

El fundamento de la Constitución es el poder constituyente, que es el poder originario que reside en el pueblo y que se manifiesta a través de la Constitución. Este poder es el que crea y modifica la Constitución, y es el que le da fuerza y validez.

El poder constituyente es un poder originario que reside en el pueblo y que se manifiesta a través de la Constitución. Este poder es el que crea y modifica la Constitución, y es el que le da fuerza y validez. El poder constituyente es un poder originario que reside en el pueblo y que se manifiesta a través de la Constitución. Este poder es el que crea y modifica la Constitución, y es el que le da fuerza y validez.

El poder constituyente es un poder originario que reside en el pueblo y que se manifiesta a través de la Constitución. Este poder es el que crea y modifica la Constitución, y es el que le da fuerza y validez. El poder constituyente es un poder originario que reside en el pueblo y que se manifiesta a través de la Constitución. Este poder es el que crea y modifica la Constitución, y es el que le da fuerza y validez.

El poder constituyente es un poder originario que reside en el pueblo y que se manifiesta a través de la Constitución. Este poder es el que crea y modifica la Constitución, y es el que le da fuerza y validez. El poder constituyente es un poder originario que reside en el pueblo y que se manifiesta a través de la Constitución. Este poder es el que crea y modifica la Constitución, y es el que le da fuerza y validez.

El poder constituyente es un poder originario que reside en el pueblo y que se manifiesta a través de la Constitución. Este poder es el que crea y modifica la Constitución, y es el que le da fuerza y validez. El poder constituyente es un poder originario que reside en el pueblo y que se manifiesta a través de la Constitución. Este poder es el que crea y modifica la Constitución, y es el que le da fuerza y validez.

EL REENCUENTRO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL ESTADO, A TRAVÉS DE LA CONSTITUCIÓN

Ricardo J. SEPÚLVEDA I.

SUMARIO: I. *El Estado constitucional, su origen y justificación.* II. *La constitucionalidad, una nueva forma de entender a la Constitución.* III. *Los derechos humanos reencontrados por el Estado constitucional.* IV. *El Estado reencontrado por la filosofía de los derechos humanos.* V. *El vínculo, la Constitución.*

I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL, SU ORIGEN Y JUSTIFICACIÓN

En su origen, la Constitución fue un documento escrito al que se le protegió con una especial rigidez, y que tenía por objeto fundamental la limitación al ejercicio del poder.¹ Con este mismo propósito se consagraron los derechos individuales y sus garantías que vinieron a

¹ La imposición de la autoridad real, lograda por los monarcas en las postrimerías del siglo XV, tuvo sus manifestaciones más logradas en los dos siglos posteriores. El poder político se concentró. El monarca asumió las prerrogativas de crear, administrar y aplicar la ley. Se proclamó instancia "soberana" y acudió a la religión, donde encuentra bases interpretativas para dar fundamento divino a su autoridad. No sólo estaba en la cúspide del Estado, sino que se identificaba con él. Luis XIV de Francia proclamó en el siglo XVII la divisa del absolutismo: "El Estado soy yo".

Lo que presenta en común el rechazo del absolutismo en Inglaterra, Estados Unidos de América y Francia es la emergencia y demanda de participación política de la burguesía que se inició con movimientos armados y desembocó en sendos estatutos normativos. *Cfr. Las constituciones.* GAMAS TORRUCO, José, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 2001, pp. 16 a 22.

significar una parte esencial dentro del texto constitucional.² Así quedó conformada la estructura básica de la Constitución y sobre ella se cimentó el Estado moderno, al que bien se le puede llamar Estado constitucional.

Se estableció un sistema que consistía fundamentalmente en un abstencionismo preferente por parte de la autoridad, con lo que se creaba una esfera jurídica amplia para los particulares, y se acotaba el campo de actuación de las autoridades. El señalamiento era claro, no importaba tanto que las autoridades (el Estado) actuaran bien, sino que había que evitar, a toda costa, que actuaran mal, que se sobrepasaran, la experiencia había sido muy cruenta y había que evitar la actuación nociva de las autoridades en contra del individuo y por ende del pueblo. La Constitución significó la defensa del particular frente a la autoridad, del individuo frente al poder.³

Para completar el sistema se consagró como principio constitucional fundamental el *principio de legalidad*, según el cual todas las autoridades deben actuar *secundum legem*, otorgándole con esto primacía de legitimidad a la ley. En este proceso, el sentido formal de la ley prevaleció sobre el sentido material. De esta manera los ámbitos de constitucionalidad y de legalidad quedaron amalgamados. Básicamente, se consideraba constitucional lo que era legal, pues finalmente por naturaleza la Constitución era (materialmente) una ley.

Paralelamente a este principio fundamental del Estado de Derecho, existía otro al que no se le suele reconocer la misma importancia, y que en ocasiones se le confunde con el de legalidad, pero que en realidad es exclusivo del nivel constitucional. Nos referimos al

² La Constitución francesa de 1791 aporta la distinción entre parte dogmática (derechos individuales, límites y obligaciones del poder estatal) y orgánica (estructura, atribuciones y relaciones entre poderes). Asimismo, las enmiendas de 1791 a la Constitución norteamericana de 1778 incorporaron los derechos fundamentales en la misma. Respecto a Latinoamérica, si bien las cartas constitucionales expedidas en la independencia de España, establecieron los derechos individuales clásicos inspirados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, las leyes constitucionales latinoamericanas promulgadas durante el siglo XIX perfeccionaron dichos derechos clásicos e iniciaron el movimiento de regular los primeros instrumentos jurídicos para su tutela.

³ Este es el sentido de la opinión de algunos autores que fundaron el pensamiento constitucional del siglo XX; así Carl Schmitt considera que el ideal todavía hoy dominante de Constitución permanece igual, y se inspira particularmente en "la protección del ciudadano contra el abuso del poder del Estado". SCHMITT, Carl, *Teoría general de la Constitución*, p. 46.

principio de facultades explícitas, según el cual las autoridades constituidas no pueden actuar fuera de una facultad establecida expresa y directamente en la Constitución. Puede percibirse que no se confunde con el de legalidad, ya que el primero se desenvuelve en el plano constitucional, obligando a todas las autoridades, inclusive las legislativas; en cambio el principio de legalidad se ubica en el nivel de la ley ordinaria y no alcanza al órgano de poder legislativo.⁴

En este contexto puede entenderse la evolución que ha tenido la Constitución tanto en su significado como en su finalidad. Con el fin de lograr el objetivo primigenio —la limitación al ejercicio de poder— era necesario dotar a tal documento jurídico de un cariz político, de una fuerza metajurídica que lo hiciera indemne frente a la misma autoridad o frente a todas las fuerzas sociales de poder. De ahí el carácter mítico con que nació la Constitución.

De las dos partes fundamentales que conformaban la Constitución, la parte dogmática y la orgánica, ambas obedecían a la misma finalidad y por lo tanto se encontraban al mismo nivel de importancia, sin embargo, y leyendo los hechos con más detenimiento, podríamos concluir que en realidad, como posteriormente pudo experimentarse, era la parte de organización de los poderes, en conjunción con el principio de facultades explícitas y acotadas, la que venía a significar la verdadera transformación jurídica. La parte de los derechos

⁴ Esta distinción entre legalidad y constitucionalidad trae aparejadas múltiples consecuencias, entre otras el modo concreto de interrelación entre los poderes derivado del concepto mismo de soberanía. En Francia la Constitución precedió a la ley (la constitucionalidad a la legalidad), en cambio en el proceso de constitucionalización en América, la Constitución fue antes que la ley (la Constitución precedió a la ley). Hay que tomar en cuenta que los regímenes monárquicos se vivieron de una manera muy distinta en América, y apenas dejaron secuelas. En el pensamiento de Rousseau se descubre esta ausencia, al centrar su atención más en la ley que en la Constitución: "No hay libertad sin Ley que la proteja", tal y como lo vislumbró Rousseau, el principio de legalidad es, en efecto, completamente insustituible para asegurar el funcionamiento del Estado. Sin embargo, la constitucionalidad no fue vislumbrada por Rousseau: *La idea de Constitución como una norma superior (...) procede de dos fuentes concretas, la de Locke con su pacto social básico para asegurar la libertad, y la idea de un higher law, un derecho más alto, con claras raíces de derecho natural, capaz de prevalecer sobre las leyes ordinarias e, incluso, de erigirse en canon de validez de las mismas. Este concepto de Constitución no se recibirá en Europa (...), hasta esta segunda posguerra mundial, concretamente con las constituciones italiana y alemana de 1948 y 1949.* GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, p. 41.

individuales respondió en realidad al trasfondo filosófico de la época, y no tuvo, al menos en el inicio, la suficiente garantía de efectividad jurídica.⁵

De manera paradójica, y en un sentido contrario a lo que hemos apuntado, el proceso histórico de la evolución constitucional dio especial importancia a la declaración de los derechos individuales y sobre ellos creció toda una filosofía que sólo decayó frente al imponente crecimiento del Estado durante el siglo XIX.

Antes de proseguir es preciso señalar que un presupuesto necesario a cualquier análisis que se haga de la historia constitucional, es el considerar que en realidad la evolución de la Constitución no es sino parte de la transformación que en su conjunto ha sufrido el Estado.

Aunque en su origen el concepto de Constitución como límite al ejercicio del poder, servía de apoyo a la idea de un Estado de escasas dimensiones, el surgimiento de la revolución industrial, y la transformación del Estado-Político en Estado-Nación, trajo consigo un trastocamiento del concepto de Constitución.

Si nos remontamos a la evolución del Estado moderno, nos encontramos con que el concepto de *Welfare State* (Estado de Bienestar) comenzó a adquirir relevancia en los países en proceso de industrialización en Europa y Norteamérica, desde el momento en que el Estado comienza decididamente a intervenir en la sociedad a fin de corregir, tanto los desajustes económicos como las desigualdades sociales producidas por el capitalismo. El perfeccionamiento de los sistemas de seguridad social, el desarrollo de la tributación progresiva y la asunción de políticas fiscales y monetarias (acordes con el modelo keynesiano) contribuyeron a la consolidación de esta concepción.

La realidad de un Estado omnipotente, o al menos responsable de impulsar las diferentes áreas de actividad social, no se correspon-

⁵ Un hecho que demuestra lo anterior es que los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos constitucionales, es decir los instrumentos jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, aparecen posteriormente, de aquí que los derechos humanos consagrados en las constituciones fueron reconocidos pero no garantizados desde el punto de vista jurídico. En el caso de nuestro país, los derechos fundamentales se encuentran dispersos en la Constitución de Cádiz. La Constitución de 1836 fue la primera en nuestra historia constitucional en establecer derechos individuales, y no fue sino hasta 1847 cuando se estableció a nivel constitucional el juicio de amparo. Cfr. entre otros, TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, Porrúa, México, 1998.

día con el origen del Estado constitucional. Lo paradójico fue que, bajo la misma base de una Constitución dividida en aquellos dos grandes apartados primigenios, se construyera el sistema del Estado del Bienestar.

Por su parte el surgimiento del Estado-Nación se ha dado en el transcurso de un proceso histórico que se inició en la alta Edad Media y desembocó a mediados del siglo XX, en el modo de organización de la colectividad nacional que conocemos en la actualidad. La denominación de Estado-Nación enfatiza dos fenómenos: el desarrollo del sentimiento nacionalista con orientación política y el fin de la exclusividad política de la burguesía ante el surgimiento de "nuevas clases" y la mayor participación de éstas.⁶

Otro factor a tomar en cuenta fue que, como consecuencia de la convergencia de la ideología liberal-capitalista y de la primera Revolución Industrial, surgió un nuevo tipo de trabajador, el obrero industrial y una nueva clase trabajadora, el proletariado así denominado por Marx, el cual, debido sobre todo a la aplicación de los principios económicos y políticos del liberalismo, fue objeto de una superexplotación, que en muchos casos llegó a situaciones peores que la de la misma esclavitud. Esta situación trajo como consecuencia las luchas de la clase trabajadora y de otros movimientos políticos que cuestionaron fuertemente al sistema capitalista y al Estado liberal de derecho, al cual se le fueron introduciendo cambios que culminaron con el surgimiento de dos nuevos tipos o formas de Estado: el Estado socialista marxista y el Estado social de derecho.

