

CAPÍTULO SÉPTIMO
SOBRE LA CONSTITUCIÓN ABIERTA

I. La Constitución abierta y el pluralismo jurídico	199
1. Los límites de la apertura constitucional	203
2. La apertura constitucional externa y el orden jurídico internacional. La posición de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano	204
A. La Constitución y los tratados. Una aproximación a sus relaciones	207
B. Algunas propuestas de cambio	210
II. <i>Excursus</i> sobre el constitucionalismo de la Comunidad Europea	213

CAPÍTULO SÉPTIMO SOBRE LA CONSTITUCIÓN ABIERTA

I. LA CONSTITUCIÓN ABIERTA Y EL PLURALISMO JURÍDICO

Aparte de su carácter de norma jurídica, una Constitución democrática debe tener un cierto margen de apertura constitucional.⁶⁵⁶ Es difícil hablar de Constituciones abiertas y Constituciones cerradas en sentido absoluto, ya que toda Constitución moderna debe tener un mínimo de apertura. Puede decirse que existen grados o niveles de apertura y de hermetismo constitucionales.⁶⁵⁷

En cualquier caso, al tratar de la apertura de la Constitución, conviene distinguir entre la que se proyecta hacia el interior (apertura *ad intra*) y la que lo hace hacia el exterior (apertura *ad extra*) del ordenamiento jurídico estatal.

Hacia dentro del ordenamiento, la apertura constitucional es una consecuencia prácticamente inevitable de la base pluralista material sobre la que se asienta toda Constitución democrática, y consiste en el hecho de que la Constitución debe dar cabida a las distintas opciones ideológicas que puedan ir presentándose en el transcurso del tiempo, de modo que permita “un ámbito de libre acción política”,⁶⁵⁸ expresada sobre todo a través de unos márgenes de libertad de opción y de oportunidad políticas para la voluntad legislativa. En palabras de Zagrebelsky,⁶⁵⁹

las sociedades pluralistas actuales —es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la sobe-

656 Sobre la relación entre la Constitución normativa y la Constitución abierta, Balaguer, *op. cit.*, nota 21, t. II, pp. 16-17.

657 En este sentido, Lucas Verdú, Pablo, *La constitución abierta y sus “enemigos”*, Madrid, 1993, pp. 41-42.

658 Jiménez Campo, *op. cit.*, nota 506, p. 3,686, y Hesse, *op. cit.*, nota 462, pp. 6-7.

659 Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, cit.*, nota 1, pp. 13 y 14.

ranía 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.

En términos prácticos, la apertura constitucional tiene relevancia, por lo menos, en dos aspectos importantes:

A. En el momento de crear una nueva Constitución, el Constituyente debe perfilar los márgenes suficientes de *movilidad política* del Poder Legislativo para que, sin dejar de prever “el orden fundamental de la sociedad”, no impida la convivencia de distintas concepciones políticas dentro de su marco, porque de lo contrario puede llevar a la necesidad de acudir con frecuencia a la reforma constitucional o, lo que es peor, al distanciamiento entre realidad política y Constitución,⁶⁶⁰ lo que a su vez puede producir una pérdida de la fuerza normativa de la misma, y

B. Al interpretar las leyes y la propia Constitución, los órganos de la jurisdicción constitucional deben preservar por vía hermenéutica y no limitar los márgenes de apertura constitucionalmente previstos, debiendo considerar constitucionales todas aquellas leyes cuyo texto permita hacer una interpretación *constitucionalmente adecuada* y deberá declarar la inconstitucionalidad únicamente en los casos “en los cuales resulta lesionado aquello que la Constitución inequívocamente protege”.⁶⁶¹ Como señala Rodríguez Bereijo, “la vida constitucional es siempre un delicado equilibrio de valores y bienes en tensión [la ponderación] que debe ser salvaguardado —no suprimido— por la interpretación constitucional”.⁶⁶²

660 Otto, *op. cit.*, nota 15, p. 46.

661 *Ibidem*, pp. 148 y 47-48.

