena parte de ese siglo XX, ni en cada una de

⁶ Véase: Agiló Regla, Josep, “Tener una constitución”, “Darse una constitución” y “Vivir en constitución”, en *Isonomía. Cuadernos de filosofía y teoría del Derecho*, número 28, México, abril de 2008, pp. 75 y 76.

⁷ *Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Estudio introductorio*. Estudio académico elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la LXII Legislatura de la Cámara de Diputados. Consultable en: <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/estudio-introductorio>

las reformas constitucionales ni como pueblo, ni como estructura política, y sin embargo, seguimos viendo al texto constitucional no sólo como la máxima norma que nos rige, sino como el valor por excelencia de nuestra vida democrática y nuestro estado de Derecho. Pero ello no supone, ni puede suponer, que dejemos de preocuparnos con la enorme deuda constitucional, es decir, la Constitución incumplida que se refleja en todos y cada uno de los atrasos y promesas cumplidas a medias o sólo para algunos. La Constitución pendiente, es decir, esa que falta por cumplirse, se conforma por nuestros actuales deseos y anhelos: el auténtico respeto y garantía de los derechos fundamentales, el desarrollo económico transversal, el avance de una cultura política en la que las elecciones dejen de ser un mero negocio, el combate a una corrupción rampante en los sectores público y privado, la construcción de una auténtica cultura de igualdad y no discriminación, la erradicación de todas las formas de tortura, una educación de calidad y, en fin, la consecución de un auténtico estado constitucional de Derecho.

Si se mira bien, estos deseos incumplidos no parecen distintos a los que tuvo el Constituyente de 1917, pero claramente podemos decir que la estructura de los muertos no ha funcionado de una manera igualitaria a lo largo de todo este tiempo.

La tensión, insisto, parece a veces insalvable, porque si nos comprometemos fuertemente con la rigidez, no habría manera de reformar la Constitución jamás, con lo cual nos situaríamos en una verdadera petrificación constitucional; sin embargo, tampoco podemos —creo— dinamitar de un plumazo toda la Constitución y hacer una reforma integral, convocando a un nuevo constituyente, sin mayores reflexiones. Y es que, desde mi punto de vista, cierto grado de rigidez, en ciertas partes del texto constitucional, no viene mal mantener. Por lo demás, no debemos soslayar el hecho de que aun cuando decidiéramos darnos un nuevo texto constitucional, serían las mismas fuerzas vivas de hoy (los factores reales del poder) quienes protagonizarían (patrocinarían, influirían,

decidirían) esa refundación, lo cual podría sugerirnos que no habría profundos y verdaderos cambios⁸.

¿Cómo resolvemos, entonces, esta contradicción entre la Constitución de los vivos y la de los muertos? La respuesta está, desde mi punto de vista, en lo que la propia teoría constitucional nos sugiere mediante el diálogo racional. Se trata de una construcción inteligente, democrática, tanto en el ámbito estrictamente político como en el ámbito jurídico, mediante la cual podamos hacer los puentes y las conexiones necesarias entre los valores de una Constitución necesaria (la de los muertos) y los valores de la Constitución contingente (la de los vivos). Se trata de hacer cambios necesarios sin alterar los pilares fundamentales.

Pareciera pues que un mínimo de rigidez constitucional es necesaria para preservar la esencia, y para que así, los cambios que se hagan al texto sean cambios pensados y dirigidos hacia una continuidad y evolución más que una ruptura. Es importante que las constituciones no se parezcan a las leyes; que sea más difícil reformarlas; que no caigan en manos del legislador ordinario, sino que tengan que pasar por un proceso más riguroso, de análisis, de contraste, de deliberación democrática. Esta rigidez, entonces, termina viéndose siempre como algo positivo, como algo que trata de preservar nuestra continuidad institucional; que trata de preservar esos valores, esos principios, esos pilares fundamentales, que alguna vez nos dimos, en cada momento de la reforma constitucional, y que nos dimos, desde luego, en 1917, cuando inició esta aventura constitucional. En palabras de Aguiló Regla:

De nuevo, y sin extenderme mucho, en mi opinión, esta tensión entre quienes “se dieron una constitución” (los muertos) y quienes “tienen una constitución” (los vivos) tampoco es susceptible de recibir una respuesta estructural o definitiva. La síntesis armónica entre unos y otros sólo puede expresarse mediante nociones inestables y dialécticas como la de “continuidad de una práctica” que permita eliminar los términos indeseables, por un lado, de

⁸ Este tema, por cierto, polémico, nos recuerda a Ferdinand Lassalle, quien sugerentemente señalaba en 1862 que la Constitución no es un texto sino que son los factores reales del poder los que hacen la Constitución. Me refiero al famoso discurso que pronunciara en Berlín, en abril de ese año, “¿Qué es una Constitución?”. Véase, Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Prólogo de Eliseo Aja, Epílogo de Alejandro Nieto, Ariel, Barcelona, 2012.

sometimiento al pasado y, por otro, de ausencia de garantía de los derechos (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos). Nuevamente [...] la solución hay que buscarla apuntando hacia las exigencias deliberativas y argumentativas y el desarrollo de las actitudes adecuadas⁹.

En suma, y utilizando un ejemplo de Michel Troper¹⁰, si consideramos que la Constitución es una construcción humana comparada con una máquina, entonces es necesario hacerle ajustes con el paso del tiempo; de ahí que no podamos pensar en una máquina eterna o intocable, pues esas sólo sirven para los museos. Tampoco podemos inventar otra máquina nueva sin utilizar la estructura o la base fundamental con la que contamos, ya que, a final de cuentas la Constitución formal no es otra cosa que el reflejo de papel de nuestras prácticas democráticas en lo político, y argumentativas, con un criterio de corrección, en lo jurídico.

2. Segunda contradicción: formalismo judicial contra hiper-activismo judicial

Con relación a esta contradicción, Manuel Atienza señala:

El formalismo y el [hiper]activismo judicial¹¹ podrían considerarse como el Escila y el Caribdis que deben evitar los jueces. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial [...] se refiere (implícitamente) a esas dos actitudes, que considera condenables. Al [hiper]activismo, al señalar que la independencia judicial supone la obligación de los jueces de utilizar únicamente razones jurídicas. Y al formalismo, al indicar —a propósito de la equidad— que la vinculación de los jueces no es sólo al tenor literal de las normas¹².