El paso que se da hacia el Estado social de derecho, tal como se encuentra en el planteamiento de Ernesto Benda, incluye un nuevo concepto de Constitución, en el que se subraya la conexión del Estado con su substrato social, y su íntima vinculación con los postulados sociales.⁷

Así tenemos que a la par de la evolución del Estado, la Constitución ha tenido que evolucionar también, a efecto de regular la realidad social y política de cada época.

⁶ Cfr. RENAN, Ernest, *Qué es una nación* (1882), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957.

⁷ Cfr. BENDA, Ernesto, "El Estado social de derecho", en *Manual de derecho constitucional*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 487 y ss.

Hemos podido advertir una patente evolución en el significado y en la funcionalidad de la Constitución, de la misma forma resulta necesario profundizar, para distinguir si lo que ha sucedido es una transformación en el concepto de la Constitución, o si en realidad lo que se ha dado son meras adaptaciones constitucionales al papel que el Estado ha desempeñado en cada momento histórico. Este cuestionamiento nos permitirá estar en posibilidades de concluir en el papel que debe representar la Constitución en la actualidad, y su relación con los derechos humanos, en medio de un sinnúmero de transformaciones en el ser del Estado que se advierten recientemente.

El papel de la Constitución se encuentra en entredicho, y no de manera gratuita. La evolución del Estado moderno es lo que atraviesa una profunda crisis, sin embargo los términos del dilema no son entre tomar o abandonar el sistema del Estado constitucional, sino el de reencontrar el verdadero sentido de la Constitución, a fin de que ésta signifique en la vida de las sociedades y de sus miembros su verdadera protección. Para esto es indispensable volver sobre el concepto verdadero y genuino de Constitución.⁸

Este concepto se puede enfocar desde el ángulo de analizar lo propio, lo característico de una Constitución: su constitucionalidad. Es decir, definir aquella cualidad que hace que algo (una norma) pueda ser considerado como constitucional, esto es, aquellas características que le confieren a algo la cualidad de constitucional.

No puede soslayarse el hecho de que detrás del concepto de *constitucionalidad* no sólo existen datos formales, como puede ser el hecho de que una norma se encuentre dentro de la Constitución, ya que si ese fuera el único criterio, no habría posibilidad de distinguir entre Constitución y ley, o entre Constitución y cualquier otra norma jurí-

⁸ El dilema planteado es mencionado por algunos autores como la "*Política constitucional*", es decir la decisión de dirigir la Constitución hacia su verdadera finalidad, entre otros puede referirse la opinión de C. Hesse, quien afirma: *Los problemas esbozados (...) ponen de manifiesto que la concepción tradicional del Estado es tan difícilmente mantenible como una idea de Constitución orientada al modelo nacional al estilo de la antigua usanza. Partiendo de esta situación no sería correcto inferir el ocaso, o al menos una crisis del Estado constitucional. (...) La tarea de una política constitucional previsor, claramente concebida, que por ello se imponga de manera categórica...*, HESSE, Conrado, "Significado de los derechos fundamentales", en *Manual de derecho constitucional*, 2a. ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 15.

dica.⁹ La *constitucionalidad* es la ideología a partir de la cual se construye la Constitución y que se encuentra plasmada en una norma constitucional, ya que constitucionalidad e ideología no se confunden, sino que se participan.

El camino que ha seguido la evolución constitucional conforme al cual se percibe un apartamiento del formalismo jurídico cada vez más patente, ha permitido que surja una doctrina a favor del reconocimiento de la constitucionalidad de la Constitución, es decir de la existencia de un núcleo permanente y propio de todo ordenamiento constitucional, sin el cual no habría posibilidad de encontrar un hilo conductor en la vida constitucional de un Estado.¹⁰

Este afán de entresacar el sustrato más íntimo de la Constitución es justificable como una reacción ante los tropiezos y fracasos que ha sufrido el Estado constitucional, por un lado, y la misma necesidad de darle a la Constitución su verdadero significado. Podríamos, sin temor a errar, afirmar que éste debe ser el fruto más directo de la crisis por la que transita el Estado moderno, que es a la sazón un Estado constitucional.¹¹

⁹ En este punto quisiéramos referirnos a los razonamientos de Carlos Castillo Peraza (q.e.p.d.), quien con suma agudeza discernía lo constitucional formal de lo constitucional real: "*Me atrevo a sugerir que estar en tal o cual Constitución es sólo uno de los posibles modos de ser constitucional. Dicho de otra manera, utilizando la terminología y las categorías de Aristóteles, estar en la Constitución es ser constitucional en acto, lo que no descartaría que algo fuese constitucional en potencia, lo que equivale a decir que puede llegar a ser constitucional algo que no está en la Constitución*", CASTILLO PERAZA, Carlos, "Entre la energía y la dinámica", en *Hacia una nueva constitucionalidad*, UNAM, México, 2000, p. 107.

¹⁰ CÓRDOVA, Arnaldo, establece que la Constitución es mucho más que una norma, 1999, "La transformación de la Constitución", en *Hacia una nueva constitucionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999; CASTILLO PERAZA, Carlos, considera que la constitucionalidad no implica necesariamente estar en la Constitución (formalmente), 2002, "Entre la energía y la dinámica", *ibid.*, p. 107; COSSÍO, José Ramón, considera que tratar de definir la constitucionalidad, únicamente en atención del aspecto formal de la Constitución, presenta como desventaja, entre otras, que no se explica la ideología que va a sustentar la noción de Constitución a efecto de traducir y hacer legítimo el modelo político a través de su juridificación, 2002, "Los supuestos de la constitucionalidad", *ibid.*, p. 164; CONCHA CANTÚ, Hugo, establece: "*al hablar de constitucionalidad no nos referimos únicamente a la norma fundante o norma suprema de todo el orden jurídico (...) sino a un fenómeno mucho más amplio que incluye el contexto sociopolítico en el que dicha norma se desenvuelve*". "Un diálogo constitucional: las condiciones políticas y jurídicas para una nueva constitucionalidad", *ibid.*, p. 113.

¹¹ Es también el sentido más pragmático el que lleva a postular la existencia de la constitucionalidad, ya que una Constitución que pierde su carácter se convierte en un instrumen-

Sin embargo, antes de entrar de lleno al análisis de este concepto, nos corresponde hacer algunas puntualizaciones más, sobre las que podamos apoyar los razonamientos posteriores, en concreto la presencia de los derechos humanos en el origen y justificación del Estado, tanto desde el punto de vista histórico como conceptual.

Ya hemos señalado que en un principio lo que se buscó con la existencia del Estado constitucional, fue la limitación al poder. Sin embargo, hasta este momento lo que realmente destacaba era la oposición entre organización estatal y los derechos humanos fundamentales, no aparecía por ningún lado el otro gran pilar de la razón de constitucionalidad, es decir la organización estatal como una forma de acotar el ejercicio del poder.

Fue posteriormente¹² cuando encontramos este segundo aspecto de la Constitución, y de manera subrayada: la organización del Estado derivada de la división de poderes, derivado de la necesidad de reservar a los particulares una esfera de actuación libre de la inter-

to inservible. Para algunos autores esto se denomina vigencia sociológica de la Constitución. "Hablar de constitucionalidad nos refiere, desde nuestro punto de vista, a la vigencia sociológica de la Constitución, aquello de si nuestro texto constitucional es o no normativo, es decir, si rige realmente la vida social. (...) La Constitución debe ser un instrumento útil y eficiente de regulación de la vida social; debemos conseguir que nuestra Constitución deje de ser nominal y se convierta en normativa", MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor, "Hacia una nueva constitucionalidad o hacia una nueva Constitución", *idem*, pp. 226-268.

¹² "El experimento político realizado en Estados Unidos a fines del siglo XVIII buscó dividir el poder para asegurar que ningún grupo pudiera obtener tal parte que pudiera tiranizar al resto de la sociedad. Sólo en esto se siguió la tradición política clásica; su genio consistió en diseñar mecanismos de retroalimentación que mantuvieran un equilibrio dinámico —homeostasis— en la sociedad política y que éstos actuaran con transparencia. En el modelo norteamericano estos mecanismos para asegurar la homeostasis fueron: una constitución capaz de transformarse en el tiempo; la separación de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial); la división del poder Legislativo en dos cuerpos con funciones, origen y términos diferentes; un poder Judicial descentralizado, con integrantes determinados por la ley o electos popularmente; la colaboración de los poderes en las funciones de gobierno; elecciones con términos fijos para la renovación del poder Legislativo; un mecanismo de control permanente y estable, la Suprema Corte, cuya función es evaluar la actuación de los otros mecanismos contra el plan constitucional, pero sin poder coactivo propio para hacer valer sus juicios; una variedad de jurisdicciones territoriales, estableciendo un ámbito federal y gobiernos y jurisdicciones locales y municipales (...) La Constitución norteamericana fue el modelo que adoptaron las constituciones mexicanas en su parte orgánica, incluyendo la separación de poderes y la unión federal", ÁLVAREZ, Norma y otros, Centro de Investigación para el Desarrollo, *Reforma del sistema político mexicano, condición para la modernización*, Diana, México, 1990.

vención estatal.¹³ Así, bajo estos supuestos, la Constitución se concibió como un sistema de pesos y contrapesos para limitar el poder gubernamental.

Asimismo, la Constitución actualizó el sistema democrático, a través fundamentalmente de la introducción, sin precedente en la historia, de una eficaz limitación de la actividad gubernamental por medio del derecho cuya elaboración debía corresponder a los mismos ciudadanos a través de la obra de sus representantes en el parlamento. Así, tenemos que efectivamente la Constitución se concibió como el medio idóneo para establecer un sistema democrático y asegurar su vigencia.

En un postrer momento, después del itinerario trágico que ha seguido la historia del Estado, la Constitución parece recobrar la función que se le correspondió en un principio: la defensa y salvaguarda de los derechos de la persona humana individual.¹⁴

¹³ La humanidad, a pesar de todos los privilegios que conlleva el estado de naturaleza, padece una condición de enfermedad mientras se encuentra en tal estado; y por eso se inclina a entrar en sociedad cuanto antes. Por eso sucede que son muy pocas las veces que encontramos grupos de hombres que viven continuamente en estado semejante. Pues los inconvenientes a los que están allí expuestos (inconvenientes que provienen del poder que tiene cada hombre para castigar las transgresiones de los otros) los llevan a buscar protección bajo las leyes establecidas del gobierno, a fin de procurar la conservación de su propiedad. Esto es lo que los hace estar tan deseosos de renunciar al poder de castigar que tiene cada uno, y de entregárselo a una sola persona para que lo ejerza entre ellos; esto es lo que los lleva a conducirse según las reglas que la comunidad, o aquellos que han sido por ellos autorizados para tal propósito, ha acordado. Y es aquí donde tenemos el derecho original del poder legislativo y del ejecutivo, así como el de los gobiernos de las sociedades mismas. LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Alianza Editorial, Madrid, p. 127.

¹⁴ No resulta tautológico referirnos a la persona humana individual, toda vez que, por un lado la persona humana puede ser entendida colectiva o individualmente, por eso es preciso hacer mención expresa de su individualidad. Por otro lado, *Persona*, en nuestra cultura, se opone a *cosa* y a *animal*, aunque de distinto modo. En cuanto opuesto a cosas y a animales el término *persona* se aproxima al término *ser humano*. Sin embargo no se superpone con él: 1o. Porque existen, entre las creencias de nuestra cultura, y sobre todo en el lenguaje, personas *no humanas* (personas divinas: Padre, Hijo y Espíritu Santo:). 2o. Porque hay seres o cosas que son humanos, pero no son personales (por ejemplo el "hombre de Neanderthal" —nadie dice: "la persona de Neanderthal"— o bien una máquina, un mueble, y en general, la "cultura extrasomática", que es humana, "cultura humana", y no es personal). *Persona humana* añade algo no sólo a "persona" sino también a "humano". *El hombre recibe una determinación importante cuando se le considera como persona así como la persona recibe una determinación no menos importante cuando se la considera como humana*. Por tanto, no es lo mismo hombre que persona, como tampoco es lo mismo hombre que ciudadano. "Hombre" es un término más genérico o indeterminado, que linda con el

Como se puede apreciar, el proceso ha sido un recorrido circular, hemos llegado al mismo punto de partida del que arrancamos. Desde la declaración de los derechos universales en el siglo XVIII, hasta la presente revolución de los derechos humanos,¹⁵ habiendo atravesado un espacio donde la razón de ser de la Constitución dejó de ser la persona singular y concreta, y lo fueron las instituciones públicas las que ocuparon el objetivo fundamental.