662 Rodríguez Bereijo, *op. cit.*, nota 459, p. 372.

En el constitucionalismo abierto la ley no es “ejecución de la Constitución”, sino obra de la mayoría contingente que en un momento determinado ostenta el poder en las Cámaras legislativas.⁶⁶³

La actividad legislativa como proceso político, dentro de un Estado con una Constitución abierta, permanece igualmente abierta en tanto manifestación de un equilibrio renovable y variable entre los grupos que compiten por el poder político: la Constitución no cierra el proceso político a —casi— ninguna opción (constitucional, desde luego), ni su operatividad cotidiana expresada a través de la renovación del ordenamiento con la expedición y reforma de la legalidad existente.⁶⁶⁴

De lo contrario, es decir, si la Constitución se concibe como un sistema cerrado —ya sea de *reglas cerradas* o de *principios cerrados*—,⁶⁶⁵ y la legislación como mera actuación de ese sistema, se corre el riesgo de asfixiar el proceso político “por saturación jurídica. La Constitución se situaría contra la democracia”.⁶⁶⁶ El derecho constitucional debe proporcionar a la política directrices y puntos de orientación, “pero sin que pueda sustituirla”.⁶⁶⁷

El Tribunal Constitucional español ha sostenido que “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).

663 *Vid.* Stern, *op. cit.*, nota 473, p. 224.

664 Como escribe Zagrebelsky, “la ley expresa [...] las combinaciones posibles entre los principios constitucionales, que se limitan a establecer los puntos irrenunciables de cualquier combinación. La ley mantiene así su carácter de acto creador del derecho y no viene degradada a mera ejecución de la Constitución. Se configura, sin embargo, como derecho particular y contingente, es decir, como derecho que refleja el punto de vista de los sujetos políticos que ocasional y temporalmente logran prevalecer en el proceso legislativo en virtud del principio de la mayoría”. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, cit.*, nota 1, p. 97.

665 La bibliografía sobre la distinción entre “principios” y “reglas” como dos tipos de normas jurídicas es bastante amplia; puede verse, de entre lo mejor, Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 640, y Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 640, ambos con muy buenas referencias bibliográficas adicionales.

666 Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, cit.*, nota 1, p. 152.

667 Hesse, *op. cit.*, nota 6, p. 20.

La apertura *ad extra*, que puede configurar algo así como un tipo de *pluralismo jurídico*, no ya político como en el caso de la que se realiza hacia dentro del propio Estado, significa que la Constitución se abre a contenidos normativos de otros sistemas jurídicos, tanto al derecho nacional de otros Estados como a las normas internacionales.

La apertura externa, que se analiza con detalle en el siguiente apartado, es una consecuencia obvia de la globalización de las relaciones sociales y económicas y de los avances técnicos y científicos que han hecho posible una intercomunicación hasta ahora desconocida entre las naciones y, por lo que ahora interesa, entre sus respectivos sistemas jurídicos,⁶⁶⁸ así como de la creciente importancia del derecho internacional convencional.

Una vez que se han expuesto algunas cuestiones generales sobre la apertura constitucional, en los siguientes párrafos se abordan, por un lado, los límites de la apertura constitucional y las omisiones legislativas, y, por otro, como acaba de mencionarse, la posición constitucional de los tratados internacionales, que es el resultado quizá más importante de la apertura *ad extra*.

El tema de los límites de la apertura constitucional es relevante, si se considera que tal apertura no solamente no puede ser indiscriminada, sino que ante todo debe estar al servicio mismo del concepto de Constitución en el que se produce y del orden material de valores que la misma preserva, de forma que no se use la apertura constitucional como excusa para evadir los controles constitucionales internos. Y lo mismo cabe decir sobre las omisiones legislativas; al contar con preceptos constitucionales abiertos (me refiero ahora a la apertura interna), el legislador tiene mayores márgenes para actuar por vía legislativa los derechos fundamentales, pero esos márgenes no deben servir para que, por ejemplo, a través de su inactividad, el Poder Legislativo niegue los derechos que la Constitución consagra o, incluso, que retrase su satisfacción por la falta de una legislación que detalle y haga operativos esos derechos.⁶⁶⁹

668 Cfr. López Ayllón, Sergio, y Fix Fierro, Héctor, "Estado y derecho en la era de la globalización", *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, 1995, pp. 191-238.

669 Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997, con amplia bibliografía adicional.

