

LA CONSTITUCIÓN EN EL TIEMPO: UNA NOTA

Miguel CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción: el tiempo constitucional.* II. *Configurar el futuro, recordando el pasado.* III. *Los principios y las Constituciones abiertas.* IV. *El lugar de la política constitucional.* V. *Europa, por ejemplo.*

I. INTRODUCCIÓN: EL TIEMPO CONSTITUCIONAL

La Constitución de nuestro tiempo convive con el pasado, en ocasiones renunciando a su repetición, como lo demuestran las cláusulas de inmodificabilidad de la Constitución alemana, destinadas a decir “nunca más” a experiencias como la vivida bajo el régimen nazi, pero se constituye sobre todo como una aspiración de futuro, es decir, como una especie de “utopía concreta” para usar el concepto recordado por Jürgen Habermas o como una “carta de navegación” si recurrimos a la imagen que propuso Carlos S. Nino.¹ Tiene razón Hans-Peter Schneider cuando escribe:

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

¹ Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2002, capítulo primero.

la dignidad humana, el logro de la justicia social sobre la base de la solidaridad y en el marco de la igualdad y de la libertad, la creación de condiciones socioeconómicas para la libre autorrealización y emancipación humana, así como el desarrollo de una conciencia política general de responsabilidad democrática. Estos contenidos de la Constitución, la mayoría de las veces, no están presentes en la realidad, sino que siempre están pendientes de una futura configuración política... la Constitución... se produce activamente y se transforma en praxis autónomamente en virtud de la participación democrática en las decisiones estatales.²

II. CONFIGURAR EL FUTURO, RECORDANDO EL PASADO

Pero, ¿cómo configurar en concreto esos elementos ideales que generen la “futura configuración política”? La respuesta puede ser variable, pero desde luego estará incompleta si no somos capaces de superar las visiones tradicionales que los juristas siguen teniendo sobre la Constitución y sobre la ciencia del derecho constitucional.³ Si la Constitución se presenta como una escisión entre el pasado y el presente, como un parteaguas fundacional, en donde una generación impone las bases de la convivencia social partiendo de cero (es decir, si se opta por una óptica revolucionaria, que es muy común observar en los discursos constitucionales oficialistas en América Latina), o bien si se la entiende como un seguimiento de las “leyes naturales de la historia”, expresión de las costumbres sociales y del “ser” del “organismo social” (tal como se hizo por los movimientos conservadores del pasado, sobre todo durante el siglo XIX), estaremos ante un falseamiento de la realidad. Un sistema constitucional no es ni puede ser, en la práctica, solamente revolución o solamente conservación, aunque a veces esto se olvide por los defensores de una u otra óptica.

La Constitución de nuestros días es, a la vez, pasado, presente y futuro, resultado de movimientos, revoluciones y costumbres lo mismo que aspiraciones de futuro:

Las Constituciones de nuestro tiempo —nos explica Gustavo Zagrebelsky— miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir el patrimonio de expe-

² *Democracia y Constitución*, Madrid, CEC, 1991, p. 49.

³ Una crítica a esas visiones tradicionales y a la forma en que se transmiten en las aulas universitarias puede verse en Carbonell, Miguel, *La enseñanza del derecho*, México, UNAM-Porrúa, 2004.

riencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer... pasado y futuro se ligan en una única línea y, como los valores del pasado orientan la búsqueda del futuro, así también las exigencias del futuro obligan a una continúa puntualización del patrimonio constitucional del pasado y por tanto a una continua redefinición de los principios de la convivencia constitucional.⁴