⁹ Véase: Agiló Regla, Josep, “Tener una constitución”, “Darse una constitución” y “Vivir en constitución”, *Op. Cit.*, pp. 75 y 76.

¹⁰ Troper, Michel, “Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1798”, *Op. Cit.*, p. 559.

¹¹ Prefiero utilizar el término “hiper-activismo” que el de “activismo”, por las razones que más adelante expondré.

¹² Cfr. Atienza, Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 51.

La actitud formalista, en la más oscura de sus facetas¹³, implica una visión casi religiosa de la norma escrita, y está basada en una deferencia prácticamente ciega al legislador, de acuerdo con la cual el juez debe limitarse a resolver los casos al “tenor literal de la ley”, exclusivamente mediante la subsunción. Por lo que hace al hiper-activismo judicial, la actitud consiste en que los jueces no resuelven los casos desde (ni por) el Derecho, sino en representación de intereses ajenos a éste; intereses de algún sector (político, religioso, económico o moral) que representan y que les lleva a construir una agenda, pasando por alto los deberes de independencia e imparcialidad judiciales¹⁴. De hecho, volviendo con Manuel Atienza, el [hiper]activismo judicial, de acuerdo con el artículo 2 del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, constituye una violación al deber de independencia judicial, porque supone el juzgador se ha dejado influir por factores ajenos al Derecho mismo¹⁵.

Abrazar el formalismo jurídico, en el caso mexicano, tiene varios inconvenientes ya que, como es de todos sabido, por un lado, el lenguaje del Derecho legislado no está exento de conceptos vagos, oscuros, esencialmente controvertidos, además de términos ambiguos e imprecisos; y, por otro lado, el

¹³ Una interesante distinción entre los diferentes tipos de formalismo, la hace Manuel Atienza, al identificar, por un lado, al formalismo entendido no como concepción del Derecho sino como elemento consustancial al mismo; sería lo que Max Weber llamó “racionalidad formal”, que consiste en el hecho de que, para los juristas de nuestra cultura, las razones para la acción que nos suministra el Derecho son, en su mayoría, razones de tipo excluyente o perentorio. Por otro lado, estaría el formalismo entendido como una dirección o, incluso, desviación del positivismo jurídico, mediante la acentuación de uno de sus componentes básicos. Las notas características (o vicios) de esta segunda forma de entender al formalismo estarían basadas en las siguientes falsas creencias: 1) Completitud y coherencia de los sistemas jurídicos; 2) Creación del Derecho sólo por los legisladores, como consecuencia de la doctrina de la división de poderes; 3) El carácter esencialmente estático; 4) El “verdadero Derecho” o derecho válido consiste en reglas generales; 5) El Derecho es tanto más perfecto cuanto mayor es su grado de generalidad y abstracción; 6) Los conceptos jurídicos poseen una “lógica interna” que permite deducir de ellos soluciones sin necesidad de recurrir para ello a elementos extrajurídicos; 7) La justificación deductiva (silogismo subsuntivo) como única posibilidad; 8) La certeza y la predecibilidad (la seguridad jurídica) son los máximos ideales jurídicos; 9) La interpretación consiste solamente en describir el significado objetivo de un texto o la voluntad subjetiva de su autor, de manera que no queda espacio alguno para la discrecionalidad del intérprete; 10) No se adecua a una sociedad en transformación; 11) El Derecho es un fin en sí mismo; es algo sagrado en el que se ensalzan los valores internos al Derecho: el orden y la seguridad; se prescinde de cuáles pueden ser sus funciones sociales; se pretende aislar el Derecho de la política; y se excluye la posibilidad de la crítica moral al Derecho. Véase, Manuel Atienza, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 276 y 277; asimismo, la distinción aparece en dos obras del mismo autor: *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 24-27; y *Curso de Argumentación Jurídica*, op. cit., pp. 22 y 23.

¹⁴ Véase: Aguiló Regla, Josep, “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 6, abril de 1997, pp. 75-77.

¹⁵ Cfr. Artículo 2º. El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo.

“método jurídico” con el que se suele operar en la práctica (que se refleja en la cultura del “machote”; el uso de un lenguaje oscuro y barroco; las sentencias enormes, etcétera), no es algo de lo que, por desgracia, podamos presumir en México.

El otro extremo a evitar, como señalábamos, es el hiper-activismo judicial, en el que los jueces, para cumplir una agenda que no es la del Derecho, toman decisiones que sencillamente no les corresponde tomar, tanto en el aspecto legislativo como en el de la administración pública. A los jueces constitucionales no les corresponde, por ejemplo, diseñar modelos legales ni de operación concreta de las políticas públicas. Sus decisiones inciden naturalmente en esos aspectos, pero no son ellos quienes deben diseñarlos. El hiper-activismo, así entendido, se traduce en una clara violación del principio de división de poderes, porque desconoce los límites de sus propias competencias constitucionales.

Conviene aclarar, por otro lado, no es lo mismo ser un juez activista, que un juez hiper-activo. Sostener que un juez es “activista” suele despertar suspicacias, ya que para el sector no-formalista un juez activo se distingue de un juez conservador, por sus interpretaciones audaces pero independientes. Los jueces conservadores (literalistas, formalistas) son “inactivos” y, por ende, copartícipes del *statu quo*; por el contrario, los jueces activistas son constructivistas que persiguen, en cada una de sus resoluciones, el ideal dworkiniano de ver al Derecho bajo su mejor luz. Por ello, prefiero no usar el término “activista” para referirme a un juez que claramente se sale de los límites de la licitud; prefiero referirme a este tipo de jueces como “hiper-activistas”.

La clave para entender esta diferencia está en el deber de independencia de los jueces. Como señala Josep Aguiló, algunas autoridades, **centralmente las políticas**, actúan legítimamente en *representación* de ciertos grupos; en cambio, las autoridades jurisdiccionales no pueden actuar en representación de nadie sino en cumplimiento de un auténtico *deber de independencia*, en la medida de que sus decisiones no pueden portar intereses o fines ajenos al Derecho. En sus palabras:

Este es el sentido en el que me parece que una buena concepción de la independencia debe mostrar la oposición entre ésta y la representación; y, de este modo, poder concluir que el deber de independencia trata, entre otras cosas pero muy centralmente, de preservar las decisiones judiciales de las influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social. Si ello es así, invirtiendo algo los términos, puede extraerse el siguiente corolario: el deber de independencia de los jueces tiene como correlato el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y no desde parámetros extrajurídicos provenientes del sistema social. Así, independiente es el juez que aplica el Derecho (actúa en correspondencia con el deber) y que lo hace movido por las razones que el Derecho le suministra (actúa movido por el deber)¹⁶.