La omisión legislativa es la otra cara de la moneda de las normas constitucionales abiertas: la apertura puede significar, si el legislador no actúa, postergación o negación de los derechos fundamentales.⁶⁷⁰

1. *Los límites de la apertura constitucional*

Desde luego, la apertura constitucional tiene sus límites. Para empezar, aquellos que derivan de la identidad misma de la Constitución: la apertura constitucional nunca podrá llegar a desdibujar la conformación ideológico-política del Estado, esto es, llegar a cambiar las formas de Estado y de gobierno, la forma democrática de ejercicio del poder, imponer limitaciones a los derechos fundamentales, etcétera. Si ello ocurriera, no estaríamos ante una forma de apertura constitucional, sino ante algo bien distinto. Como señala Pablo Lucas Verdú, “una apertura constitucional desmesurada conduciría, a la postre, a una destrucción, o por lo menos erosión, de los elementos vinculantes que preserva la identidad de la Constitución a través de sus modificaciones y recepciones”.⁶⁷¹ La apertura constitucional debe concebirse, ante todo, como una decisión del *poder constituyente*, como tal y como parte misma de la Constitución, nunca puede llegar a desdibujar el sentido de esta última.

Por otra parte, la existencia de las normas constitucionales abiertas o fragmentarias (en el sentido de que admitan diversas opciones legislativas “que no están regidas por la necesidad de complementar o desarrollar la norma constitucional, sino por el *imperativo de no contradecirla*”)⁶⁷² no debe poner al legislador al servicio del intérprete último de la Constitución —el Tribunal Constitucional—; en otras palabras, cuando se está ante normas constitucionales abiertas, debe tenerse mucha precaución al realizar una aplicación directa de las mismas,⁶⁷³ porque de lo contrario con la apertura constitucional lo único que se lograría sería aumentar antidemocráticamente los poderes discrecionales del juez.⁶⁷⁴

El Tribunal Constitucional español ha sostenido que

670 Una síntesis de las relaciones —tan problemáticas a veces— entre el legislador y los derechos fundamentales puede verse en Medina Guerrero, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, 1996.

671 Lucas Verdú, *op. cit.*, nota 657, p. 59.

672 Otto, *op. cit.*, nota 15, p. 47.

673 *Vid.*, en general respecto de la aplicación directa de la Constitución, Díez-Picazo, *op. cit.*, nota 5, *passim*.

674 Otto, *op. cit.*, nota 15, p. 46.

la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución [...]. En un régimen constitucional, también el Poder Legislativo está sujeto a la Constitución, siendo misión de este Tribunal velar porque se mantenga esa sujeción. Ahora bien, el control de la constitucionalidad de las Leyes debe ejercerse, sin embargo, de forma que no imponga constricciones indebidas y respete sus opciones políticas (sentencia 108/86).

En lo anterior también reside uno de los límites más notables de la apertura constitucional: tal apertura no debe propiciar que la actividad interpretativa —legislativa o jurisprudencial— sustituya la necesidad de reformar la Constitución. En efecto, cuando la reforma se hace jurídica o políticamente necesaria, pero se evita tratando de adecuar las normas constitucionales por vía interpretativa a las nuevas necesidades, se llega rápidamente al falseamiento de la propia Constitución.⁶⁷⁵

2. *La apertura constitucional externa y el orden jurídico internacional. La posición de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano*

La importancia de las normas convencionales de derecho internacional, de la que se hablaba párrafos arriba, y la peculiar regulación que la Constitución mexicana hace de la posición de los tratados internacionales ameritan que sea necesario decir alguna palabra más sobre el tema, máxime si se tiene en cuenta que la doctrina mexicana ha reavivado el debate sobre esa regulación en los últimos años y que siguen existiendo cuestiones abiertas sobre el tema.⁶⁷⁶

La apertura constitucional tendrá más o menos éxito en la medida en que sepa incorporar —y la Constitución tome las medidas para que esa incorporación se lleve a cabo sin descuidar los intereses nacionales— el creciente número de instrumentos jurídicos internacionales, que tanto cualitativa como cuantitativamente empiezan a contener regulaciones básicas para las relaciones internas y externas del Estado. No es necesario

675 Vega, Pedro de, *op. cit.*, nota 85, pp. 92-93.

676 El debate ha sido motivado, entre otras cosas, por la expedición en 1992 de la Ley sobre Celebración de Tratados y por la firma del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá, que tantas repercusiones ha tenido para el orden jurídico mexicano. *Cfr.* Becerra, Manuel, "Hacia un mejor sistema de recepción del derecho internacional", *Lex. Difusión y análisis*, México, núm. 14, agosto de 1996, p. 51.

mencionar ahora la importancia del tema dentro del estudio de las fuentes del derecho.