De la siguiente manera podríamos presentar la órbita de este movimiento de traslación que ha seguido la Constitución: en un principio, la Constitución surge como un ordenamiento dirigido a la protección de los derechos individuales, en un segundo momento se erige como un sistema de distribución y equilibrio de poderes; en una tercera etapa aparece como la garantía última del sistema democrático; y por último —en esta etapa actual— estamos regresando al paradigma de los derechos humanos como tarea final del Estado constitucional.

Lo dicho en este último análisis, que no es más que un episodio en la evolución de las instituciones públicas, no debe soslayar la dramática realidad que subyace: las instituciones humanas se pueden volver en contra del ser humano que las crea.

“mundo zoológico” (decimos *hombre de las cavernas* pero sería ridículo decir *persona de las cavernas*); “persona” es un término más específico que tiene que ver con el “mundo civilizado” o, si se prefiere, con la constelación de los valores morales, éticos o jurídicos propios de este mundo. La misma etimología de la palabra persona demuestra que es un concepto sobreañadido al concepto de hombre. Un refrán de origen jurídico, también lo recuerda: *homo plures personas sustinet*, es decir, el hombre sostiene o desempeña muchas máscaras o papeles (un mismo hombre es empresario y delincuente, es padre y metalúrgico, etc.). “Persona” era, en efecto, la máscara o careta que usaban los actores de la tragedia para hablar —*per sonare*—. No decimos que los hombres actuales puedan no ser personas; decimos que cabe un concepto de hombre al margen del concepto de persona. En el derecho romano los esclavos eran hombres pero no eran personas. Lo que queremos subrayar es que aquellos juristas romanos que usaban el concepto de hombre lo disociaban del concepto de persona; de suerte que, históricamente, ocurre como si nuestro concepto actual de persona, como equivalente a hombre, fuese el resultado de una ampliación del concepto de persona a los esclavos. Según esto cabría decir que el concepto de persona apareció como resultado de un proceso vinculado a la liberación, al menos teórica, de los esclavos (o de los bárbaros) y no como un mero concepto abstracto, mental, intemporal. GARCÍA SIERRA PELAYO, *Diccionario filosófico*, Fundación Gustavo Buen, Oviedo, 2000, pp. 115-119.

¹⁵ Así se ha acuñado al movimiento actual en pro de la defensa de los derechos humanos, *cfr.* al respecto CAPPELLETTI, Mauro, “La justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional”, en *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, UNAM.

Por eso el reto es primeramente advertir las razones que dieron lugar a esa desviación, para posteriormente proponer la forma concreta de encadenar las instituciones a sus fines, sin permitir que sean utilizadas fraudulentamente. Cuando la organización estatal, o cualquiera de sus instituciones, no representa un beneficio para la persona individual, se está prostituyendo desde su mismo origen.

En este sentido cabe traer a colación el análisis hecho por el maestro González Uribe, quien entre muchas de sus virtudes, se distinguió por sus equilibrados y agudos análisis sobre el origen y justificación del Estado.¹⁶ Dentro de ellos destaca la apreciación sobre lo que debe entenderse por justificación del Estado, en ella —dice el autor— *se plantea la quaestio juris de por qué debe existir el Estado en el presente y para el futuro*, es decir que se deben entender dos momentos, destacando además que no se refiere al pasado. De aquí la importancia del planteamiento ya que se trata de dilucidar un asunto eminentemente práctico, e inclusive, como añade el mismo autor, *la pregunta clave del problema de la justificación estatal es: ¿por qué debe existir el Estado con su poder coactivo?* Evidentemente que las preguntas que hemos citado son de suma importancia, sin embargo lo realmente útil es analizar las respuestas, ya que en ellas veremos rastros indubitables de lo que ha sido nuestro planteamiento: *El Estado trata de realizar un valor general, que se identifica con los valores supremos de la persona humana, y un valor específico, que es el aseguramiento del derecho (...)* Desde el punto de vista general, el Estado debe existir, fundamentalmente, porque su necesidad está postulada por las exigencias mismas de la naturaleza humana (...) Desde el punto de vista específico el Estado tiende, en concreto, al aseguramiento del derecho. Pero no desde luego del derecho positivo simplemente, sino de los principios jurídicos, de carácter general, que fundamentan ese derecho positivo. Para rematar, termina diciendo: *Tal es, pues, la solución al problema de la justificación del Estado. A la pregunta, ¿por qué debe existir el Estado?, hemos contestado acudiendo a los supremos criterios valorativos que nos hablan del deber ser del Estado. No nos importa por qué ha existido el Estado en el pasado, sino por qué debe seguir existiendo en el presente y en el futuro. Y la solución está en adecuar*

¹⁶ GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*, Porrúa, México, 1986, pp. 490 y ss.

*los dos deberes del Estado. Cuando el Estado sea lo que debe ser entonces debe existir.*¹⁷

El objeto de haber hecho el repaso anterior ha sido con la finalidad de tratar de encontrar algunas pistas sobre el concepto de *constitucionalidad* desde la génesis misma de la Constitución, pasando a través de sus diferentes etapas históricas; sabiendo que uno de los métodos más probados para conocer la esencia de las cosas es precisamente el método dianoético es decir conocer las esencias pero en movimiento. Aplicado a la Constitución sería tanto como conocer lo que es la Constitución en lo que ha sido, más allá del deber ser o de lo que finalmente no ocurrió. Este será sin duda el presupuesto que nos permitiera señalar a la Constitución, en su genuinidad, como el vínculo definitivo entre Estado y derechos humanos.

II. LA CONSTITUCIONALIDAD, UNA NUEVA FORMA DE ENTENDER LA CONSTITUCIÓN

Todos los Estados, desde su nacimiento, hace más de dos siglos, han tenido una Constitución. Sin embargo no se puede afirmar de la misma manera que todos los Estados hayan sido constitucionales, así lo distingue Bravo Lira.¹⁸ El paso de Estados constitucionales meramente nominales, es decir Estados con una Constitución, a Estados constitucionales ha atravesado diversas etapas históricas. Hacemos uso de esta útil distinción porque es un auxiliar para descubrir el verdadero fondo de una Constitución. Este razonamiento hecho bajo un prisma histórico nos resulta sumamente valioso puesto que plantea perfectamente ambos extremos: Estado y Constitución como dos realidades separadas o Estado constitucional como dos realidades interdependientes.

El punto de separación no resulta fácil de identificar, pero sí las situaciones extremas: un Estado constitucional que se identifica con el paradigma del Estado de Derecho, y una organización estatal que se sirve de un texto constitucional para avasallar los derechos indivi-

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. BRAVO LIRA, Bernardino, *El Estado constitucional en Hispanoamérica 1811, 1991 (Ventura y desventura de un ideal europeo de gobierno en el nuevo mundo)*, Escuela Libre de Derecho, México, 1992, p. 7.

duales, son perfectamente diferenciables. Sin embargo, la línea media es menos clara: ¿cuándo un Estado es constitucional plenamente?¹⁹

No es el momento de abordar en todos sus términos esta cuestión pues nos llevaría a un análisis alejado del punto que nos corresponde tratar. Pero si nos es permitido enfrentar la interrogante: ¿si no toda Constitución nominal es una real y verdadera Constitución, qué es lo que la hace ser verdaderamente tal?

Debemos partir de la siguiente premisa: no es dable confundir a la Constitución con lo propio de la Constitución, que se le puede denominar "constitucionalidad". Lo hemos dicho en líneas anteriores, la Constitución siendo una sola realidad, puede entenderse desde su punto de vista formal, como el texto promulgado, o bien desde el punto de vista material, como el contenido de la Constitución. Pero aun cabe recordar que dentro del contenido existe una amplia gradualidad, el contenido son los artículos, pero también son las motivaciones y el origen mismo de estas disposiciones. Cuando se confunden estos niveles es cuando se dificulta lograr un análisis correcto.

En este respecto, la cuestión de los términos, y es por donde deseáramos iniciar, resulta muy importante. El término Constitución tiene su origen etimológico en los verbos latinos *statuere* que significa estatuir, instituir, fundar; y *stare* que significa estar, fundar. La raíz etimológica de los términos es siempre ilustrativa para tratar de encontrar el origen remoto de los conceptos, y en ese sentido es de muy amplia utilidad. Sin embargo, hay que admitir que la evolución de las lenguas vivas puede llevar a que un término cambie su significado, bien sea porque en su utilización se le fue variando, o bien porque la realidad que anteriormente significaba mutó y no así el vocablo. Nos parece que en el caso de la Constitución han sucedido ambas cosas. Por un lado, con el mismo concepto, Constitución, se han tratado de expresar diferentes realidades, o al menos la misma realidad esencial pero con variantes accidentales que ameritarían una

¹⁹ De acuerdo con Bernardino Bravo Lira, el criterio para medir la existencia de un Estado constitucional consiste en analizar el régimen de gobierno, es decir: "la dualidad gobierno-parlamento, sobre el cual debe fundarse un régimen, conforme a la división de poderes, postulado por el constitucionalismo clásico. Concretamente se pretende sujetar la gestión gubernativa a la regulación de un parlamento, al que se le atribuye la doble función de concurrir con el gobierno a la legislación y velar porque los actos del gobierno encuadren dentro de la legalidad", BRAVO LIRA, Bernardino, *op. cit.*, p. 15.

adaptación en los términos; y también, desde otro ángulo, la propia Constitución ha ido variando, y por lo tanto su significado.

El término Constitución, desde este punto de vista, es en términos muy generales, el ordenamiento fundante del Estado, que integra sus elementos y les dota de unidad. Partiendo de este concepto fundamentalmente semántico, debemos ir a la siguiente pregunta: ¿qué es lo constitucional?

De una forma muy sencilla podríamos comenzar con las posibles acepciones que puede tener el término constitucional: Constitucional, según el *Diccionario de la Real Academia*, significa: perteneciente o adicto a la Constitución. Como se ve, se trata del nombre adjetivado, constitución, constitucional. Pero también podría predicarse de aquello que está en la Constitución, lo que rápidamente nos llevaría a la pregunta de si realmente todo lo que está en la Constitución es constitucional, o si incluso podría haber algo no constitucional dentro de la Constitución. El último paso dentro de este razonamiento sería preguntarnos, si cabe plantearse la inconstitucionalidad de lo constitucional. Nos parece que este ejercicio de reflexión nos aporta una ayuda específica. Nos hace ver desde el punto de vista meramente semántico la diferencia entre estar en la Constitución y ser constitucional.

Sin embargo, el hecho de que no sea lo mismo estar en la Constitución que ser constitucional, hay que admitir que existe una presunción a favor de que lo que está en la Constitución *es* en principio constitucional.

Para continuar con el presente razonamiento, nos fijaremos un método de análisis. Partiendo de la premisa de que lo constitucional no es lo meramente formal de la Constitución,²⁰ podemos tratar de encontrar su esencia ya sea en el aspecto sociológico o bien en el ideológico, es decir, lo constitucional puede estar en el modo de ser concreto de una sociedad —con una raíz sociológica— o bien en el modo de pensar de una sociedad —con un cariz ideológico o cultural—.