No niego, por otra parte, que los jueces tengan, de hecho, alguna agenda moral, política o religiosa, ya que sería imposible que no la tuvieran puesto que no son autómatas. Sin embargo, esa agenda debe conducirse con el respeto irrestricto al deber de independencia al que me he referido. Es decir, la agenda personal puede o no coincidir con la de la Constitución; pero, en todo caso, es ésta la que debe prevalecer, en caso de conflicto con la de carácter personal del juzgador.

En suma: un juez activista intenta cumplir en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, buscando la protección más amplia de los derechos humanos; en cambio, un juez hiper-activista sigue sus propias convicciones (políticas, morales, etcétera) sin respetar el deber de independencia judicial.

3. Tercera contradicción: constitucionalismo contra positivismo

En este aspecto quiero referirme a una cuestión relacionada con el tipo de filosofía del Derecho que naturalmente profesamos todos los juristas, aunque no siempre y no en todos los casos de manera consciente. Simplificando quizás demasiado las cosas, podemos sostener que actualmente el debate gravita en

¹⁶ Aguiló Regla, Josep, "Independencia e imparcialidad de los jueces", en *Sobre Derecho y argumentación*, Leonard Muntaner, Editor, Palma de Mallorca, 2008, p. 38.

torno a dos grupos de concepciones que ven la centralidad de la Constitución con distinto énfasis: el positivismo y el constitucionalismo (para algunos neo-constitucionalismo, ambos términos —constitucionalismo y neoconstitucionalismo— acuñados de manera crítica por la escuela genovesa). Así, encontramos que Luigi Ferrajoli, con su garantismo, se diga neo-positivista y rechace muchos de los postulados del constitucionalismo; Paolo Comanducci y Ricardo Guastini, de la escuela genovesa, defienden el positivismo, y han dibujado mejor que muchos, lo que significa ser constitucionalista, aunque para criticarlo; y finalmente, un grupo nutrido que coincide esencialmente con los postulados del constitucionalismo, pero apartándose expresamente del positivismo normativista, estaría compuesto por una serie de autores (cada uno con sus propias matizaciones sobre el tema) tales como: Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Joseph Raz, y, en su momento, Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino y Neil MacCormick.

Para el normativismo positivista la Constitución no es más que lo que está dado en los textos constitucionales; son esos, y no otros, los contenidos logrados a partir de la deliberación democrática, y que son *los* valores constitucionales sencillamente porque están ahí en el texto. La interpretación no puede ir más allá de esos contenidos, por lo que rechazan que pueda existir una interpretación extensiva o “sobreinterpretación” de la Constitución; asimismo, rechazan, por considerarlas subjetivas, las razones subyacentes y la idea de criterio de corrección o ideales regulativos. Para este sector, los problemas que se dieron antes de la generación del texto constitucional ya están resueltos, mal o bien, pero resueltos; su aval es la fuerza de la representación democrática. Por ello, el operador jurídico, el juez, solamente tiene que atender a una justificación interna, es decir, deben argumentar exclusivamente a partir lo ordenado de manera expresa en la letra de la Constitución y en la letra de la ley, sin incurrir en argumentos que ahora se conocen como de justificación externa. Esta es la idea del positivismo normativista. Para este sector, la Constitución es una Constitución necesaria y finita: nada que no se encuentre dentro de ella puede ser reconocido como Derecho.

En cambio, hay otros que hablan de la Constitución contingente. Y aquí podemos todavía ver dos vertientes: la vertiente formalista y la vertiente que llamamos la Constitución del Estado constitucional. La vertiente formalista, muy próxima al normativismo positivista, se refiere a la Constitución como texto, como forma, sin tender demasiado a su contenido. La constitución se identifica con una serie de razones perentorias, razones últimas a las que hay que apelar, sin preguntarse demasiado el contenido, sin sopesarlo, sin hacer una visión crítica de las razones subyacentes de ese contenido, donde la única razón de peso es que se trata de la Constitución. En suma: se trata de identificar los valores constitucionales con el texto constitucional. En contrapartida, la Constitución del Estado constitucional que defiende el constitucionalismo concibe la Constitución como invasora que impregna todo el ordenamiento, como lo diría un gran crítico del constitucionalismo, Ricardo Guastini, quien señaló:

“Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreau, por «constitucionalización del ordenamiento jurídico» propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico 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 (pervasiva, invadente), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”¹⁷.

Lo anterior, bien entendido, significa que no se trata solamente de tener una Constitución, sino vivir bajo una Constitución, y que todos, absolutamente todos, empezando por el poder político, nos sometamos a los mandatos y a los principios constitucionales. Naturalmente, lo que subyace en esta idea es la idea de los derechos humanos, que han venido a ocupar la escena central del fenómeno social y jurídico.

Otro autor, Luis Prieto Sanchís, se refiere a este fenómeno con las siguientes palabras:

¹⁷ Guastini, Ricardo, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 49.

“Los derechos fundamentales, quizás porque incorporan la moral pública de la modernidad que ya no flota sobre el Derecho positivo, sino que ha emigrado resueltamente al interior de sus fronteras [palabras de Habermas] exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia sobre el conjunto del sistema; ya no disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas, de manera que bien puede decirse que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la Constitución y en sus derechos. Detrás de cada precepto legal se adivina siempre a una norma constitucional que lo confirma o lo contradice; si puede expresarse así, el sistema queda saturado por los principios y derechos”¹⁸.

Como sea, este fenómeno de constitucionalización es gradual, y pasa, retomando a Guastini, por las siguientes condiciones: 1) Una Constitución rígida; 2) La garantía constitucional de la Constitución; 3) La fuerza vinculante de la Constitución; 4) La «sobreinterpretación» de la Constitución; 5) La aplicación directa de las normas constitucionales; 6) La interpretación conforme de las leyes; y 7) La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. El autor afirma que las condiciones 1 y 2 son necesarias para la constitucionalización, mientras que cada una de las restantes son suficientes.