Para empezar, hay que situar las relaciones entre las normas internas y las de carácter supranacional en un entorno geopolítico como el actual, que cada vez demanda mayor grado de interacción entre el ámbito interno, puramente doméstico, del Estado y el exterior. El creciente proceso de mundialización de la economía da buena cuenta de tal tendencia. Lamentablemente, ni el derecho ni la ciencia jurídica con sus planteamientos teóricos han avanzado con tanta rapidez como otras áreas del conocimiento humano en este campo (no sólo la economía, sino también las telecomunicaciones, los transportes, el tratamiento de la información, etcétera han dado grandes pasos hacia su internacionalización, borrando a veces las fronteras geográficas para establecerlas a partir de nuevos referentes).⁶⁷⁷

En los campos donde más se ha notado la creciente internacionalización de los ordenamientos jurídicos estatales ha sido, como ha señalado Héctor Fix-Zamudio, en la protección de los derechos humanos y en lo relativo a los procesos de integración económica regional y mundial.⁶⁷⁸

En América Latina ha sido muy provechosa la incorporación, más o menos plena dependiendo de cada país, de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en el orden interno, ya que tales instrumentos han tenido mayor dinamismo y cobertura protectora que algunos sistemas internos y, por otro lado, han constituido una garantía de continuidad normativa frente a los cambios de gobierno de los países de la región, muchos de los cuales tienen una historia reciente que

677 Por eso se ha llamado la atención sobre las dificultades de las categorías normativas clásicas (destacadamente de la ley parlamentaria) para hacer frente a problemas que rebasan el ámbito territorial de actuación del Estado y que demandan de actuaciones a escala planetaria para hacerles frente. *Vid.*, en este sentido, Modugno, Franco, y Nocilla, Damiano, *op. cit.*, nota 209, pp. 412 y ss. César Sepúlveda ha subrayado el retraso de la teoría jurídica mexicana, sobre todo la constitucional, respecto a los avances que se han dado hacia una mayor internacionalización del país. Sepúlveda, C., "La Constitución y la acción exterior del Estado", *Problemas actuales del derecho constitucional*, *cit.*, p. 337.

678 Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en García Belaúnde, D.; Fernández Segado, F., y Hernández Valle, R. (coords.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, 1992, pp. 854-855; Fix-Zamudio, Héctor, "La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas", *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, 1995, t. II, p. 59, y Dulitzky, Ariel E., "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano", *Estudios especializados de derechos humanos*, *cit.*, t. I, p. 129, entre otros.

no se ha caracterizado precisamente por su gran estabilidad gubernativa y su vocación de continuidad democrática.

La interpenetración entre derecho interno y orden jurídico supranacional se ha realizado con mucha cautela en algunos países ya que, sobre todo después de la independencia de las colonias españolas en América, su soberanía nacional ha sido violada reiteradamente y de muy diversas maneras por las grandes potencias internacionales, con Estados Unidos a la cabeza. El caso de México puede ser paradigmático al respecto, pues su inmediata vecindad con Estados Unidos siempre ha implicado una mayor desconfianza hacia el orden internacional, el cual, se ha llegado a pensar, puede ser manipulado por los grandes países en contra de los menos fuertes.⁶⁷⁹

En este contexto histórico debe situarse la reflexión sobre la posición de los tratados en el sistema constitucional mexicano ya que, hacerlo sin tomar en cuenta los factores históricos, políticos y geográficos que explican las políticas asumidas hasta ahora por México en sus relaciones con el exterior, podría convertir cualquier propuesta teórica de cambio en algo difícil de ser llevado a la práctica.

A partir de esos factores, puede sostenerse que una mayor vocación internacionalista de la Constitución mexicana y del entero sistema jurídico puede ser muy benéfica para México, pues al permitir la incorporación plena, y hasta la superioridad respecto de las normas infraconstitucionales, del derecho internacional (sobre todo el referido a los derechos humanos) se le daría una renovación positiva al derecho mexicano y se aseguraría para sus ciudadanos una red más amplia de derechos fundamentales y de garantías jurídicas para su protección, además de permitir a las instituciones nacionales confrontar sus criterios con los de otras instancias de mayor alcance territorial.⁶⁸⁰

679 La pérdida de la mitad del territorio nacional mexicano a mediados del siglo pasado ("legalizada" a través de un tratado firmado por el dictador en turno de entonces) es un ejemplo claro de la razón que asiste a aquellos que desconfían de dar mayor vigor a las normas internacionales; aunque es una posición que no comparto, es comprensible a la luz de las poco agradables experiencias históricas vividas.