La fuerza del pasado no puede ser tal que nos impida modificar el texto constitucional conforme a las necesidades del presente. Zagrebelsky explica en su ensayo *Historia y Constitución* la forma en que desde el siglo XVIII se comienzan a realizar planteamientos sobre “el mito constituyente”, en referencia a un origen histórico tan alto de las Constituciones que sería imposible repetirlo. Se suelen acompañar esas arengas con una visión idealizada de los “padres fundadores” por medio de la cual pretende imponerse una “jerarquía entre las generaciones”. Aunque pueda parecer una visión muy reducida de la vida política y constitucional de un país, no es difícil verificar que está del todo presente en el imaginario social de países como España (cuya conmemoración del XXV aniversario de la Constitución de 1978 suministra un buen ejemplo de lo poco rigurosa que puede ser la memoria histórica y de la manera en que se representa artificialmente un consenso político y social que quizá nunca haya existido más allá de los despachos gubernamentales⁵) o como Estados Unidos, en donde son frecuentes las apelaciones a las ideas, valores y sentimientos de los “*founding fathers*”, incluso en sentencias de los tribunales de mayor rango.

En México, el discurso sobre la excepcionalidad de la generación constituyente y sobre el insuperable producto de sus desvelos ha tenido su propia narrativa, emanada en parte de un modelo de dominación social autoritario que quiso hacernos ver en la Constitución el texto sagrado que dibujaba de una vez y para siempre el destino de la nación mexicana tal y como debía ser de acuerdo con la ideología de la Revolución. Constitución y Revolución aparecían, en consecuencia, como dos caras de la misma moneda, surgidas, sin embargo, en momentos distintos. Según el relato oficialista, la Revolu-

⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, traducción y prólogo de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2005.

⁵ Se trata de una visión que el lector puede compensar con la más realista que se contiene en Capella, Juan Ramón (ed.), *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003.

ción surge para emancipar a los mexicanos de todos los males del pasado y del (entonces) presente que era la dictadura de Porfirio Díaz; luego viene la Constitución, con el objeto de mantener vivos y actuantes los principios de la gesta armada, que serían bien administrados y “dosificados” por una clase política patriótica y entregada a las causas populares.

La excelencia del texto constitucional “emanado” de la Revolución no ha impedido que, pese a todo, haya sufrido más de 600 modificaciones, muchas de las cuales se han justificado precisamente con base en los “ideales de la Revolución”. Lo que ha sucedido en México es la glorificación de un “espíritu constitucional”, el cual, como todo ente abstracto, solamente ha existido en la cabeza de quienes lo han utilizado para usufructuar a conveniencia propia y durante décadas el poder político. Por paradójico que parezca, la idea de que hay algún espíritu que debe regir la interpretación de nuestro texto constitucional es un sinsentido que se sigue repitiendo en muchas escuelas y facultades de derecho (y también en muchas sentencias de nuestros tribunales, obviamente), que prefieren seguir haciendo ejercicios de “metafísica constitucional” en vez de verdadera y rigurosa ciencia jurídica. Mezclar a los “espíritus” con el estudio del derecho no puede dar otro resultado más que el falseamiento de la realidad y el engaño a los alumnos que deben escuchar a sus profesores haciendo el papel de “astrólogos”, adivinadores de espíritus o “lectores del tarot” jurídico a lo largo de su formación universitaria.

III. LOS PRINCIPIOS Y LAS CONSTITUCIONES ABIERTAS

Las normas constitucionales que mejor representan la continuidad del pasado hacia el presente y del presente hacia el futuro son las normas de principio.⁶ La ciencia del derecho constitucional debe ser replanteada cuando actúa en un contexto normativo plagado de principios, como lo es el que nos suministran las Constituciones de la segunda posguerra mundial; las tareas del intérprete —sobre todo del juez— son distintas que en los modelos pre-constitucionales y su aportación a la construcción del objeto científico que analiza es cualitativamente superior.⁷

⁶ Este tipo de normas han sido estudiadas por Zagrebelsky en *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 109-130.