Una constitución rígida (1) es aquella que no puede derogarse, modificarse y abrogarse si no es mediante un procedimiento más complejo que el que normalmente se utiliza para reformar las leyes¹⁹. Para el constitucionalismo representa, en términos generales, una garantía de estabilidad en dos aspectos: i) para la parte orgánica de la Constitución, la rigidez garantiza el mantenimiento de una infraestructura clara de competencias constitucionales de los órganos del Estado a través del tiempo; dicho de otro modo: se garantiza un elevado grado de institucionalidad; y ii) para la parte dogmática, la rigidez, acompañada de un grado importante de abstracción de las disposiciones jurídicas (el empleo de términos no

¹⁸ Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24. Núm. 71. Mayo-Agosto 2004, p. 51.

¹⁹ “[U]na Constitución es «rígida» —afirma Víctor Ferréres— si su modificación exige un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario, frente a lo que ocurre con una Constitución «flexible»”. Ferreréz Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 23, Universidad de Alicante, 2000, p. 30.

específicos a la hora de enunciar derechos y la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bienes que hay que ponderar), permite a los jueces constitucionales, mediante la interpretación, unir a las diversas generaciones de una nación bajo unos mismos principios de justicia²⁰.

Si no hay rigidez y abstracción se corre el riesgo de “amarrar” a los jueces constitucionales al texto específico de la Constitución, dificultando enormemente las interpretaciones progresivas o expansivas de los derechos y contribuyendo a la preservación del formalismo judicial. El principio pro-persona, tan comentado y alabado últimamente por haber sido puesto en el texto del artículo 1º constitucional, se conjuga mejor con un sistema rígido y abstracto (como el que pregona Ferreres Comella), que con uno flexible y concreto que hace que la Constitución se parezca más a un código lleno de detalles y minucias normativas, en el que la interpretación no juega un papel protagónico.

Ligada a la de rigidez, existe la idea de irreformabilidad o inmutabilidad de ciertos contenidos explícitos (cláusulas de intangibilidad) o implícitos, que algunas constituciones poseen. La idea de estas limitaciones implícitas o explícitas no es muy diferente a la que persigue la rigidez: buscan, al menos parcialmente, la preservación y la estabilidad del sistema de ciertas competencias y derechos constitucionales a través de diferentes generaciones²¹.

En cuanto a la **garantía constitucional de la Constitución** (2), la condición es que un tribunal garantice la vigencia del texto y de los valores que representa. Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación es nuestro Tribunal Constitucional que, aunque viene de antaño, lo hemos afianzado a partir de la reforma del Presidente Zedillo de diciembre de 1994; este tribunal está llamado a defender la regularidad constitucional y los valores constitucionales, mediante los medios de control tales como el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. En este rubro podemos advertir uno de los principales rasgos del constitucionalismo, un poder contramayoritario razonable,

²⁰ *Ibidem*, pp. 34-35.

²¹ Sobre el tema de las cláusulas de intangibilidad, véase, por todos, De Vega, Pedro, *La Reforma Constitucional y el Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 222 y ss.

fuerte y que se legitima sólo mediante su argumentación y el cumplimiento del deber de independencia; sólo mediante sus decisiones correctas, adecuadas, justas o aceptables.

Los grandes modelos de control constitucional pueden ser clasificados en tres grupos²²: a) el control *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*, como en los Estados Unidos. En este sistema es posible que existan leyes inconstitucionales por largo tiempo hasta que la Corte Suprema se pronuncie en un caso concreto y declare que la norma es inconstitucional; los efectos, sin embargo, no son generales; b) el control *a priori* (por vía de acción) e *in abstracto*, como ocurre en Francia, en donde aparentemente se impide que una norma inconstitucional entre en vigor; y c) el control *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*, como ocurre en Alemania, Italia, España, en donde, a diferencia de los Estados Unidos, los efectos de la invalidez de una ley, declarada por el Tribunal Constitucional, son *erga omnes*.

Asimismo, existen modelos de control concentrado, de control difuso o modelos mixtos, como el que nuestra Suprema Corte adoptó, al resolver el Expediente Varios 912/2010, derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 12.511 Rosendo Radilla Pacheco, contra los Estados Unidos Mexicanos, emitida el 23 de noviembre de 2009.

La **fuerza vinculante de la Constitución** (3) se refiere a que la Constitución ha dejado de ser un mero manifiesto político, cuya concretización es tarea exclusiva del legislador y no del juez; en la era de la constitucionalización, es posible concebir a la Constitución como una norma jurídica directamente vinculante que no necesita de un desarrollo legislativo secundario para ser aplicada. El viejo modelo consideraba que determinados principios o valores constitucionales, así como los derechos sociales, no podían tener consecuencias normativas de manera directa, es decir, no podían ser utilizadas por los jueces a la hora de resolver casos concretos, sino que era necesario esperar a que el legislador se hiciera cargo de la regulación específica y concreta; se trataba de

²² Guastini, Ricardo, "La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano", op cit., pp. 51-52.

una concepción constitutiva de la Constitución. En el modelo del constitucionalismo, la concepción de la Constitución es regulativa, porque impone deberes y obligaciones a todos sus destinatarios, por lo que perfectamente puede ser interpretada y aplicada en los casos concretos²³.