Para iniciar con el planteamiento sociológico, quisiéramos hacer una breve advertencia: la vigencia sociológica del derecho, en lo ge-

²⁰ Emilio Rabasa le da el título de “el alma de la Constitución” a aquello que se denomina constitucional; así lo expresó en el seminario que se llevó a cabo en el auditorio Héctor Fix Zamudio, del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, los días 2, 3 y 4 de febrero de 1999.

neral, es un planteamiento de la filosofía del derecho, y podríamos intentar traer a colación algunos de aquellos postulados, que nos ayuden a valorar la vigencia sociológica de la Constitución, sin embargo, consideramos que esto podría aparejarnos algunos inconvenientes, no porque estos postulados no sean aplicables, pues finalmente la Constitución se encuentra dentro del sistema normativo general, sino porque no nos conviene homologar los criterios de vigencia de las leyes con los de la Constitución, so pena de terminar confundiendo ley con Constitución, que si bien pueden resultar lo mismo desde el punto de vista sociológico, no lo son desde el punto de vista jurídico, y para efectos de análisis debemos respetar sus diferencias.

De entrada no somos amigos del término “*vigencia sociológica*”, pues la vigencia es un concepto de connotación estrictamente jurídica; de hecho, no es fácil encontrar uniformidad en cuanto a los términos para hablar de que una norma jurídica sea obedecida por la generalidad, pues eso es la validez sociológica de una norma. Algunos le llaman norma con positividad, otros hablan de eficacia, otros de facticidad,²¹ y finalmente, otros, de validez. Esta multiplicidad de acepciones nos hacen ver la poca claridad que existe en cuanto a los aspectos sociológicos de la aplicación de las normas.

Si bien una norma jurídica cualquiera debe tener resonancia social, aceptación, esto es mucho más acentuado tratándose de la Constitución, no por otra razón sino por su jerarquía, o mejor dicho, por su supremacía. La falta de respeto o aplicabilidad de la Constitución significa el desdén de todo el orden jurídico. Por esa razón se trata de un problema magnificado en sus dimensiones.

No obstante los problemas de terminología, en realidad hay bastante de razón al afirmar que la Constitución debe tener un reconocimiento social, y que esto se encuentra vinculado con la identificación que tiene la sociedad con su texto constitucional,²² y por lo mismo una norma con constitucionalidad sólo puede ser aquella que tenga

²¹ Siguiendo la terminología de Habermas, el dilema facticidad-validez no va más allá del contenido de la dualidad: realidad y norma, derecho y libertad: ser y deber ser. De la misma forma, resulta muy interesante el análisis de Robert Alexy, sobre el concepto de derecho, aportando una visión global del mismo, tanto en sus elementos principales (legalidad, eficacia y corrección material), como en sus elementos de validez (el sociológico, el ético y el jurídico), ALEXY, Robert, *El concepto y validez del derecho*, Gedisa, 1994.

²² MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, *op. cit.*, p. 265.

respeto por parte del pueblo. Si no admitiéramos esto caeríamos inmediatamente en el formalismo.

Sin embargo, el punto de vista sociológico nunca nos da la última respuesta: ¿por qué una norma constitucional es aceptada por el pueblo o por la sociedad en determinado momento histórico?, ¿en dónde radica el desprecio social por el contenido constitucional? Ese es un punto que no puede responderse con los datos y los métodos de la sociología jurídica. Solamente nos presenta el problema, con sus dimensiones y sus diversas manifestaciones, pero no nos dice por qué ha sucedido, ni, por lo tanto, qué soluciones caben.

Ya habíamos mencionado algunas posturas que pretenden basar el fondo de la validez sociológica en la misma aceptación social, es decir que no hay pregunta más allá; las normas deben ser aceptadas socialmente para ser normas, y en caso contrario hay que variar su contenido. Esta postura contractualista no puede llevarse, desde nuestro punto de vista al tema del origen del derecho, que es lo que pretenden estos autores, en este sentido; nos adherimos a la crítica que hace el profesor Carpintero, en el siguiente párrafo:

Las teorías del consenso, como las de Rawls o Habermas, pueden y deben ser exigidas en las decisiones políticas, en las que el gobernante ha de elegir una posibilidad entre otras, pero no pueden ser llevadas al origen del derecho, que ha de tener en cuenta la naturaleza de las cosas, es decir, lo que demandan objetivamente los problemas. En este sentido, como escribe Pedro Serna, citando a Klaus Hoffe: "el pluralismo no puede por sí solo garantizar su propio sentido; es únicamente una forma útil de organización de la libertad y de la justicia, pero en modo alguno suficiente".²³

Por lo anterior, y pasamos al análisis del contenido ideológico o cultural, en realidad la vigencia sociológica depende finalmente del contenido ideológico que tenga la Constitución. Esta ideología estará determinada por los valores —axiología— de la sociedad concreta, pero también por la intrínseca valía de los valores (*sic*) que proponga la misma Constitución.

Aspiraciones, valores, postulados fundamentales, son los términos que se utilizan para denominar ese contenido metajurídico que

²³ CARPINTERO, Francisco, *Derecho y ontología jurídica*, Ed. Actas, Madrid, 1993, p. 119.

debe tener toda norma constitucional, y que debe por tanto, representar en su conjunto la Constitución. La diferencia entre unos y otros no es del caso, y nos llevaría a campos ajenos a nuestra problemática, bastaría, además de señalar que efectivamente existen como respuesta final de la constitucionalidad que nos estamos planteando, con dar algunas de sus características.

La carga ideológica de una Constitución debe ser ante todo axiológica o estimativa, es decir debe plantear diferencias entre lo que es conveniente y lo que no, o lo que es lo mismo un deber ser social, que lógicamente se encuentra dentro de la cultura social y las tradiciones del pueblo de que hablemos.

Este es el verdadero sentido de la ideología constitucional, un criterio que norme las conductas sociales. Por otro lado, la ideología social es un conglomerado de principios que pueden ser tratados, así, en su conjunto, o bien separadamente. Tales principios son expresables en términos de conductas sociales y, por lo tanto, significan un parámetro para juzgar conforme a ellos. En el terreno de la ideología intervienen como causas, toda la historia de un pueblo desde su origen. En sus antecedentes se analizan desde su surgimiento, los valores que en cada época van regulando la vida social. Sin embargo, a pesar de que son valores traducibles en principios, nunca pueden dejar de ser generales, pues se trata sencillamente de principios, y éstos tienen por su naturaleza el ser generales.

Ante la pregunta de quién puede ser el portavoz o el intérprete de estos valores, caben muchas opciones e interpretaciones. Pero desde el punto de vista jurídico, la Constitución, que debe ser elaborada por un órgano constituyente *ad hoc*, es el documento donde deben recogerse, con número y letra, estos valores. Este es el gran papel de la Constitución. Por eso su naturaleza es muy diferente al de la ley, y de aquí derivan un sinnúmero de consecuencias jurídicas.

Si la Constitución es este documento que recoge y ordena los valores y principios, algunos utilizan el término *aspiraciones*, entonces la constitucionalidad será el carácter jurídico de esos principios. En este sentido aseveramos como lo hace Guastini: "*La constitucionalidad es pues en una palabra, la ideología a partir de la cual se construye la Constitución, se permite la aplicación significada o constante de las normas constitucionales y se determina, en buena medida, alguna de las dos maneras básicas de representación constitu-*

cional".²⁴ Es evidente que con esta aseveración no se agota el tema, ni se pulen todas las aristas que presenta esta concepción constitucional, pero nos plantea como primera tarea el modo de conseguir que efectivamente exista esa relación entre el contenido de la Constitución y los valores axiológicos de un pueblo.

Antes de poder referirnos a lo anterior resulta necesario atender algunas cuestiones. En primer lugar quisiéramos resaltar que una Constitución, no obstante su carga ideológica no deja de ser un texto jurídico y, por lo tanto, la estructura formal de un precepto constitucional debe ser el de una norma jurídica, y su estructura lógica la de un imperativo, atributivo hipotético. De otra forma no existiría diferencia entre una Constitución y una declaración de principios más o menos formal, o protegida con cierta obligatoriedad.²⁵

Un segundo punto sería el referente a la supremacía constitucional. Como principio del constitucionalismo, la supremacía, se ha planteado siempre como una consecuencia de la rigidez constitucional, extralimitando su aspecto formal, y dejando de lado, que la supremacía se deriva principalmente del contenido de las normas. Una forma de entender la supremacía constitucional, como se ha hecho hasta ahora, es como limitante para los órganos de autoridad, sin embargo esta visión es una concepción limitada y chata porque olvida el contenido propio de las normas constitucionales. La supremacía debe derivar de que la Constitución es base o fundamento de todas las demás normas, de la misma forma como lo es cualquier principio de sus propias consecuencias. Todos los ordenamientos, en materia, civil, mercantil, laboral, penal, administrativa, etc., deben tener sus principios rectores en la Constitución.²⁶

²⁴ GUASTINI, R., *op. cit.*, *supra*, nota 6, p. 170.

²⁵ GUASTINI, Riccardo, al tratar sobre el contenido de las normas constitucionales, menciona el llamado Código de la Materia Constitucional, en el que deben quedar incluidas dentro de un texto, formulado en una lengua natural y expresivo de normas jurídicas, tres tipos de normas:

- Normas que confieren derechos de libertad.
- Normas que confieren poderes a los órganos.
- Normas de principio o programáticas.

Todas estas normas, y no solamente las últimas tienen una carga ideológica importante; *ibid.*, p. 167.

²⁶ La Constitución de un Estado, ahora que todo Estado es constitucional, tiene con sus pequeñas variantes, una serie de características que nos permiten hablar y entender lo mis-

De esta doble o distinta naturaleza se deriva la distinción que, entre otros autores, hacía Kelsen, sobre Constitución material y Constitución formal. La primera contiene los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes. Sin embargo, el autor austriaco reconoce que en la Constitución formal de la mayoría de los países se introducen otras normas que no forman parte de la Constitución en sentido material.²⁷

De lo dicho en el párrafo anterior se derivan algunas consecuencias interesantes. Una de ellas es la referente a la reformabilidad de la Constitución. El procedimiento de reforma constitucional debe estar acorde con el contenido y la categoría ideológica de las normas constitucionales. Cuando esto no sucede, como en nuestro ordenamiento, la supremacía constitucional se convierte en un valor puramente formal, de modo que el órgano revisor de la Constitución no encuentra más límites a su labor de reforma que los de procedimiento.²⁸

De manera tangencial, y por tratarse de un punto sumamente controvertido, podemos mencionar que las reformas a la Constitución no pueden ser de la misma naturaleza que la elaboración propia de la Constitución, sencillamente porque mediante este planteamiento se terminaría vaciando a los preceptos constitucionales de su carga ideológica, por lo siguiente: el intérprete auténtico de la Constitución es el órgano judicial, a él le corresponde juzgar sobre la constitucionalidad, esto es perfectamente aplicable a las leyes, de forma que puede declarar leyes constitucionales o inconstitucionales, según su apego

mo sobre el concepto de Constitución. Entre las cosas que le atribuimos al concepto de constitución está precisamente la de su supremacía, es decir que se trata de un documento con especial jerarquía, una ley fundamental, una norma superior o un ordenamiento jurídico soberano. Los grandes tratadistas siempre la han revestido de esta supremacía y la consideran el acto más genuino de soberanía que puede realizar un pueblo. La supremacía constitucional no se ha discutido, y precisamente por ella se han legitimado el resto de los preceptos jurídicos que regulan la sociedad. Por esta razón, la Constitución no es sólo una fuente formal de normas jurídicas sino que es la razón de legitimidad del ordenamiento jurídico en el Estado actual. *Cfr.* SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo, *La supremacía constitucional puesta en entredicho*, Lex, p. 61.

²⁷ Sobre esta opinión de Hans Kelsen, a mayor abundamiento véase: FIX ZAMUDIO, Héctor, "Hacia una nueva constitucionalidad. Necesidad de perfeccionar la reforma constitucional en el derecho mexicano, las leyes orgánicas", en *Hacia una nueva constitucionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, pp. 191 y ss; Felipe TENA RAMÍREZ, *Derecho constitucional*, Porrúa, México, 1986, cap. I, p. 29.