⁷ Zagrebelsky escribe lo siguiente: “...es preciso darse cuenta de que el ‘derecho por reglas’ del Estado de derecho decimonónico era algo cualitativamente distinto al ‘dere-

Los principios requieren a la dogmática constitucional de nuestro tiempo estar más abierta a los requerimientos de la “política constitucional”. Esto supone elevar el grado de “ductilidad” en sus planteamientos, de manera que la interpretación de la Constitución no prefigure las posibilidades del presente, sino que permanezca abierta a lo que se pueda decidir en el futuro, sin afectar lo que algunos autores han llamado “el coto vedado” o la esfera de lo no decidible.⁸

Esto ha llevado a autores como Zagrebelsky a sostener la pertinencia de que los constitucionalistas tomen en cuenta la lección de la fábula del erizo y la zorra, de modo que comprendan que es mejor “saber muchas cosas” que no saber “sólo una muy grande”.⁹ También es una lección para quienes tienen la responsabilidad de escribir Constituciones nuevas, pues en ellas deben dejar espacio a la “política constitucional”, para no ahogar “por saturación jurídica” el proceso democrático.

Se trata, en suma, del nuevo modelo de Constituciones *abiertas*, que son aquellas “Constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competencia para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática... ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir”.¹⁰ Para Zagrebelsky:¹¹

Las sociedades pluralistas actuales —es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías

cho por principios’ del Estado constitucional contemporáneo y de que este cambio estructural del derecho tiene que comportar necesariamente consecuencias muy serias también para la jurisdicción”, *El derecho dúctil*, *cit.*, nota 6, p. 112. El tema ha sido analizado también por Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, 2a. ed., México, Fontamara, 1999; del mismo autor, puede verse *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.

⁸ La primera expresión se debe a Garzón Valdés, Ernesto, “Representación y democracia” en su libro *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993, pp. 644 y ss.; la segunda es de Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales” en el libro *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), Madrid, Trotta, 2001.

⁹ El pasaje, como el resto de ideas de este párrafo, proceden del capítulo I de *El derecho dúctil*, *cit.*, nota 6, pp. 9-20 (especialmente p. 18).

¹⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, *cit.*, nota 6, p. 14.

¹¹ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía estatal en el sentido del pasado—, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional... (Las Constituciones abiertas permiten), dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática. Será la política constitucional que derive de las adhesiones y abandonos del pluralismo, y no la Constitución, la que podrá determinar los resultados constitucionales históricos concretos.

IV. EL LUGAR DE LA POLÍTICA CONSTITUCIONAL

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

En materia de derechos fundamentales la *política constitucional* puede tomar muchos significados; por ejemplo, para permitir a cada gobierno dar una u otra orientación en materia de derechos sociales; así, un gobierno puede preferir tener a su cargo la sanidad pública o la educación, mientras que otro puede considerar más adecuado delegar parte de esas funciones a los centros educativos o a las clínicas privadas, a los cuales se podría tener acceso gracias a una financiación pública.¹² Lo importante, en este mo-

¹² Algunas de estas cuestiones se discuten y analizan con mayor detenimiento en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-CNDH, 2004, pp. 759 y ss.

mento, es comprender que dentro de los parámetros que fija la Constitución hay espacios que la *política constitucional* puede ocupar de distinta forma.

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

La apertura constitucional tampoco significa dar marcha atrás al proceso de “constitucionalización” del ordenamiento jurídico que se observa en muchos países a partir de la segunda posguerra mundial. Justamente, esos mismos Estados son los que presentan mayores rasgos de pluralismo político y partidista (Italia quizá sea un caso extremo en este punto), y en los que encuentra mayores espacios constitucionales la política de cada día, la que se ejerce por el Poder Legislativo y por los partidos políticos, en sus respectivas sedes y campos de acción.

El modelo de Constitución contemporánea, con todo y su apertura, se significa por guardar una estrecha relación con el resto del ordenamiento jurídico y con los sujetos encargados de actuarlo. En eso consiste, en buena medida, la llamada “constitucionalización” del ordenamiento jurídico.¹³ De acuerdo con Riccardo Guastini, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” podemos entender “un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”.¹⁴ Dicha constitucionalización no

¹³ La “constitucionalización del ordenamiento”, señala Louis Favoreau, es un fenómeno reciente, poco estudiado y a menudo fuente de confusión y malentendidos, *Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 37.