La «**sobreinterpretación**» de la Constitución (4) se refiere a la postura que adopta el operador jurídico frente a la interpretación Constitución. Existen básicamente dos posturas: una restrictiva y otra extensiva. El intérprete que opta por la primera de las posturas adopta la interpretación literal y ve al ordenamiento jurídico como una obra acabada, en la que sólo cabe aplicar el texto a los casos concretos de manera mecánica. El argumento interpretativo más utilizado es el argumento *a contrario*, en el que se simplemente determina si el hecho de que de trata se subsume o no en el supuesto de hecho de la norma, para determinar si se aplica o no la consecuencia jurídica; la actitud es formalista por antonomasia y el interprete se concibe como alguien que no está facultado para colmar una laguna o realizar operaciones argumentativas que permitan hacer derivaciones del texto interpretado, tales como inferencias, ponderaciones, etcétera. Este tipo de intérprete prefiere no hacer nada ante una laguna; que se trata de un problema del legislador y no de él. La postura contraria es la que se inclina por la interpretación extensiva (sobreinterpretación), que busca que no queden vacíos legales o lagunas. El argumento interpretativo más utilizado es el denominado *a pari* o *a simili*, en el que es posible derivar o importar soluciones normativas dadas en el texto a casos no regulados expresamente. Este tipo de intérprete no se limita a ver el texto de la ley, sino que su mirada penetra a lo que se llaman razones

²³ Al evaluar las distintas concepciones de la Constitución existe una disyuntiva: o bien abrazar una concepción de la Constitución que sea mecánica, política, procedimentalista y de “fuente de fuentes” del Derecho, es decir, una argumentación histórica conservadora; o bien, abrazar una concepción de la Constitución que sea normativa, jurídica, sustantiva y como fuente (directa) del Derecho, lo que se correspondería con una argumentación histórica progresiva. Claramente la segunda opción, y no la primera, es la que prefieren los defensores del llamado Estado Constitucional, puesto que ven a la Constitución no sólo como un documento de carácter político, sino como una norma jurídica vinculante; no simplemente como una “fuente de las fuentes del derecho”, sino “fuente del derecho” en sí misma considerada; no como una Constitución simplemente “constitutiva” (que se limite a establecer las instituciones y órganos que materializarán los poderes del Estado y les atribuya ámbitos de competencia) sino también como una Constitución “regulativa” (que declara cuáles son los fines y valores que dan sentido a las formas y procedimientos de acción política y los convierte en prohibiciones y deberes, en estándares sustantivos que aquellos deben respetar. Para ahondar sobre estos “pares” de concepciones de la Constitución, véase: Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado constitucional*, Perú-Bogotá: Palestra-Temis, 2005, pp. 63 y ss.

subyacentes que están detrás del texto legal, y que permiten advertir casos de *infra* y *supra* inclusión. Como dice Francisco Laporta en un sugerente ejemplo en el que explica las tesis de F. Schauer, la norma que prohíbe ingresar a un restaurante con perros, naturalmente no fue pensada para impedir que un ciego entre con su perro lazarillo (esa no es la razón subyacente), sino para asegurar la tranquilidad de los comensales (ésta es la razón subyacente). Por otro lado, un caso no regulado por esa norma, por ejemplo, una pareja que lleva a un bebé que escandaliza con su llanto y chillidos, podría ser resuelto no con el texto de la norma, pero sí mediante la aplicación de la razón subyacente. En el caso del perro lazarillo, estamos frente a un caso de sobre-inclusión (*over-inclusion*, para Schauer), mientras que el caso del bebé escandaloso sería de infra inclusión (*under-inclusion*)²⁴.

A nivel constitucional, nuestro artículo 1º, a través del llamado principio *pro persona*, posibilita la sobreinterpretación, ya que el juez, ante un conflicto interpretativo, debe elegir la interpretación del texto que más proteja a las personas, que más respete a sus derechos humanos; es decir, que ante una disyuntiva entre la dimensión de la autoridad y los valores, deberá elegir estos último, aunque ello implique algún tipo de infidelidad con el texto constitucional, en el entendido de que atenderá a las razones subyacentes del texto mismo.

Por eso los críticos consideran que esta actividad no se traduce en interpretar, sino «sobreinterpretar», es decir, «más que interpretar». Para los formalistas u originalistas (como los positivistas clásicos), esto constituye una auténtica herejía; sin embargo, para los constructivistas (como Ronald Dworkin), la sobreinterpretación es la forma más adecuada para resolver los casos concretos que lo ameriten. Los primeros defienden la idea de “encontrar” el significado, mientras que los segundos defienden la idea de “atribuir” o “asignar” el significado. La tensión también parece irresoluble, ya que para los originalistas, si siempre hay que descubrir el significado, entonces lo que se encuentra puede ser falso o verdadero, por lo tanto, el intérprete o se equivoca o no se equivoca; para los

²⁴ Laporta, Francisco, “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”, en Francisco J. Laporta Juan Ruiz Manero Miguel Ángel Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 81-83.

constructivistas, la actividad interpretativa consiste más bien en construir el significado.

La aplicación directa de las normas constitucionales (5). Este tipo de normas, con su fuerza vinculante, pueden ser concebidas para limitar el poder político (postura clásica) o también para regular las relaciones jurídicas entre particulares (postura del constitucionalismo). Esta segunda alternativa permite que los jueces resuelvan problemas relacionados con la violación de derechos humanos entre particulares, mientras que la primera no. El constitucionalismo de nuestros días concibe a la Constitución como una serie de normas omnipresentes y transversales de las relaciones sociales con un auténtico espíritu regulativo, como hemos señalado, y no meramente constitutivo, por lo que resulta imperativo que las normas constitucionales sean aplicadas de forma directa en ese tipo de casos.

La interpretación conforme de las leyes (6) se refiere a que la luz con la que el intérprete busca o asigna el significado de alguna ley proviene de la Constitución, y no al revés. Anteriormente, la operación era la inversa: si uno quería saber cuál era el contenido del texto constitucional, debía acudir a la ley orgánica o a la ley reglamentaria, pues, como he señalado, anteriormente no se consideraba que la Constitución fuera una fuente directa del Derecho, sino una fuente de fuentes.

El principio de interpretación conforme, ha escrito Héctor Fix Zamudio, se estableció en la doctrina y la jurisprudencia alemana con el nombre original *verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, (“interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución”), y ha cobrado notable importancia en la justicia constitucional contemporánea, porque con él se puede evitar la conmoción jurídica que puede llegar a producir la declaratoria general de inconstitucionalidad; a juicio del maestro mexicano, cuando se genera la invalidación general de una norma se hace necesario llenar el vacío que se crea, el cual no siempre es posible sustituirlo

por la legislación anterior y requiere la intervención del legislador para subsanar las infracciones a la constitución²⁵.