²⁸ Esta es la opinión del maestro FIX ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, pp. 205 y 206.

al contenido constitucional. Desde nuestro punto de vista el juicio de constitucionalidad debe recaer también sobre las reformas constitucionales, pues lo constitucional no solamente significa estar en la Constitución, sino que debe responder a una carga ideológica y deben existir en primer término mecanismos de reforma constitucional que aseguren esta realidad, así como instrumentos de control constitucional sobre los actos reformativos de la Constitución.²⁹

No pretendemos dar la respuesta final a estos intrincados cuestionamientos, pues entre otras cosas en nuestro sistema jurídico la Suprema Corte de Justicia hasta ahora ha sostenido el criterio contrario. La tesis se titula: *Constitución, todas sus normas tienen la misma jerarquía y ninguna de ellas puede declararse inconstitucional*.³⁰ A través del juicio de amparo se ha intentado, en pocas ocasiones, dejar sin efecto una reforma constitucional. Estos procedimientos que han sido conocidos en revisión por la Suprema Corte de Justicia han dado pie a que la Corte se pronuncie sobre diversos temas y conceptos, que resultan de suma trascendencia para nuestros propósitos: contenido de la Constitución, naturaleza del órgano revisor, qué es la Constitución, etc., con la plusvalía de referirse a nuestros antecedentes históricos concretos.

Sin embargo, el criterio hasta ahora ha sido explícitamente considerar que sólo puede impugnarse una reforma constitucional por vicios en el procedimiento de reforma, sin adentrarse en el contenido de las normas constitucionales.³¹

²⁹ Uno de los retos de todo Estado de Derecho es conseguir que la actividad de toda autoridad quede sometida a los mandatos de la Ley, incluyendo a las autoridades que llevan a cabo las reformas constitucionales, por lo que un sistema que establece una reforma constitucional ilimitada legalmente se puede considerar un sistema irresponsable, pues no habrá posibilidad de impugnar el contenido de las reformas, sea éste el que fuere. Cfr. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J., "Comentarios a la resolución de la Suprema Corte de Justicia en el amparo promovido por Manuel Camacho Solís en contra del procedimiento de reforma constitucional", *Ars Juris*, núm. 22, Universidad Panamericana, México, 1999, p. 437.

³⁰ En *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. V, primera parte, p. 17 y séptima época, vol. 39, primera parte, p. 22. Publicada en la obra *La Constitución y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia, 1993, t. II, C-E, p. 1174.

³¹ Cabe hacer notar que aunque no hayan prosperado dichas acciones, a través del juicio de amparo, y se haya denegado la protección de la justicia federal, el haber entrado al análisis del caso significa un gran avance por el hecho de que existe el reconocimiento de que el control constitucional sobre los actos de reforma a la Constitución sí procede. Desde nues-

Para concluir con este apartado, nos gustaría subrayar el carácter ideológico que tiene la Constitución. A este respecto, y ya hemos utilizado el término, podemos hablar de la concepción sustancial como una totalidad coherente y conexas de valores ético-políticos. La identidad material (axiológica) de toda Constitución descansa precisamente en el conjunto de valores —o principios supremos— que la caracterizan y la distinguen de cualquier otra Constitución, y en palabras del autor que más hemos seguido: *De lo anterior se sigue, entre otras cosas, que en ningún caso puede la reforma constitucional ser llevada hasta modificar los principios supremos de la Constitución existente. Tales principios son límites (lógicos) infranqueables para la reforma constitucional*.³²

Por honestidad con el método que hemos empleado debemos reconocer que la conclusión a la que hasta ahora hemos llegado, al señalar que el contenido material de la Constitución es propio de ella, que no se encuentra de la misma manera en las demás leyes, y que este contenido está conformado fundamentalmente de un carácter ideológico, que corresponde a la sociedad en concreto y a su cultura, sin embargo, no hemos llegado al último punto, ya que en pri-

tro punto de vista y conforme a las ideas expuestas en este capítulo, la tendencia es irrefrenable, tarde o temprano se encontrará el modo de someter a control constitucional el contenido de las reformas constitucionales.

Esto lo afirmamos no obstante el último precedente habido y es el que se refiere a las controversias constitucionales presentadas por diversos municipios del país, en contra de los órganos que participaron de la reforma constitucional de los arts. 1o., 2o., 4o., en materia indígena. Como es ampliamente sabido la Suprema Corte de Justicia lo declaró improcedente ya que:

el artículo 105 del mismo ordenamiento, no prevé entre los sujetos que pueden ser parte de una controversia al órgano reformador que lleva a cabo ese procedimiento, ni tampoco los actos que realiza, por lo que no pueden ser revisados por la Suprema Corte de Justicia. Cfr. Semanario Judicial de la Federación, Controversia constitucional 48/2001.

Decimos que no obstante esta resolución y tomando en cuenta que fue aprobada con la mayoría de ocho votos, consideramos que la tendencia será la de que independientemente de la vía jurisdiccional de control constitucional que se intente (amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad), etc., se busque el mecanismo para poder revisar el procedimiento de la reforma constitucional, e inclusive el fondo.

³² Una cosa es reformar la constitución existente (en sus normas de detalle), sin alterar la identidad material o axiológica; otra cuestión es modificar el "espíritu" de la Constitución existente, o sea alterar, perturbar o subvertir los valores éticos políticos que la caracterizan. R. GUASTINI, *op. cit.*, supra nota 6, p. 174.

mer término la ideología social como concepto genérico requiere de una delimitación y, por otra parte, se trata de una realidad en pleno movimiento y transformación. Es por ello que no hemos llegado al final de nuestro camino. Sin embargo, sí estamos en posibilidad de recoger unas conclusiones preliminares:

- a) La Constitución como el instrumento jurídico sobre el que se ha fundado la creación del Estado de Derecho, ha mantenido con ciertos matices, su finalidad primigenia: limitar el ejercicio del poder estatal, sin embargo, son muchos las transformaciones que ha ido sufriendo a través de las diferentes etapas por las que ha atravesado. Estas transformaciones han sido tan drásticamente profundas que bajo el amparo de una misma Constitución se han producido fenómenos políticos y sistemas ideológicos totalmente contrapuestos.
- b) Esta experiencia obliga a retomar el concepto original para adecuarlo a la realidad del Estado en el despuntar del siglo XXI. El Estado disminuye paulatinamente su actividad, lo que da lugar a una creciente participación de la sociedad, que a su vez reclama una Constitución orientada a fomentar una organización menos formal y más viva.³³
- c) Resulta indispensable para lograr esa mayor sincronía entre la Constitución y la vida social, que aquella sea considerada como la norma rectora de la vida cultural de un pueblo, no sólo su reflejo, sino su directriz. El contenido de la Constitución, por ende, debe ser tal que consiga este objetivo fatal, de otro modo el Estado pierde su único fundamento.³⁴

³³ El término de *Constitución viva* que utiliza R. Guastini para referirse a la Constitución material, resulta de amplia utilidad, ya que hace referencia precisamente a la necesidad de obtener textos constitucionales que actúen en la realidad social: "A su vez la Constitución viva denota el modo en que una determinada Constitución escrita es concretamente interpretada y actuada en la realidad política". Cfr. GUASTINI, Ricardo, *op. cit.*, p. 45.

³⁴ Con especial clarividencia C. Hesse nos refiere lo que él denomina las tareas fundamentales de la Constitución y se refiere fundamentalmente a dos: a) la formación y mantenimiento de la unidad política; y b) la creación y mantenimiento del ordenamiento jurídico. Sin embargo, su posición está muy alejada del concepto de unidad de Jellinek, la unidad es un valor a lograr y a mantener y para utilizar sus palabras: "Este éxito depende en último extremo del grado de adhesión que encuentre en el Estado. Depende de que sea sostenido,

- d) El contenido propio de la Constitución no es por tanto un algo meramente aleatorio o que se encuentre a expensas de la autoridad ni de los grupos influyentes. Este contenido debe tener forzosamente una carga ideológica que responda a la cultura de la sociedad respectiva, para entonces representar una fuerza directriz. Nos vamos a permitir citar un párrafo de C. Hesse en el que se concreta este punto en lo relativo a los derechos fundamentales: "La función que cumple la Constitución no sólo se aplica al Estado. En sentido amplio se necesita para toda la convivencia en comunidad dentro del territorio del Estado, que no sería posible sin el ordenamiento jurídico. Éste no constituye un fin en sí mismo, no se trata de ordenar por ordenar, lo importante es el contenido de dicho ordenamiento, debe ser el moralmente recto y por lo tanto legítimo (...) La función directriz de la Constitución consiste en asumir estos cánones —y sobre todo en los derechos fundamentales— dotarlos de fuerza vinculante para todo el ordenamiento jurídico".³⁵
- e) Existe por lo tanto un deber de hacer que el contenido constitucional responda a esta finalidad, y por lo mismo el de encontrar los mecanismos para evitar que la Constitución concluya siendo el reducto donde terminen anquilosándose todos los intereses parciales de grupos o facciones, o sencillamente el instrumento de soluciones a problemas coyunturales. Este es precisamente el sentido con el que en este trabajo se aborda el tema de los derechos fundamentales.

de que los ciudadanos se hagan responsable de él, y en su caso lo defiendan (...) Estas condiciones dependen de numerosos factores extrajurídicos, como la tradición, el nivel de conciencia política o los líderes. En una medida no determinable exactamente y creciente pero necesaria, también del derecho. Para efecto del propósito de nuestro análisis el modo como concluye este párrafo es contundente: Requiere de la conciliación de voluntades y para ello no requiere menos de que se configure el contenido del ordenamiento de modo tal, que encuentre la adhesión de las personas que han de vivir bajo el mismo. Esta tarea fundamental la cumple la Constitución mediante sus derechos fundamentales, en esa medida la Constitución puede considerarse como el ordenamiento jurídico del proceso de integración estatal. También le corresponde, sigue diciendo el autor, la función de dirección jurídica, en la cual encuentra igualmente la relación con los derechos fundamentales. Cfr. HESSE, Conrado, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

³⁵ *Idem.*

III. LOS DERECHOS HUMANOS REENCONTRADOS POR EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Una vez hechos los planteamientos anteriores podemos proseguir en nuestro análisis y abordar más de lleno el planteamiento central de este ensayo: el reencuentro entre el Estado y los derechos humanos.

Partamos de la premisa ya expresada: por un lado hemos señalado que ambas realidades nacieron juntas y que su implicación era mutua. Los derechos humanos eran fin del Estado, y éste sólo podía funcionar como tal si respetaba en todo su significado, la individualidad del ser humano. Esto que parecía incuestionable desde su origen fue, sin embargo, desdibujándose hasta perder su verdadera ubicación, no porque se pusiera en entredicho la existencia de los derechos humanos como fin y centro del Estado, al menos no en los planteamientos de la teoría política, lo que sucedió fue que se trastocaron los principios de jerarquía, dándosele preeminencia y mayor importancia a la funcionalidad, a la operación de la estructura estatal, por encima de los derechos fundamentales, lo que trajo consigo la desprotección de la esfera jurídica del individuo.

El resultado fue que se relegó a la persona individual como consecuencia del crecimiento del Estado, es más, se podría decir que se propició una relación inversa entre el perfeccionamiento del aparato estatal y la protección de los derechos fundamentales. De aquí que en muchas ocasiones se haya vislumbrado una antinomia entre Estado y derechos humanos, o entre sus análogos: poder *versus* libertad, gobernabilidad *versus* representatividad. En líneas anteriores hemos aclarado que el término derechos humanos como tal no se utilizaba en el origen del Estado, o al menos no tenía la significación filosófico-jurídica que actualmente tiene, pero no obstante ello y considerando que se trataba de reconocer la dignidad y el valor de la persona individual, es perfectamente dable realizar la presente argumentación.