680 Sobre esto se ha dicho que, por ejemplo en el campo de la impartición de justicia, solamente una mayor internacionalización de la misma puede producir las reformas necesarias para su buen funcionamiento. Aguilar Camín, H., "Metáforas judiciales", *La procuración de justicia. Problemas, retos y perspectivas*, México, 1993, pp. 553 y ss.

A. La Constitución y los tratados. Una aproximación a sus relaciones

El marco constitucional de las normas de carácter internacional se encuentra en tres artículos de la carta fundamental mexicana, sustancialmente iguales en su regulación a lo previsto por la Constitución de Estados Unidos.⁶⁸¹ De acuerdo con los artículos 89, fracción X, y 76, fracción I, los tratados internacionales se celebran por el presidente y se aprueban o ratifican por el Senado.⁶⁸² Una vez celebrados y ratificados, y siempre que estén de acuerdo con la Constitución, los tratados pasan a formar parte, junto con la misma Constitución y las leyes del Congreso, de la “Ley Suprema de la Unión” (artículo 133).

En general, si se analizan los textos constitucionales de diversos países, se observa que las relaciones entre normas constitucionales y leyes federales, por un lado, y normas internacionales, por el otro, puede darse de cuatro formas:⁶⁸³

- a) Que las Constituciones no tengan ninguna previsión sobre el tema;
- b) Que las Constituciones establezcan que las disposiciones de los tratados deben ser cumplidas por todos los ciudadanos y las autoridades del Estado, pero que no garanticen para los tratados un rango superior al de la legislación ordinaria;
- c) Que las Constituciones prevean que los tratados, aunque ostenten un rango subconstitucional, prevalecen sobre las leyes, con la consecuencia de que los legisladores nacionales no pueden alterar o derogar las disposiciones de los tratados a través de una nueva ley.

En este sentido se manifiesta la Constitución francesa de 1958, que en su artículo 55 establece: “los tratados o acuerdos, ratificados y aprobados correctamente, tendrán desde su publicación una autoridad superior a la de las leyes”. El artículo 53 de la misma Constitución dispone, sin em-

681 Sepúlveda, C., *op. cit.*, nota 677, *passim*.

682 En la Constitución de Estados Unidos, como se sabe, se requiere que sea una mayoría de dos tercios del Senado la que ratifique un tratado, además de que —a diferencia de lo que sucede en México— en la práctica política estadounidense siempre se ha dado una mayor implicación del Senado desde las primeras etapas de la celebración de un tratado (como, por ejemplo, su intervención en la designación de los negociadores o su labor de asesoramiento). Al respecto, Fisher, Louis, “Relaciones Ejecutivo-Legislativas en política exterior”, *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, México, 1990, t. 1, p. 920, así como Schwarz, Carl E., “Growth and Crisis of Presidential Government in the United States and Mexico: a Politico-Legal Comparison”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, *cit.*, t. 1, pp. 721-725.

683 Se sigue la exposición de Cassese, Antonio, “Modern Constitutions and International Law”, *Recueil des Cours. Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986, t. 192, pp. 394 y ss.

bargo, que en algunas materias consideradas por el Constituyente francés como especialmente relevantes, los tratados “no podrán ser ratificados o aprobados más que por medio de ley”. Por su parte, la Constitución alemana de 1949 considera que “las normas generales de Derecho Internacional Público son parte integrante del Derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y deberes para los habitantes del territorio de la Federación” (artículo 25).⁶⁸⁴ Igual tratamiento otorga la Constitución griega a las normas generales de derecho internacional “generalmente aceptadas” (las cuales tienen “[...] un valor superior a toda disposición en contrario de la ley [...]”), aunque prescribe que los tratados deben ser aprobados por vía legislativa (artículo 28.1), y

d) Que las Constituciones otorguen a los tratados la posibilidad de modificar o revisar las propias normas constitucionales. Por ejemplo, la Constitución peruana de 1978 (artículo 105). La actual Constitución del Perú ha revertido esa vocación internacionalista y ha establecido la primacía de la ley sobre los tratados, lo cual ha sido calificado, seguramente con razón, como “un retroceso”.⁶⁸⁵