Para llevar a cabo una genuina interpretación conforme, es necesario cumplir con tres condiciones²⁶: a) que el enunciado a interpretar tenga un significado dudoso, ya que sólo se justifica interpretar cuando el texto permite al operador decantarse por una de las posibilidades interpretativas; en la terminología de Guastini, debe tratarse de una *interpretación-decisión* y no de una *interpretación-conocimiento*, ya que los jueces deben *escoger* un determinado significado con preferencia sobre otros, y deben *usarlo* para calificar el hecho que han de resolver²⁷; b) es necesario demostrar que en el caso concreto no se haya podido derrotar el principio de presunción de constitucionalidad²⁸ del que gozan todas las normas jurídicas, es decir, el operador debe demostrar que, al menos, una de las posibilidades interpretativas del enunciado a interpretar es compatible con la Constitución u otros valores constitucionalmente reconocidos. De este modo, la premisa o el embrión del reconocimiento de la validez lo da la propia disposición, lo cual hace suponer que la posibilidad de validez es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la interpretación conforme. Por ello, el desarrollo argumentativo que acompaña un ejercicio de ese tipo debe servirse de la vocación de validez que posee el enunciado a interpretar; y c) no olvidar que en los casos difíciles o trágicos, el intérprete ha de buscar la primacía de los valores o principios del Derecho sobre los aspectos autoritativos de éste; con lo cual se

²⁵ Cfr. Fix Zamudio, Héctor, "La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, número 8, 2001, p. 136. El insigne autor remite a la siguiente fuente: Volker, Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters* (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963, pp.184-213; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Vefassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de Derecho Constitucional de la República Federal de Alemania), 16ª. ed., Heildelberg, C.F. Müller Juristische Verlag, 1988, pp. 29-32; *id. Escritos de derecho constitucional (Selección)*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 53-57.

²⁶ He desarrollado estas condiciones en Lara Chagoyán, Roberto, "Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme: un caso víctima", en *Isonomía. Cuadernos de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 42, abril de 2015, pp. 171-196.

²⁷ Cfr. Guastini Ricardo, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, collana Analisi e diritto, Serie Teorica, Giappichelli, Torino, 1996, en una versión castellana: *Distinguendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho*, Geddisa, Barcelona, 1999, pp. 202-203.

²⁸ Para Eduardo García de Enterría, la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos por la jurisprudencia norteamericana: 1) todas las normas generales deben interpretarse *in harmony with the Constitution*; y 2) la *presunción de constitucionalidad de las leyes*. Cfr. García Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 95-103.

ubica en la perspectiva de ver al Derecho más como una práctica social que como un mero conjunto de textos.

Y finalmente, la última condición es la **influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas** (7). Esta condición del constitucionalismo se refiere a que las relaciones políticas no están exentas de la regulación constitucional. Como he venido repitiendo, una concepción regulativa (más jurídica que política) de la Constitución permite que los tribunales constitucionales resuelvan diferentes tipos de desacuerdos entre diferentes actores políticos. En México contamos con la controversia constitucional diseñada para resolver conflictos puramente políticos: los relacionados con la posible invasión de las esferas competenciales de determinados órganos del Estado; asimismo, contamos con la acción de inconstitucionalidad, como medio de control abstracto de constitucionalidad de leyes generales; y con todo un sistema de control constitucional en materia de justicia electoral. Y, finalmente, tenemos una serie de organismos constitucionales autónomos que regulan otro tipo de relaciones políticas. Entre ellos destacan el Instituto Nacional Electoral (INE), el Banco de México, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) o el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

4. Cuarta contradicción: supremacía contra soberanía

Estos dos principios, de rango constitucional, se oponen cuando se plantea la pregunta sobre si un Tribunal Constitucional puede o no analizar la validez de un acto de reforma constitucional. Para ello, conviene preguntarse ¿cuál es el carácter del Poder Constituyente Permanente, Revisor o Reformador de la Constitución?

Existen dos posibilidades: 1) admitir que el poder de reforma de la Constitución es **limitado**, en concordancia con el principio jurídico de supremacía

constitucional; o 2) admitir que ese poder es **ilimitado**, al cobijo del principio político de soberanía popular²⁹.

Entre los límites reconocidos por la doctrina, destacan los **explícitos** (o cláusulas de intangibilidad), que se encuentran en el propio texto constitucional, y los **implícitos** cuya existencia sólo puede ser deducida indirectamente, ya sea como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional en su conjunto, o bien como correlato de ciertos significados contenidos en determinados preceptos de la Constitución³⁰. En el caso mexicano, la Constitución General establece, al menos, límites relacionados con los requisitos formales que requiere una reforma constitucional, pero no se trata realmente de cláusulas de intangibilidad: los que contiene el artículo 135 constitucional³¹, referido al procedimiento de reforma: 1) que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones; y 2) que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. Podría discutirse si implícitamente existen límites derivados de la parte dogmática o de la parte orgánica de nuestra Constitución o si de los límites formales puede extraerse una suerte *ratio*, pero ese tema escapa a los alcances de este trabajo.

Con todo, considero que *no es posible identificar el Poder Reformador con el Poder Constituyente o soberano*, porque entonces quedaría en entredicho el principio jurídico de supremacía constitucional, dando prevalencia al principio político de soberanía popular. Con ello, se produciría una confusión que en nada beneficia al Estado Constitucional, pues tales principios pueden coexistir siempre que se asocien adecuadamente con los momentos históricos y con el tipo de ejercicio de que se trate. En efecto, el Poder Constituyente, soberano, ilimitado del

²⁹ La identificación del principio de soberanía popular ha sido sostenida, entre otros, por Kelsen y Krabbe. La distinción de los tipos de poderes constituye ya un lugar común. Véase, por todos, De Vega, Pedro, *La Reforma Constitucional y el Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 222 y ss.

³⁰ Para ahondar en la definición de los tipos de límites, véase, *La Reforma Constitucional y el Poder Constituyente*, cit., pp. 240 y ss.

³¹ "Artículo 135. 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, acuerden 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".

pueblo, no puede quedar encerrado dentro del ordenamiento constitucional. La historia ha demostrado —se dijo— que todos los intentos de organización jurídica del poder constituyente, en el mejor de los casos, han servido sólo para privar al pueblo de sus facultades soberanas, a favor de otras instancias u otros órganos estatales³². Por ello, considero que ese poder ilimitado se ejerce, de acuerdo con su propia naturaleza, como fuerza externa al sistema, por lo que siempre y en todo momento podrá reformar la Constitución existente o establecer una nueva, **pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho**, esto es, mediante un proceso revolucionario³³.