Por otra parte, ya nos hemos ocupado de recorrer el resto del devenir evolutivo que siguió este proceso, y cómo actualmente estamos viviendo el reencuentro entre el Estado y los derechos humanos, subrayando que éste no es gratuito sino que para llegar a él fue necesario atravesar un sinnúmero de fenómenos políticos, que avasallaron los derechos individuales en aras de los intereses públicos del Estado. No es el sitio para explicar las razones filosóficas que estuvieron

detrás de esta maximización del Estado, pero sin duda la corriente de hegemonía del poder estatal fue uno de los frutos concretos que produjo la entonces vigente corriente de pensamiento positivista.

Las denominadas teorías de desaparición del Estado³⁶ cundieron a raíz de los excesos a los que llevó esta visión del Estado, dando lugar a una integral incertidumbre de si el Estado sería a fin de cuentas la forma de organización social del futuro, capaz de asegurar la provisión de los bienes públicos fundamentales, como son los de la seguridad jurídica, los del respeto a la libertad, los de la impartición de justicia, y los de la paz entre las naciones. La duda estaba sembrada, y no gratuitamente. El siglo XX constituyó el siglo del fracaso del Estado, es decir del fracaso de la política.

Sin embargo, estas teorías, las de la desaparición del Estado, no prosperaron, principalmente porque el Estado mismo se transformó y entró en una dinámica de autorreconocimiento y de profunda redefinición sobre su origen y justificación. Este proceso, que por otra parte no parecía seguro, ni albergaba grandes garantías de éxito, continuó avanzando, hasta el grado de que la discusión ahora no versa sobre la desaparición del Estado, sino sobre la naturaleza de lo que se puede denominar el Estado social de derecho.³⁷

³⁶ La primera alusión a la desaparición del Estado, con Marx, se encuentra en la última página de la *Miseria de la filosofía*: "La clase trabajadora sustituirá, en el curso de su desarrollo, a la antigua sociedad civil, una asociación que excluirá las clases y su antagonismo, y no habrá más poder político propiamente dicho", MARX, K., *Miseria della filosofia*, Roma, Rinascita, 1950, p. 140.

En el decir de John Saxe-Fernández, la globalización es un fenómeno nuevo, homogéneo y homogeneizante que conduce a la democracia, el progreso y el bienestar universal; que acarrea la *desaparición progresiva del Estado*. SAXE-FERNÁNDEZ, John, "Globalización e imperialismo", en *Globalización: crítica a un paradigma*, coordinado por John Saxe-Fernández, México, UNAM, Plaza Janés, 1a. ed., 1999, pp. 10 y 11.

Asimismo se ha afirmado que la creciente difusión del poder y la búsqueda de un nuevo paradigma han impulsado dos perspectivas de naturaleza teórica: la llamada controversia entre neorrealistas y neoliberales, y la polémica entre quienes proclaman la *desaparición del Estado-Nación* y quienes aspiran al reacomodo de sus funciones. Cfr. POWELL, Robert, "Anarchy in International Relations Theory: The Neorealist-Neoliberal Debate", en *International Organization*, vol. 48, núm. 2, Spring, 1994, pp. 313-344.

Gramsci ha establecido que "el objetivo del Estado es su mismo fin, su misma desaparición, en otras palabras, la reabsorción de la sociedad política dentro de la sociedad civil". GRAMSCI, Antonio, *El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce*, Visor, Buenos Aires, 1971.

³⁷ Cfr. BENDA, Ernesto, *op. cit.*, p. 487.

No es momento —tampoco— de entrar a las distintas denominaciones que ha ido recibiendo esta nueva realidad estatal, y las mismas varían dependiendo del enfoque que se le quiera dar: una será desde el punto de vista del régimen de gobierno, otra es desde el ángulo constitucional, otra, finalmente, la que se aporte desde la visión de los derechos humanos. Sin embargo, lo que sí está claro es que el concepto de Estado se reabrió para llenarse de nuevos contenidos.³⁸

No obstante lo optimista que resulta el razonamiento anterior, es preciso mencionar que el nuevo replanteamiento del Estado no termina de enlazar todos los eslabones. Se sabe que el Estado formal de derecho no es garantía de un verdadero Estado de Derecho, con todo lo que ello implica, se sabe igualmente que todos juntos los mecanismos políticos ensayados, por más que se perfeccione la llamada *ingeniería constitucional*, no dan como resultado, al menos no siempre, ni en todos los lugares, un sistema de respeto a los derechos humanos; se sabe finalmente que todo lo hecho anteriormente, en los aspectos formales, no asegura que el Estado pueda cumplir con lo más básico y elemental: su fin. Lo que no se sabe es el cómo. Se sabe igualmente, que el Estado debe ser una institución orientada al bien común, se sabe que dentro de ese bien común se encuentran los valores fundamentales, como son la justicia, la seguridad y el orden, se sabe que el Estado debe propiciar mayor igualdad social, se sabe inclusive que cada Estado debe ser colaborador en la defensa del orden internacional. Lo que no se sabe es cómo darle plasticidad y permanencia a estos objetivos. No se acaba de definir el camino, aunque se sepa el fin.

Los autores se debaten tratando de dilucidar el *quid*, la quintaesencia del Estado, tratando de entresacar lo que verdaderamente es el

³⁸ Las grandes transformaciones del Estado moderno, sin embargo, se centran en el régimen democrático. En este sentido, al hacer mención de las transiciones democráticas que han variado la realidad estatal, podemos mencionar como transiciones, dependiendo de cada supuesto, al inicio del proceso de disolución del régimen autoritario, el establecimiento de alguna forma de democracia, el retorno a algún tipo de régimen autoritario o el surgimiento de una alternativa revolucionaria; el periodo entre el momento en que un régimen autoritario se desmorona y la instauración de la democracia pasa a formar parte de las perspectivas políticas; el término del régimen militar y consolidación de las instituciones jurídicas y políticas de la democracia representativa. Cfr. SIRVENT, Carlos, "Las transiciones democráticas", en *Ideas Políticas*, año 1, núm. 2, julio-agosto 1992, México, UNAM.

Estado, para entonces establecer el deber ser del Estado moderno. Es decir, que el trabajo que se realiza está orientado a depurar primeramente el concepto del Estado, y posteriormente definir las formas de hacer que el Estado sea lo que debe ser.

Es aquí donde aparecen los derechos humanos, y no como primera alternativa, sino como fruto de las más recientes pesquisas. En realidad el asunto parece bastante simple, ya que no se trata sino del mismo planteamiento original: el Estado se encuentra al servicio del ser humano, el Estado es un ser accidental y el ser humano un ente sustancial, y todo el resto de fraseo que se ha derivado de esta verdad fundamental. Sin embargo, la cuestión tiene algunas otras vertientes y vericuetos, ya que no se trata sencillamente de plantear esta relación de jerarquía sino de un nuevo postulado a favor de los derechos fundamentales.³⁹ Lo anterior quiere decir que no se trata sencillamente de recalcar la importancia de la parte dogmática de la Constitución, sino de conformar todo un sistema de reconocimiento, protección y promoción de los derechos humanos fundamentales. Lo que es lo mismo, hemos vuelto a las raíces, pero con conocimiento de causa.

Conforme a lo anterior, podemos colocar el siguiente texto de C. Hesse: "La función esencial de una Constitución consiste en asegurar los derechos fundamentales del hombre y la dignidad de la persona humana. Es el principio de la supremacía, que deriva de la Constitución rígida, la más eficiente garantía de efectividad de aquella función de imponer limitaciones a la acción del poder público. El documento que no cumple esa función no puede ser considerado Constitución",⁴⁰ es decir que no es cuestión solamente de reconocer los derechos humanos fundamentales, sino de lograr la *más eficiente garantía de efectividad*, en este caso se subraya la supremacía constitucional, y la rigidez como garantía de esta protección, pero esta cuestión la trataremos en el siguiente apartado, nos basta con lo an-

³⁹ En todos los Estados democráticos los derechos se han convertido en una escala de evaluación de la legitimidad de los poderes públicos. El ejercicio de los poderes democráticamente conquistados debe corresponderse con una política de respeto y de compromiso con los derechos; de otra forma, los poderes públicos enfrentarán, cuando menos, un déficit en su legitimidad de ejercicio. CARBONELL, Miguel, *La Constitución en serio*, Porrúa, México, 2001, p. 11.

⁴⁰ HESSE, Conrado, *op. cit.*, p. 5.

terior para recalcar que el Estado moderno ha seguido una evolución que lo ha derivado al punto de partida, al origen y justificación del Estado en el mismo ser humano.

IV. EL ESTADO REENCONTRADO POR LA FILOSOFÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Reconocemos que resulta un tanto extraño presentar el análisis del reencuentro entre los derechos humanos y el Estado, desde dos diferentes ángulos: el del Estado y el de los derechos humanos. Cuando menos puede parecer repetitivo. No obstante ello, en realidad es una forma conveniente de no dejar olvidado ningún aspecto importante, y enfatizar al mismo tiempo una realidad inobjetable, la dependencia recíproca entre los derechos humanos y el Estado.

Hemos elegido para el título de este epígrafe, el de la *filosofía de los derechos humanos*, y no en vano, ya que detrás de todo el movimiento universal en pro de estos derechos se ha desarrollado una auténtica filosofía, es decir una estructura de pensamiento completa, que pretende plantear, por decirlo así, toda la metafísica, la gnoseología, la cosmología y la historia de los derechos humanos. Se habla de filosofía de los derechos humanos, y en ello estamos de acuerdo, y se utiliza también el término de *revolución de los derechos humanos*, atendiendo a la fuerza cómo han cundido y se han posicionado estos conceptos.

Sea una filosofía, o también una revolución, hay que reconocer que esto ha sucedido en el ámbito del derecho internacional fundamentalmente, mucho más allá que en el ámbito del derecho constitucional, dicho de otra forma, en el devenir de las relaciones internacionales entre Estados, mucho más que en el curso de las relaciones políticas entre los órganos de poder de un Estado. Esta afirmación, que es a todas luces verdadera, nos lleva a planteamientos sumamente interesantes, ya que esto significa que el Estado moderno por sí no fue al encuentro de los derechos humanos, sino que éstos se cultivaron y desarrollaron en ámbitos transnacionales, allende las fronteras del Estado.

Lo anterior no quiere decir que entonces los derechos humanos y el Estado sean realidades ajenas, todo lo contrario, ya que de hecho el ámbito de las relaciones internacionales se verifica entre Estados, lo

que manifiesta es que cuando la realidad estatal se atrofia entonces impide el correcto desarrollo de los derechos humanos, su defensa y protección.

En este sentido es conveniente señalar que los derechos humanos y la democracia se han desarrollado a la par, lo anterior debido a que ambas realidades se esgrimieron históricamente en contra del orden público, porque éste estaba integrado y conformaba una parte esencial del Estado autoritario. Las formas de autoritarismo estatal fueron caldo de cultivo para que surgieran, en resistencia, los movimientos, pujantes, de la democracia y de los derechos humanos.

No muchas veces se identifica esta confluencia de los movimientos de derechos humanos y de democracia, y su paralelismo, sin embargo es algo bastante simple ya que provienen de una causa común, el atentado contra la libertad de las personas individuales. En algunas ocasiones se suele hablar incluso que la democracia es el clima más *ad hoc* para los derechos humanos, y en otra se suele llegar a afirmar que *la democracia es un derecho humano*.

No es nuestra intención zanjar la cuestión anterior, por la amplitud de la argumentación que nos llevaría, sino simplemente sentar que la democracia y los derechos humanos son dos caras de un mismo movimiento histórico, aunque conceptualmente se trate de realidades diferentes.

¿Cuál fue, pues, el camino que siguieron los derechos humanos en la segunda mitad del siglo XX, y en qué punto se encuentra actualmente esta evolución?