Los dos primeros tipos corresponden a Constituciones orientadas por aspiraciones más nacionalistas, mientras que los dos segundos son de aquéllas “internacionalmente orientadas”.⁶⁸⁶

La Constitución mexicana, al igual de la de Estados Unidos y algunas otras,⁶⁸⁷ se encuentra entre las del segundo apartado de los cuatro mencionados arriba, es decir, reconoce la obligatoriedad general de los tratados pero les otorga, para efectos internos, el mismo rango que a las leyes federales. Así lo ha considerado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las siguientes tesis:

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución,

684 Cfr. Bülow, *op. cit.*, nota 194, pp. 734-735.

685 García Belaúnde, Domingo, “La nueva Constitución del Perú”, *Problemas actuales del derecho constitucional*, cit., p. 143.

686 Cassese, *op. cit.*, nota 683, p. 394. A la Constitución mexicana se la ha considerado entre las primeras, debido a “el corte decimonónico de los elementos regulados sobre cuestiones internacionales que recogió la carta constitucional y que la ubican netamente como un ordenamiento dentro de la tendencia de las constituciones domésticas en contraste con la nueva generación de constituciones internacionalistas”. Méndez Silva, Ricardo, “Ley de 1992 sobre celebración de tratados”, *Modernización del derecho mexicano*, México, 1993, p. 325.

687 Cassese, *op. cit.*, nota 683, pp. 401-402.

tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan ambos un rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa [...].⁶⁸⁸

TRATADOS INTERNACIONALES. EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, ÚLTIMA PARTE, NO ESTABLECE SU OBSERVANCIA PREFERENTE SOBRE LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La última parte del artículo 133 constitucional establece el principio de la supremacía de la Constitución Federal, de las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y de los tratados celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, respecto de las constituciones y leyes de los Estados que forman la Unión, y no la aplicación preferente de las disposiciones contenidas en los tratados respecto de lo dispuesto por las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución Federal. Es pues, una regla de conflicto a que deben sujetarse las autoridades mexicanas, pero conforme a la misma no puede establecerse que los tratados sean de mayor obligación legal que las leyes del Congreso.⁶⁸⁹

TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA. El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo.⁶⁹⁰

Debe señalarse el hecho de que lo anterior es solamente aplicable para aquellos tratados que sean “autoejecutivos”, es decir, que no requieran

688 Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara.

689 *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vols. 151-156, parte sexta, p. 196.

690 *Ibidem*, vol. 78, parte sexta, p. 111.

de una posterior intervención legislativa para ser aplicables, pues de lo contrario no podrían suscitarse problemas entre las leyes federales y los tratados, al ser estos introducidos en el ordenamiento por aquéllas.⁶⁹¹

Al tener la misma jerarquía normativa, si se llega a producir una antinomia entre leyes y tratados, se entiende que debe prevalecer la norma posterior en el tiempo en aplicación del principio lógico *lex posterior derogat priori*.⁶⁹²

No todos los autores, y por supuesto tampoco la Suprema Corte, han reparado en el hecho de que artículo 72, inciso f, constitucional ofrece un argumento importante para sostener la superioridad de las leyes del Congreso de la Unión respecto a los tratados. En efecto, en el inciso señalado el artículo 72 (que trata del procedimiento legislativo federal) dispone que: “en la interpretación, reforma o *derogación* de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”. El texto constitucional transcrito podría dar lugar a pensar que entre leyes y tratados no cabe aplicar el principio de que la ley posterior deroga a la anterior como sostiene la Corte, sino que habría que buscar un criterio distinto o, cuando menos, matizar suficientemente el anterior. Que la superioridad de las leyes frente a los tratados sea más o menos deseable (y yo creo que lo es poco), no obsta el hecho de tener un precepto constitucional que parece ser bastante claro, a menos que se haga una interpretación forzada del texto, lo cual por lo demás no sería inusual en México.