En cambio, ningún poder constituido, como entendemos al poder de reforma, puede extraerse de la órbita de competencias que le otorga la propia Constitución, ya que ello equivaldría a hacer del poder de revisión un auténtico y soberano poder constituyente. Aun cuando se acepte que la competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal, sino una facultad **extraordinaria** o, si se quiere, una “**competencia de competencias**”, ello no implica (o no puede implicar) que se identifique, sin más, la facultad extraordinaria con el **poder soberano**. Claramente se trata de conceptos que no son idénticos ni intercambiables, pues el poder de revisión nunca podrá tener otro fundamento que no sea la propia Constitución; en cambio, el Poder Constituyente, como poder soberano, es previo e independiente del ordenamiento.

En suma: las posibilidades de actuación del Poder Reformador de la Constitución son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere. Asimismo, lo son sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución. Esto último, porque el poder de reforma tiene la competencia para modificar la Constitución, pero no para destruirla³⁴. Por lo anterior, concluyo

³² Así lo sostiene, por ejemplo, Pedro de Vega, en *La reforma Constitucional...* cit., p. 235.

³³ *Ibidem.*, pp. 238-239. Incluso, hay quienes como Sieyès, ha sostenido que el poder constituyente es “un poder independiente de toda forma constitucional...que puede querer como desee...al margen de todo derecho positivo...”. Citado por Pedro de Vega, *Ibidem*, p. 237.

³⁴ Es ya clásica la afirmación de Marbury, según la cual: “*the power to amend the Constitution was not intended to include the power to destroy it*”. Anota Pedro de Vega: “La explicación [de que el poder reformador es limitado] es muy simple, y se basa en un viejo argumento empleado ya por Vattel en su *Derecho de Gentes*. Si el título y la autoridad del poder de reforma descansa en a Constitución, ¿podría ese poder destruir aquellos supuestos constitucionales que constituyen su propio fundamento y razón de ser? Nada tiene de particular, por lo tanto, que mientras el poder constituyente se presenta como un poder, por definición, absoluto e ilimitado, la doctrina más consciente entienda que el poder de reforma es, en esencia, en cuando

que solamente considerando al Poder Reformador como un poder constituido y limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia, y así cobra sentido el principio jurídico de **supremacía constitucional**, ya que así ningún poder organizado y regulado por la Constitución puede ubicarse encima de ella.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de enfrentar un planteamiento como éste, al resolver el amparo en revisión 186/2008 y los resueltos el 29 de septiembre de 2008, que fueron difundidos en la prensa como el “amparo de los intelectuales”. En esta resolución, la Suprema Corte determinó que el amparo no era notoriamente improcedente³⁵. Sin embargo, en una resolución posterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación volvió a revisar los asuntos una vez que regresaron a los respectivos jueces de distrito para ser valorados en cuanto a la procedencia. Así, el 28 de marzo de 2011, se resolvió el amparo en revisión número 2021/2009, pero en él, se dio un giro regresivo con relación a la resolución anterior, que terminó en la improcedencia del juicio, esta vez por considerar que ante una eventual concesión del amparo, los efectos de la concesión no podrían tener lugar³⁶.

poder constituido, un poder limitado. Sus posibilidades materiales de actuación terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión”. *Ibidem.*, p. 237.

³⁵ Véase la tesis aislada P. LXXVI/2009, de rubro “PROCEDIMIENTO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO ES MANIFIESTA NI INDUDABLE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA”, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, página 15. Amparo en revisión 186/2008. Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal. 29 de septiembre de 2008. Mayoría de seis votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán. Asimismo, véase la tesis aislada P. LXXV/2009, de rubro “PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATARIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL”, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, página 14. Amparo en revisión 186/2008. Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal. 29 de septiembre de 2008. Mayoría de seis votos. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

³⁶ La resolución se tomó por mayoría de siete votos de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia. Los ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea y Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente Silva Meza votaron en contra y, excepto el ministro Presidente Silva Meza, reservaron su derecho para formular, en su caso, voto particular o de minoría. Los ministros Aguirre Anguiano, Aguilar Morales, Franco González Salas y Luna Ramos reservaron su derecho para formular votos concurrentes.

5. Quinta contradicción: objetivismo contra escepticismo moral

Esta contradicción es, quizás, la que más divide a los juristas tanto teóricos como prácticos, por ser una de las más sensibles en la historia de la teoría y la filosofía del Derecho. Me refiero a la relación entre el Derecho y la moral. Los jueces también se dividen y se enfrentan cuando se preguntan si deben o no incluir en sus deliberaciones algún punto de vista moral. Claramente, para el sector positivista-normativista esto supone un auténtico despropósito que desnaturaliza el sentido del Derecho. Para ellos, las deliberaciones morales se dan en el seno del legislador democrático y no en la sede jurisdiccional. Para quienes defienden alguna idea concepción del constitucionalismo, resulta imposible no incluir a la moral en las deliberaciones, porque sin el ingrediente valorativo la idea de Estado de Derecho simplemente quedaría incompleta.

Elías Díaz considera que no todo Estado *con* Derecho es un Estado *de* Derecho, sólo algunos: aquéllos que cumplen con los siguientes notas características:

a) *Imperio de la ley* [...]; b) *División de poderes* [...]; c) *Fiscalización de la Administración* [...]; y d) *Derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas* (penales, procesales y de todo tipo) así como efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que, especificadas y ampliadas en el tiempo con *derechos económicos, sociales y culturales* y de otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos³⁷.

Manuel Atienza ha evaluado estos cuatro pilares del Estado de Derecho de Elías Díaz, y la distinguido dos dimensiones: **la dimensión de la autoridad y la dimensión de los valores**. En la primera de las dimensiones ubica al imperio de la Ley y a la división de poderes, mientras que en la segunda, a la fiscalización de la administración y a la garantía de los derechos fundamentales. En sus propias palabras (énfasis añadido):

³⁷ Díaz, Elías, “Estado de Derecho y Derechos Humanos”, en *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica C.*, volumen 1, Editorial Cajica, Puebla, 2002, p. 222.