Existe la necesidad de hacer alguna salvedad al respecto, ya que el cuestionamiento planteado no puede ser resuelto de manera unívoca; de hecho, la primera objeción al considerar que los derechos humanos se han desarrollado primordialmente en el ámbito internacional, se enfrenta al surgimiento de los medios de protección constitucional de las garantías individuales dentro de las primeras constituciones de los Estados, y que surgen precisamente con el individualismo que fue el motor para el surgimiento del Estado. Sin embargo, precisamente lo que queremos plantear ahora no es que los derechos humanos nunca hayan tenido acogida en la estructura estatal, antes al contrario, se puede decir que fueron su fuente de creación, sino el hecho de que *hasta hace algunos años en la mayoría de los países del mundo, se consideraban a los derechos humanos como un asunto domés-*

tico,⁴¹ un algo determinable absolutamente por el Estado, y que con ello los mismos —los derechos— sucumbieran, en múltiples experiencias, ante el crecimiento del Estado. De aquí que la verdadera salvaguarda de los derechos humanos se sostuviera en su internacionalización.⁴²

La internacionalización de los derechos humanos se originó con la culminación de la Segunda Guerra Mundial. Tanto en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas (1945), como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Francia, 1948), y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Bogotá), se encuentran reconocidos expresamente los derechos humanos, y *aunque dichos documentos no tuvieron un carácter vinculante representaron un significativo compromiso moral*.⁴³ Posteriormente, y con el fin de lograr mayor obligatoriedad a los instrumentos citados, se adoptaron y abrieron a ratificación otros tres documentos internacionales: el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el protocolo facultativo de este último. A lo anterior se suman los documentos regionales, a México lo involucran los del sistema interamericano de derechos humanos, pero como bien lo advierte el Dr. Héctor Fix Zamudio, quien es uno de los precursores de este sistema en México y en Latinoamérica, *se advierte una verdadera eclosión de instrumentos internacionales sobre derechos humanos (declaraciones, convenciones, protocolos), llegando a la fecha a más de un centenar, que versan sobre tópicos, grupos y actividades de muy diversa índole*.⁴⁴

Podemos distinguir un movimiento intenso de internacionalización de los derechos humanos, que ha sido un punto de apoyo fundamental para el desarrollo de los mismos al interior de los Estados.

⁴¹ FIX ZAMUDIO, Héctor, VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, 1999, p. 411.

⁴² "La base normativa de la universalidad de los derechos humanos se encuentra (...) en los diversos pactos, tratados y convenciones internacionales que existen sobre la materia (...) Como recuerda Bobbio, con la Declaración de 1948 se inicia una fase importante de la evolución de los derechos: la de su universalización y positivación (...) A partir de la Declaración de 1948 los derechos dejaron de ser cuestión interna de incumbencia exclusiva de los Estados y saltaron por completo al terreno del derecho y las relaciones internacionales", CARBONELL, Miguel, *op. cit.*, p. 15.

⁴³ FIX ZAMUDIO, Héctor, *op. cit.*, p. 411.

⁴⁴ *Idem*, p. 412.

Este movimiento internacional ha desembocado en el reconocimiento de los derechos en lo particular, pero por otro lado ha derivado en la conformación de un sistema internacional de protección de estos derechos, tanto jurisdiccional como no jurisdiccional. De esa forma existe en el mundo moderno un verdadero sistema transnacional de protección de los derechos humanos.

Otro de los grandes descubrimientos en el desarrollo de los derechos humanos lo constituye la difusión de la figura sueca del *Ombudsman*, cuyos orígenes más remotos se sitúan en 1809.⁴⁵ A través de esta institución se logra distinguir la defensa judicial de los derechos humanos, de la defensa no judicial, y con ello también se subraya la diferente connotación y naturaleza que les corresponde a los derechos humanos, especialmente su carácter universal. Los derechos humanos son algo independiente de la actividad del legislador, pero obligan igualmente a las autoridades.

Esta figura recibió un nuevo impulso en 1968, con lo que se puede hablar de una segunda etapa en su desarrollo, a partir de que se fueron ampliando sus facultades y el alcance de sus resoluciones. Es preciso aclarar que esta institución no es internacional sino estadual, sin embargo, ha sido una de las influencias positivas de la experiencia comparada en derechos humanos.

Resulta paradójico que una de las notas fundamentales de este ombudsman, independientemente de las denominaciones que reciba o inclusive de su propia conformación, sea la de mantenerse independiente de los órganos de poder estatales, especialmente del órgano de poder ejecutivo, ya que esta independencia es el reflejo de que la amenaza latente a que se veían sometidos estos derechos, provenía especialmente del poder estatal. Los derechos humanos debían defenderse en contra del Estado, con lo que se creaba una relación bipolar (equivocada) entre dos realidades que debieron ser prácticamente una misma cosa: el Estado se confrontaba con los derechos humanos.

De ahí que la defensa y promoción de los derechos humanos se haya expresado históricamente con fuerza y validez, no como un mecanismo interno e inherente al Estado de Derecho, sino como una

⁴⁵ Aunque puedan inclusive relacionarse con el canciller de justicia creado por la Corona en el siglo XVIII, FIX ZAMUDIO, Héctor, *Protección jurídica de los derechos humanos*, p. 353.

demanda y un compromiso impulsado por la sociedad y por la comunidad internacional, e impuesto al Estado.

Una vez dicho lo anterior cabe retomar el cuestionamiento planteado y volver sobre el momento que viven actualmente estos derechos en el ámbito estatal. Los derechos humanos siguen desarrollándose sin solución de continuidad en el ámbito internacional, en cambio en el ámbito interno-estatal, existen un sinnúmero de diferencias entre cada país, pero dentro de las cuales se puede advertir una nota común, la conciencia de que su defensa ha dejado de considerarse como un tema externo, meramente internacional, para convertirse en una de las funciones centrales del Estado, y uno de los pilares de su política gubernamental.

De este gran giro derivan consecuencias de gran envergadura, y que seguirán requiriendo de estudios y de adecuaciones, pero todas ellas benéficas en razón de que se orientan —finalmente— a la protección de estos derechos.

Una primera es conceptual⁴⁶ y consiste en pasar de considerar a los derechos humanos como un límite para el Estado, a un fin esencial.

La segunda consiste en la necesidad de reorientar el trabajo de los organismos de defensa de los derechos humanos hacia tareas de promoción y desarrollo en colaboración con las estructuras estatales, a la vez que se convierte en una institución más, dentro de todas las que actúan dentro de las fronteras estatales a favor de los derechos humanos. De igual manera deberán defender, en el sentido amplio del término, los derechos humanos: cada uno de los órganos de poder, los órganos constitucionales autónomos, y la misma sociedad civil. La diferencia entre cada uno versará en sus atribuciones y en los alcances de sus resoluciones.

Una tercera, y que deriva de esto último, consiste en subrayar la importancia de la defensa de los derechos humanos que realiza el órgano judicial (que debe dejar de ser un órgano que sirva al poder estatal, para convertirse en un órgano de defensa de los derechos humanos), así como el acento en las actividades de promoción de los derechos humanos tanto de los individuales como de los colectivos,

⁴⁶ De tal manera ha sido patente este cambio cultural, que ahora resultaría totalmente inapropiada la expresión de uno de los primeros Ombudsman en nuestro país: "Los derechos humanos son un contrapeso al Estado de Derecho".

que implican una prestación por parte del Estado (salud, vivienda, educación, medio ambiente, etcétera).

Para culminar este apartado, muy breve, de este conciso ensayo, nos queda rematar con una visión resumida cuál es la posición de los derechos humanos frente al Estado de Derecho moderno. Esto debe analizarse a la par de que se presenta la situación de los derechos humanos en el orden internacional, ya que no se puede perder de vista que lo que ha ocurrido en el derecho internacional no es un proceso acabado, está lejos de serlo, y se siguen presentando innumerables amenazas,⁴⁷ sin embargo, ya que este trabajo se orienta más al ámbito interno, deberemos conformarnos simplemente con señalar que efectivamente es aún muy largo el camino que recorrer para lograr la verdadera salvaguarda de los derechos humanos por el derecho internacional.⁴⁸

Lo que es preciso dejar sentado es que conceptualmente existe un reencuentro entre el Estado y los derechos humanos, y que esto ha sido paralelo al fortalecimiento de la democracia.⁴⁹ Evidentemente

⁴⁷ Al respecto recogemos un párrafo de Fabio Konder Comparato, en su análisis sobre los derechos humanos en el siglo XXI: "El reconocimiento de los derechos innatos de la persona humana fue extendiendo el respeto a su dignidad en todo el planeta. El éxito no era (es) seguro: la indignidad nazi y la amenaza de destrucción nuclear indican su fragilidad. El contemporáneo movimiento desestructurador de valores, instituciones y creencias parece indicar su mutación sistémica, grávida de posibilidades inciertas.

El desorden neoliberal (concentración tecnológica, globalización de la miseria y de la corrupción) genera amenazas maléficas, patentizadas en el hundimiento de los términos del intercambio y en la deuda externa desmanteladora de economías y sociedades subdesarrolladas.

La única potencia hegemónica desde 1989 rechaza la ratificación de las convenciones internacionales de protección de los derechos humanos: paralelamente al margen de la ONU, impone su poderío militar y financiero.

La muerte podría prevalecer sobre la vida; No ha sido, ni es, ni será así". KONDER COMPARATO, Fabio, *Los derechos humanos en el siglo XXI: vida o muerte de la civilización mundial*, en *Estudios de teoría política y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. III, p. 1680, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Universidad Complutense de Madrid, 2000.

⁴⁸ Otro punto es la vinculación entre el derecho internacional y el derecho interno; en este sentido, cabe hacer referencia a que el Estado mexicano en el ámbito internacional, ha asumido diversos compromisos internacionales que lo conminan a armonizar su legislación con las normas de derecho internacional aceptadas por el mismo.

⁴⁹ Del mismo autor, otra cita referente a las instituciones nacionales de los Estados: "En el plano de la organización política estatal, la protección de la persona humana impone el robustecimiento de la vida democrática, mediante la participación directa del pueblo en las grandes decisiones gubernamentales, como lo establece el artículo XXI de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, KONDER COMPARATO, op. cit., p. 1696.

este reencuentro aún adolece de muchas deficiencias en las propias estructuras estatales, pero precisamente por ello la tarea consiste, y este es el tema del siguiente apartado, en encontrar los puntos de vinculación y de salvaguarda.

Queremos cerrar el presente análisis con una afirmación de Conrado Hesse, que nos parece de especial clarividencia, ya que sale al paso de la dicotomía entre eficacia del poder estatal y derechos humanos, y a la misma nos adherimos plenamente: "(...) Lo propio vale para la crítica que se hace a tal evolución, puede resumirse en la idea de que el actual progreso de los derechos fundamentales se ha salido de las vías tradicionales ya probadas y, por ello, ha de debilitar, si no disolver al Estado. También el debate de actualidad se tropieza con la objeción de un exceso de libertad que tiene como secuela debilitar al Estado y hacerlo incapaz de enfrentarse a sus tareas. Ahora bien, derechos fundamentales y Estado fuerte no se excluyen recíprocamente; antes al contrario, son mutuamente dependientes. Ello se explica porque hacer efectivos y asegurar los derechos fundamentales está, bajo las condiciones de nuestro tiempo, encomendado al Estado. Una y otra tarea requieren de un Estado fuerte, capaz de funciones y prestaciones, en condiciones de cumplir su misión. Tal fortaleza es, por ello, no tanto asunto de un aparato estatal de poder lo más eficaz posible cuanto del asentimiento libre de un número tan vasto como sea posible de ciudadanos a quienes importe lograrla, mantenerla y renovarla constantemente. Atañe a la capacidad de integración de los ciudadanos en el Estado y su ordenamiento jurídico. Si los derechos fundamentales, como es el caso bajo la Ley Fundamental, son las piedras angulares que legitiman ese orden, si aspiran a allanar el camino para el asentimiento libre, son entonces un factor decisivo para la existencia del Estado y del orden estatal, y el robustecimiento de los derechos fundamentales no puede redundar sino a favor del Estado".⁵⁰

V. EL VÍNCULO, LA CONSTITUCIÓN

El presente apartado no tiene otro objeto que unir las partes que ya han sido expuestas en este ensayo, no sólo los derechos humanos y

⁵⁰ HESSE, Conrado, *op. cit.*, p. 83.

el Estado, sino el vínculo, el punto de conexión, que sea a la vez puerta de entrada y no de salida, que enlace permanentemente a los derechos humanos con la estructura estatal.