B. Algunas propuestas de cambio

Como la problemática en torno a los tratados internacionales y sus relaciones con el derecho interno es no solamente muy amplia, sino también muy compleja, por ser un tema en el que al lado de razones y argumentos puramente normativos coexisten motivos estrictamente políticos, sociales y hasta geográficos, se presentan a modo de propuestas de

691 Sobre la autoejecutividad de los tratados, entre otros, Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1991, t. I, pp. 220 y ss., así como el artículo 2o. de la Declaración Americana de Derechos Humanos.

692 Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 560, pp. 203 y ss., y Bobbio, Norberto, “Sobre los criterios para resolver antinomias”, en Bobbio, Norberto, *Contribución a la teoría del derecho*, *cit.*, nota 48, pp. 339 y ss. El trabajo clásico sobre las antinomias sigue siendo la recopilación de Perelman, Ch., *Les antinomies en droit*, Bruselas, 1965. En general sobre el fenómeno derogatorio, Díez-Picazo, L. M., *La derogación de las leyes*, Madrid, 1990, con abundante bibliografía.

cambio solamente tres cuestiones que pueden servir para iniciar posteriores consideraciones o para profundizar en ellas:

α) La jerarquía axiológica.⁶⁹³ Para dinamizar la inserción de los pactos internacionales de derechos fundamentales y su consiguiente reconocimiento para los ciudadanos mexicanos, puede empezarse postulando expresamente a nivel constitucional la prevalencia de tales acuerdos sobre las leyes federales.⁶⁹⁴ Incluso puede establecerse una obligación genérica de interpretar todo el sistema jurídico de forma que se adapte lo más posible a las normas internacionales mencionadas tal como lo hacen actualmente algunas Constituciones de otros países.⁶⁹⁵

Para fortalecer tal prevalencia, podría permitirse la intervención de la Cámara de Diputados en la ratificación de los tratados de aquellas materias que sean especialmente relevantes o trascendentes.⁶⁹⁶ Ello conlleva dos posibles ventajas:

- La primera es que se mejora la representatividad del órgano ratificador de los tratados, puesto que en México la Cámara de Diputados aloja una mayor pluralidad política que la de Senadores, al tener acceso a ella diputados de representación proporcional en porcentaje superior al de la Cámara de Senadores.⁶⁹⁷
- La segunda ventaja es que con la participación de ambas Cámaras en la ratificación de los tratados puede realizarse, por el mismo motivo que el expresado en el inciso anterior sobre el pluralismo político, un mejor control político del desempeño del Poder Ejecutivo

693 El término "jerarquía axiológica" se toma de Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., nota 19, pp. 42-44.

694 Cfr. Dulitsky, *op. cit.*, nota 678, pp. 134-135, donde se señalan las consecuencias que para el ordenamiento jurídico lleva aparejada la adopción de una jerarquía mayor para los tratados de derechos humanos. En el mismo sentido, Cárdenas, *op. cit.*, nota 107, p. 263.

695 La relación puede ser prolija pero basta mencionar el artículo 10.2 de la Constitución española de 1978 que dispone: "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Otro ejemplo lo constituye el preámbulo de la Constitución Francesa de 1958 que proclama la adhesión del pueblo francés "a los Derechos del Hombre" y pone en vigor la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Cfr., además, Dulitsky, *op. cit.*, nota 678, pp. 141-142.

696 En el mismo sentido, Becerra, *op. cit.*, nota 676, p. 52. En la Constitución de 1857, bajo un sistema unicameral, la ratificación de los tratados la llevaba a cabo el Congreso. A partir de 1874, cuando México retornó al bicameralismo, se le atribuyó al Senado tal facultad. Cfr. Tena Ramírez, *op. cit.*, nota 83, p. 419.

697 Vid. artículos 52 y 56 de la Constitución mexicana.

en las relaciones internacionales.⁶⁹⁸ Ello redundaría no sólo en una fiscalización más eficaz del Legislativo sobre el Ejecutivo, sino también en un robustecimiento de aquél, que tanta falta hace en México para propiciar los necesarios contrapesos al todavía enorme poder presidencial.