¹⁴ *Estudios de teoría constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fontamara, 2003, p. 153.

es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características.¹⁵

V. EUROPA, POR EJEMPLO

Un proceso en donde se percibe claramente la relación entre tiempo y Constitución es el que se está llevando a cabo en Europa para generar el primer texto constitucional supranacional. En términos generales puede decirse que la Constitución europea se está convirtiendo en un fértil campo de pruebas para todo el constitucionalismo contemporáneo. Las preguntas que han ido surgiendo antes y después de su redacción definitiva son de gran alcance: ¿se trata de una Constitución que “crea” de cero una sociedad europea (un *demos*) mancomunada por las normas jurídicas o es más bien la redacción articulada de un *status quo* tanto a nivel social como, sobre todo, institucional ya existente?¹⁶ Antes que eso: ¿para qué le sirve a Europa una Constitución?, ¿qué función debe tener la nueva carta magna? (la primera de su género en la historia del Estado constitucional).¹⁷

Autores como Habermas han defendido la necesidad y pertinencia de que Europa tenga un texto constitucional. Para ello, sin embargo, hace falta, según Habermas, caminar hacia la construcción de una esfera pública integrada de ámbito europeo, es decir, es necesario “alcanzar un contexto de comunicación pública que trascienda las fronteras de las hasta ahora limitadas esferas públicas nacionales”.¹⁸

La construcción de esa esfera pública requiere la presencia de una serie de intereses agregativos que la doten de sentido y de contenido; así, se necesita una red de organizaciones no gubernamentales de alcance europeo, al igual que medios de comunicación y partidos políticos de carácter supranacional. Además, la atmósfera apropiada debe contar con una cultu-

¹⁵ *Ibidem*, p. 154.

¹⁶ Al respecto, Habermas, Jürgen, “¿Necesita Europa una Constitución? Observaciones a Dieter Grimm”, *Debats*, núm. 55, Valencia, 1996, reproducido en Habermas, J., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.

¹⁷ Aunque pueden ser referidas a problemas actuales, las mismas preguntas fueron planteadas —en sus correspondientes contextos histórico-políticos— a finales del siglo XVIII, como se explica en varios de los trabajos contenidos en Troper, Michel y Jaume, Lucien (dirs.), *1789 et l'invention de la constitution*, París, LGDJ, 1994.

¹⁸ Habermas, J., *La inclusión del otro*, *cit.*, nota 16, p. 142.

ra política igualmente compartida por los integrantes de la Unión Europea.¹⁹ No es obstáculo para ello el hecho de que dentro de la Unión se hablen una multitud de lenguas, muchas de las cuales han sido reconocidas oficialmente. Para Habermas ese hecho debe ser reforzado con el mantenimiento de un multilingüismo oficial en las instituciones de la Unión, mismo que podría ser reforzado en la práctica con la asunción del inglés como lengua de trabajo, lo cual ya sucede en buena medida.²⁰

La tarea señalada por Habermas (la construcción de esa esfera pública, propiciada pero también permanentemente alimentada por una cultura política común) es tal vez un poco más compleja de lo que se alcanza a advertir en sus propios textos. Es quizá por eso que se ha dicho que Habermas, al menos en el campo jurídico, hace una lectura demasiado benigna de una realidad que tiene en su interior una serie de patologías y antagonismos que no siempre se hacen explícitos.²¹

Obviamente, se puede estar de acuerdo en que el derecho, entendido como fijación *en el tiempo* de las condiciones de realización de discursos racionales y de los productos de esos discursos, tiene una enorme capacidad de integración, tanto en lo individual (de lo que se deriva, por ejemplo, la necesidad de que los inmigrantes cuenten con los mismos derechos que los nacionales del Estado receptor), como en lo nacional (cuyo resultado más evidente es la propia Unión Europea); pero también es verdad que dicha integración no está a salvo de enemigos nada menores: la xenofobia, los partidos antidemocráticos, las altas tasas de desempleo, las amenazas ecológicas, la depredación del Estado social, etcétera. Todo esto no parece que pueda ser un obstáculo para la construcción europea, pero sí que le

¹⁹ Un punto de vista contrario, que me parece más convincente y articulado, puede encontrarse en Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” en la obra del mismo título, *cit.*, nota 8, pp. 337 y ss.