Antes de referirnos a ello, quisiéramos plantear de manera más directa el problema que realmente se presenta. Lo que está en juego es el origen y justificación del Estado de Derecho, pero no en el terreno conceptual sino en su materialización. Parece ser un problema mucho más de ciencia política que de teoría del Estado, desde nuestro punto de vista es un problema que simultáneamente engloba interrogantes teóricas y prácticas, además de que nuestra propuesta se dirige más al campo del derecho constitucional.

Para lograr que el Estado de Derecho constituya un verdadero defensor del ser humano individual y de sus libertades se ha desarrollado una extensa doctrina del Estado y de su Constitución, de la que han derivado un sinnúmero de instituciones (división de órganos de poder, principio de facultades explícitas, el principio de legalidad, el control de constitucionalidad, las garantías individuales, las instituciones democráticas, los partidos políticos, etc.), confiando que de su integralidad y combinación se dé el resultado esperado. Como lo hemos expresado en líneas anteriores, esto no ha sido suficiente, y por lo mismo se ha redimensionado la vinculación de los derechos humanos fundamentales como fin del Estado. Sin embargo, la duda existencial permanece, cómo lograr que el Estado de Derecho incorpore dentro de su estructura estatal la defensa y promoción de los derechos humanos, sin que esto sea meramente una parte del programa de gobierno de un partido tal, o de la plataforma política, es más, sin que esto sea una decisión temporal o transitoria de la presión que ejerza una comunidad internacional.

El objetivo sería esencializar, encarnar a los derechos humanos en el Estado, de modo que funcionen como una misma realidad, y su salvaguarda sea parte de cualquier actividad estatal, y no simplemente la función de un órgano constitucional autónomo.⁵¹

⁵¹ Esto es parte de la transversalidad de los derechos humanos, es decir, se trata de permear toda la estructura de las instituciones públicas con el objeto de modificar las leyes, normas, políticas y presupuestos en materia de derechos humanos. Esto es, transformar e incorporar de forma sistemática a los derechos humanos en todas las prácticas y actividades del Estado mexicano.

Aquí es donde cabe nuestra propuesta, y como dijimos, no se trata de plantear diversos mecanismos para lograrlo, los que sin duda son cruciales, y sobre ellos podemos volver en otra oportunidad,⁵² en esta ocasión tendremos que obviarlos, para poder enfocar nuestras consideraciones hacia la constitucionalidad de la Constitución como una forma de vincular a los derechos humanos con el Estado.

Para lo anterior, nos serviremos de los conceptos ya vertidos, especialmente el de *constitucionalidad de la Constitución*, tratando de hacer ver, de destacar, sus implicaciones en la relación derechos humanos-instituciones estatales.

Lo primero a señalar, lo más inmediato, es tener presente que la Constitución es el documento que contiene las disposiciones fundamentales de un Estado, es el instrumento rector fundamental dentro de un Estado, y de aquí, por una deducción simple, que en ella se deban contener los postulados referentes a los asuntos más importantes de una sociedad, en este caso los derechos humanos. Sin embargo, este no es el enfoque que pretendemos darle a esta afirmación, quisiéramos ahondar más en la verdadera significación que le corresponde a la Constitución respecto a los derechos humanos, ya que finalmente lo que estamos replanteando es la tarea de la Constitución dentro de un Estado.

En el segundo apartado de este estudio apuntamos lo que significa la verdadera finalidad de una Constitución, y subrayamos el carácter axiológico, estimativo o aspiracional, que tiene (no sólo "*debe tener*") la Constitución, y que mientras mayor sea este su contenido, mayor será la garantía de su eficacia y aplicabilidad. Por el contrario, si el alejamiento entre la Constitución formal y la Constitución real, como se suele denominar, se amplía, entonces las posibilidades de que la vida social camine al margen de la Constitución son prácticamente

⁵² Por ejemplo otra cuestión que se ha discutido ampliamente, ha sido el modificar el artículo 133 de la Constitución para ampliar el reconocimiento de los derechos humanos contenidos en la misma, elevando a rango constitucional las normas protectoras de la persona humana contenidas en tratados internacionales de los que México es parte. De igual forma, entre otros, se habla de incorporar en el texto constitucional un reconocimiento de los derechos humanos como un concepto universal que se aplica de forma general y garantiza el goce efectivo, equitativo y no discriminatorio de todas las personas; así como alcanzar una verdadera independencia judicial y una integración de los tribunales a efecto de garantizar una correcta administración de justicia.

absolutas. La consecuencia que se deriva de lo anterior es el resquebrajamiento del Estado en su conjunto, por lo que se trata evidentemente de un asunto existencial.

Precisamente para salir al paso de lo anterior, es para lo que se desarrolla el concepto de *constitucionalidad*, con el objeto de contrarrestar el excesivo formalismo (o el creciente pragmatismo) con que se suele permear a la Constitución y, en cambio, devolverle su verdadera naturaleza, todo ello con el fin de lograr su plena vigencia.

Pese a lo anterior, es difícil advertir qué es en lo concreto esa constitucionalidad que debe tener toda Constitución, y más aún, cómo lograr que una Constitución sea verdaderamente *constitucional*. En este punto es en el que debemos colocar a los derechos humanos fundamentales.

Advertimos que no se trata de agotar el tema de la *constitucionalidad*, ni siquiera de abordarlo en todos sus términos y aspectos, sino el de relacionar los conceptos. La *constitucionalidad* de la Constitución es la parte más profunda de ella, que contiene finalmente lo que hace verdaderamente atendibles sus mandatos, digamos que es lo verdaderamente respetable de una Constitución, incluso sin contar con la imposición de la fuerza para su cumplimiento, entre esto y lo siguiente queda una brecha muy corta hacia los derechos humanos fundamentales. Digámoslo de la siguiente manera: en una sociedad puede haber un gran debate sobre las disposiciones que aumenten o disminuyan las facultades de los órganos de poder, o de los partidos políticos, o de los límites entre Estados, etc., pero no puede imaginarse oposición alguna a la ampliación de los derechos humanos y a su mayor garantía.

Los derechos humanos son parte de la constitucionalidad de una Constitución; una Constitución será más constitucional mientras mejor reconozca, garantice y proteja a los derechos humanos.

Quisiéramos salir al paso de una posible objeción que se nos podría hacer: nadie está cuestionando que los derechos humanos deben formar parte de una Constitución, se diría, y sin embargo, como lo dijimos en el primer apartado de este trabajo, en la evolución del Estado de Derecho moderno, los derechos individuales, aunque han tenido carta de naturalización, han sido una cuestión de segundo nivel, que ha quedado supeditada a otros valores de mayor importancia. No hay razón para repetir lo dicho en páginas anteriores, basta

con señalar que los derechos humanos no han sido suficientemente protegidos por el sistema constitucional del Estado de Derecho.

Ahora bien, el punto en cuestión no es solamente incluir a los derechos fundamentales dentro de la Constitución, sino el entender que estos derechos deben de incluirse más allá de ser límites a la actividad estatal, sino que deben constituir el postulado fundamental constitucional. En esto radica la relación entre derechos humanos y Constitución.

De la aseveración anterior se puede pasar al punto central de este análisis. Si la *constitucionalidad* de la Constitución es la propiedad que tiene ésta para ser un instrumento rector de la sociedad, y si esta *constitucionalidad* contiene dentro de sí a los derechos humanos, por ser fin y razón del Estado, entonces la Constitución, bajo este legítimo enfoque, debe ser el vínculo de reencuentro entre el Estado y los derechos humanos.

Con lo dicho en líneas anteriores, estamos acercándonos al fin de este trabajo, pero aún quisiéramos apoyarnos en el razonamiento que hace Marín Castán (2000), en términos muy similares a los que hemos utilizado en el curso de este ensayo, y que pueden ayudar a apuntalar nuestras conclusiones, no obstante que las referencias de esta autora están dirigidas en particular a la Constitución española de 1978, especialmente al artículo 1.1, que señala que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores supremos de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y el pluralismo político. En opinión de esta autora "*el mencionado precepto es la norma fundamental de nuestro ordenamiento constitucional*",⁵³ pero no solamente eso sino que este precepto, *le otorga legitimidad, sentido y estructura a la totalidad del ordenamiento constitucional*.⁵⁴ El gran hito de este postulado no es solamente su carácter explícito, sino fundamentalmente su carácter axiológico, y en su decir, *no se encuentra en ningún otro texto constitucional de nuestro entorno*, además de que otorga a la Constitu-

⁵³ MARÍN CASTÁN, María Luisa, "Declaración Universal de Derechos Humanos y dimensión axiológica de la Constitución", en *Estudios de teoría política y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, t. III, p. 1680, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Universidad Complutense de Madrid, 2000, pp. 1727 y ss.

⁵⁴ *Idem*.

ción española, *una dimensión axiológica*. Hasta aquí el primer punto, lo restante es relacionar justamente esta dimensión axiológica con los derechos humanos. La dimensión axiológica de la Constitución, sigue diciendo esta autora, en este caso citando al maestro Peces Barba, *los valores superiores no se fundan sólo en el acuerdo entre ciudadanos, sino que precisamente este acuerdo recibe una determinada axiología*, con lo que se quiere subrayar la intangibilidad de la dignidad humana, que se encuentra detallada en los subsiguientes artículos de la Constitución referida.

El último paso en su análisis lo contiene en el siguiente párrafo: "*La función de legitimación y valoración crítica del ordenamiento jurídico-político y del ejercicio de los poderes públicos, toda vez que sólo dicho ordenamiento seguirá siendo legítimo, en tanto respete y tutele la dignidad de la persona y sus derechos inviolables, y el ejercicio de cada uno de los poderes públicos se justificará en la medida que contribuya a garantizar la vigencia de dichos principios y valores*".⁵⁵

Efectivamente, el Estado es una creación humana, de su naturaleza sociopolítica, para salvaguardar los derechos humanos fundamentales, pero no se trata solamente de proteger con esto al Estado, de la crisis evolutiva a la que se encuentra sometido, sino de dar un paso definitivo y sólido para la salvaguarda de los derechos humanos, a través de redimensionar al Estado. Estamos dando otra oportunidad a la organización estatal para que sea efectivamente lo que debe ser, y esto tiene un camino concreto, la Constitución como documento fundante y rector de la sociedad.

Hemos de advertir, a manera de colofón, que el intento de haber descrito el recorrido que ha sufrido el Estado hasta llegar al punto mencionado, no es más que una manifestación más del desplome del formalismo jurídico y político, en el que se encontraron atrapadas las instituciones sociales y políticas, especialmente durante los siglos XIX y XX. En este sentido resulta laudable el impulso que, para este efecto, se le ha dado a la filosofía de los derechos humanos.

Lo que hemos dicho en este ensayo, dirigido a la organización estatal en su conjunto, puede ser particularmente aplicable a nuestro país, debido a la situación de cambio político y social por la que atraviesa. Más allá de las modificaciones políticas, inclusive las más es-

⁵⁵ *Idem*.

tructurales, que se han llevado a cabo en las últimas décadas en México, lo que verdaderamente se encuentra debajo de este devenir, es una transformación social, es decir un cambio en los principios culturales, por lo que es momento de trabajar en recoger de la manera más fidedigna posible, esta conciencia en las disposiciones de nuestra Constitución. En ello va nuestro afán.⁵⁶

⁵⁶ "La concurrencia entre la transición democrática y la transición en derechos humanos, que se da en México, no es gratuita ni inconveniente. Al contrario, ambas realidades se encuentran íntimamente ligadas, se implican y se retroalimentan. La transición democrática debe abreviar en el cauce de los derechos humanos y debe retornar a él. Los derechos humanos exigen como condición de existencia un clima democrático de respeto a las libertades. Es por ello, que el proceso de transformación que experimentamos es integral y radical". Cfr. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J., "Hacia una cultura de los derechos humanos", en *Derecho y Cultura*, núm. 7, Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura, México, otoño 2002, p. 88.