La tesis es que el Estado de Derecho contiene en sí mismo —en sus características ideales— los polos de una tensión que explica por qué la interpretación es tan importante en el Derecho y justifica —según como se resuelva esa tensión— de qué manera ha de proceder el intérprete . El primero de esos polos es **la dimensión de autoridad** y está representado, diría que fundamentalmente, por las dos primeras notas del Estado de Derecho: **la del imperio de la ley y la de la división de poderes**. Como lo ha señalado Raz (1996), la importancia de la autoridad en el Derecho es lo que hace que la interpretación juegue en este campo un papel esencial, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el de la moral. El otro polo lo constituye lo que podríamos llamar **la dimensión de los valores**, el contenido de justicia que implica la noción de Estado de Derecho —fundamentalmente, diría—, a través de las dos características de **la interdicción de la arbitrariedad y de la garantía de los derechos y libertades fundamentales** . La necesidad de hacer justicia, de lograr el cumplimiento de ciertos valores respetando lo establecido por la autoridad es, cabe decir, la razón de ser de la interpretación jurídica. Si sólo hubiese autoridad o sólo hubiera la necesidad de hacer justicia, entonces no sería necesaria —o apenas sería necesaria— la interpretación³⁸.

Pues bien, los intérpretes (pertenecientes a la escuela interpretativa clásica, la que dice que hay que *descubrir* significados) abraza la dimensión de la autoridad, por lo que pone el acento en la división estricta de poderes (solamente debe ser la boca de la ley) y, por supuesto, en el imperio de la ley. En cambio la otra vertiente interpretativa (la que asigna significados y contribuye en la tarea de la construcción del Derecho) apoya más los pilares de los valores: el respeto irrestricto a los derechos humanos, y el sometimiento del poder público a la legalidad y a los valores constitucionales. En realidad no se trata de excluir alguna de las dos dimensiones; se trata, otra vez, de poner el acento en alguna de ellas, especialmente si se está ante un caso difícil o trágico.

Así pues, si la dimensión valorativa es una condición de la construcción del Estado Constitucional de Derecho, entonces no parece posible no admitir un

³⁸ Atienza, Manuel, “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* XIV, 1997, p. 482.

mínimo de objetivismo moral, que, como ya he sostenido, no se trata de otra cosa que la defensa y protección de los derechos humanos.

Así las cosas, cabe preguntarnos: ¿qué tipo de juez constitucional queremos? ¿Qué tipo de filosofía constitucional queremos detrás de ese juez? ¿El que apoye los pilares de la dimensión de la autoridad o el que apoya los pilares de la dimensión valorativa?

Esta dimensión valorativa es necesaria en el Estado Constitucional moderno, y no supone en modo ningún tipo de regresión al iusnaturalista; supone, más bien, un abandono del positivismo normativista y formalista. Abandonar este tipo de filosofía no supone, analíticamente, caer en el iusnaturalismo, ya que hay mucho más que esos dos universos. En todo caso podríamos hablar de un *post positivismo*, incluyente, abierto, democrático, plural.

Considero entonces que tanto en la clase política como en el ámbito jurisdiccional, es necesario replantearnos qué filosofía de la Constitución tenemos, y queremos para las futuras generaciones.

6. Algunas conclusiones

Me he referido en este trabajo a cinco contradicciones o problemas teórico-prácticos que, a mi juicio, conviene tomarse en serio cuando nos planteamos si en México (o en cualquier otro sitio) se vive realmente un nuevo paradigma constitucionalista. Los problemas relatados nos indican que hablar de un cambio de concepción del Derecho y de la forma en la que operamos con él no se reduce a una mera cuestión de nombre. No se es “constitucionalista” nada más por estar de moda o porque pudiera generar algún tipo de “prestigio” en quien adopta esa posición y “desprestigio” en quien no lo hace. Se trata de algo más profundo. Se trata de una cuestión de conciencia.

He abordado algunos problemas derivados de las contradicciones con la finalidad de que algunos lectores que aplauden una u otra postura estén conscientes de lo que ello implica y, sobre todo, ser conscientes de que en ningún caso reina la paz, porque no existen posiciones “verdaderas” o epistémicamente

“mejores”. Se trata, más bien, de entender cuál es nuestra realidad y cómo podrían lograrse mejor los fines que persigue, en general, la práctica jurídica.

La Constitución de los vivos contra Constitución de los muertos, como señalé, es una contradicción que enfrenta, por un lado, a personas que ven en la tradición y en el pasado las bases institucionales que han permitido y seguirán permitiendo la estabilidad tanto en la estructura del Estado, como en los valores constitucionales; mientras que, por el otro lado, existen quienes consideran que es necesario romper con la tradición y las ataduras del pasado para que sean las generaciones presentes las que se hagan cargo de su realidad y diseñen las estrategias que ahora (y no antes) convienen a esta generación. La discusión es, en todo caso, entre los vivos. Y la respuesta no puede quedar, como expresé, en ninguno de los dos extremos: ni todo es tradición ni todo debe ser innovación.

El resto de las contradicciones colocan a los juristas —particularmente a los jueces— en cualquiera de los siguientes dos grupos bien diferenciados por su forma de concebir el fenómeno jurídico (aceptando que se trata de una sobresimplificación de las cosas): por un lado, estarían los que abrazan el positivismo y, por el otro, los que prefieren el constitucionalismo. Los primeros suelen ser formalistas, en tanto que los segundos, en ocasiones incurren en un hiperactivismo judicial; los primeros tienden a consolidar la división de poderes y, con ello, muestran una deferencia al principio de soberanía, mientras que los segundos conciben a la supremacía como un principio que regula absolutamente todo el quehacer del Estado, incluso el del Constituyente Permanente; y finalmente, los primeros suelen excluir a la moral de las deliberaciones (podría decirse que tienden al escepticismo o, al menos, no consideran que la moral o los principios deban jugar algún papel en la práctica judicial), en tanto que los segundos estiman que si no se atiende el aspecto moral, la actividad jurisdiccional dejaría fuera de su órbita algunos de los conflictos sociales más importantes y graves que, además de la solución genérica que pudiera dar el legislador, requieren un pronunciamiento concreto por parte de los jueces, porque tienen que ver con el reconocimiento y garantía de determinados bienes y valores —como los derechos humanos— que por lo regular guardan tensión entre sí.