²⁰ Términos muy parecidos a los de nuestro autor fueron utilizados por el Tribunal Constitucional Federal alemán al resolver los recursos presentados contra el Tratado de Maastrich; en su sentencia del 12 de octubre de 1993 el Tribunal afirmó: “para que la democracia no sea una mera imputación formal es necesario que exista una opinión pública en la que se debatan los fines de la acción política y que los electores puedan discutir con los titulares del poder en su propia lengua. La creación de ese espacio público requiere una acción decidida de los partidos y de los medios de comunicación”, citado por Rubio Llorente, Francisco, “El futuro político de Europa. El déficit democrático de la Unión Europea”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 90, marzo de 1999, p. 30, nota 11.

²¹ Pisarello, Gerardo, “Las afinidades constitucionales de Habermas”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 39, noviembre de 2000, p. 52.

añade una serie de condicionantes y tensiones de las que debe de tomar nota una teoría social que no quiera ser pura entelequia.

Habermas se da cuenta de ello, como lo demuestran varios de sus escritos recientes, pero parece hacerlo a un lado para asumir una posición más optimista que acepta que las premisas requeridas para caminar hacia una Constitución europea están dadas.

Algunos analistas, más escépticos, afirman que las condiciones propuestas por Habermas son válidas y aceptables, pero no están dadas: hay que construirlas para tener un texto constitucional europeo que cumpla las funciones para las que la Constitución fue creada a finales del siglo XVIII y que no se tenga una mera etiqueta que podamos llamar “Constitución” sin que lo sea.²²

Con independencia de las respuestas que podamos aportar a las muchas cuestiones que la Constitución europea pone sobre la mesa, lo cierto es que el proceso de constitucionalización de Europa nos sugiere un reto ulterior, que quizá hasta ahora no nos había parecido tan relevante: la necesidad de operar la “apertura constitucional” no solamente desde sedes interpretativas, sino también en el momento de redactar la norma; es esa apertura en la redacción lo que permitiría —y no es seguro que se haya logrado— acomodar la diversidad de los Estados y nacionalidades que conviven en Europa dentro de un único texto constitucional.²³

El proceso de constitucionalización europea también contribuye a dibujar uno de los signos del constitucionalismo del futuro: dicho constitucionalismo no tendrá su anclaje en los Estados nacionales, como hasta ahora, sino que deberá articularse sobre bases plurinacionales, multilaterales, internacionales, etcétera. El futuro del Estado constitucional, por tanto, seguramente caminará separado de las fronteras territoriales, avanzando de esa manera hacia lo que algunos autores como Luigi Ferrajoli han llamado

²² Una visión escéptica sobre el contenido del “tratado constitucional” tal y como quedó aprobado por los órganos de la Unión Europea (a reserva de que adquiriera el estatuto jurídico-constitucional por medio de la ratificación popular), se contiene en Pedrol, Xavier y Pisarello, Gerardo (eds.), *La Constitución furtiva. Por una construcción social y democrática de Europa*, Barcelona, Icaria, 2004; *La ilusión constitucional. Una crítica del proyecto de la Convención y razones para una Europa alternativa*, Barcelona, El Viejo Topo, 2004.

²³ Sobre el tema pueden verse las reflexiones de Habermas, Häberle, Ferrajoli y Vitale en *La constitucionalización de Europa*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (eds.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

el “constitucionalismo cosmopolita”,²⁴ el cual por lo demás ya estaría prefigurado en la actualidad (al menos en forma embrionaria) en textos internacionales como la Carta de la ONU y los pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos.

²⁴ Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Gerardo Pisarello (ed.), Madrid, Trotta, 2004, pp. 81 y ss. Una completa visión de la teoría de Ferrajoli puede verse en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *Garantismo. Reflexiones a partir de la obra de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005.