En Estados Unidos, aunque por motivos intencionadamente políticos y no de técnica normativa, se ha sostenido no solamente la posibilidad de que el Ejecutivo someta a la aprobación de ambas Cámaras del Congreso un tratado internacional, sino que tal supuesto se defiende fervorosamente por algunos, por considerar que esa práctica permite crear acuerdos “eficaces, democráticos y legítimos”.⁶⁹⁹ Tales acuerdos se llaman *congressional-executive agreements* y su finalidad política es evadir la necesidad del voto aprobatorio de los dos tercios en el Senado, de modo que cuando el presidente prevé que no podrá reunir tal cantidad de votos tramita el tratado como si fuera una ley —es decir, lo somete a la aprobación de ambas Cámaras— para cuya aprobación solamente se requiere la mayoría simple.

b) La necesaria internacionalización del orden jurídico mexicano. La mayor internacionalización que se propone —operada a nivel constitucional pero con evidentes consecuencias sobre el resto del ordenamiento—, con las debidas cautelas a la vista de la historia reciente de México, parece plausible y necesaria por varias razones, entre las que vale la pena mencionar las siguientes:

- Porque es una tendencia irrefrenable y en cierto modo positiva, si se toman las debidas precauciones, que se observa a escala mundial y que ya se ha producido en áreas del acontecer social distintas del derecho constitucional, y

698 En general sobre tal control puede verse Cassese, Antonio (ed.), *Parliamentary Control over Foreign Policy. Legal Essays*, Alphen aan den Rijn-Maryland, 1980. Sobre el caso español, *vid.*, entre otros, Cascajo Castro, J. L., “Notas sobre el control parlamentario de la política exterior”, en Ramírez, M. (ed.), *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, 1978, y Remiro Brotons, A., *La acción exterior del Estado*, Madrid, 1984, pp. 81 y ss. El tema en México ha sido tratado, aunque sucintamente, por Barquín, Manuel, “El control del Senado sobre el Ejecutivo: un equilibrio oscilante de poderes”, *Estudios jurídicos en torno a la Constitución de 1917 en su septuagésimo aniversario*, *cit.*, pp. 46-47.

699 Ackerman, Bruce, y Golove, David, “Is NAFTA constitutional?”, *Harvard Law Review*, Massachusetts, vol. 108, 1995, p. 916 (toda la argumentación de los autores, en pp. 799 y ss.). Una crítica a tal posición se sostiene por Laurence H. Tribe, en el mismo volumen de la misma revista, pp. 1,223 y ss.

- Porque la creciente internacionalización obligaría a los órganos de poder público nacionales a actuar mucho más diligentemente que como lo han hecho hasta ahora, ya que sus decisiones repercutirían con mayor intensidad en otros países y tendrían que ser justificables ante los criterios prevalecientes en otras naciones.

c) El reconocimiento de los órganos de la jurisdicción internacional de protección de los derechos fundamentales. Una consecuencia lógica de las dos propuestas anteriores es que se reconozca la jurisdicción de las cortes internacionales que conocen de los asuntos relacionados con el cumplimiento o incumplimiento de los tratados de derechos humanos. En primer lugar, debe reconocerse la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁷⁰⁰ pero también la de los otros sistemas de protección jurisdiccional internacional de carácter no regional que existen.

II. EXCURSUS SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

El concepto de Constitución, su significación e importancia, sus vínculos y relaciones con la democracia, su papel garantista vuelven a cobrar actualidad a raíz del debate sobre la necesidad de que la Comunidad Europea se otorgue una Constitución de ámbito supraestatal.⁷⁰¹

En el debate sobre la Constitución europea emergen de nuevo los temas clásicos del constitucionalismo: los derechos fundamentales y el papel de los órganos de poder público (en particular, preocupa la forma en que pudiera reducirse el “déficit democrático” de la CE y de los órganos que toman las decisiones “efectivas” actualmente). Además, se plantea el papel del constitucionalismo como forjador de identidades nacionales, de “un nuevo nivel de integración social”.⁷⁰²

700 En el mismo sentido, Carpizo, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Constitución mexicana”, en Carpizo, *Estudios constitucionales*, cit., nota 287, pp. 478-480.

701 Sobre el constitucionalismo de la CE, Rubio Llorente, Francisco, “El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa”, en Rubio Llorente, F., y Daranas Peláez, Mariano (eds.), *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, 1997, pp. XI-XXVII; para el debate sobre la Constitución europea, resultan iluminadoras las reflexiones de Grimm, Dieter, “¿Necesita Europa una Constitución?”, y la contestación de Habermas, Jürgen, “Observaciones a ‘¿Necesita Europa una Constitución?’”, ambos en *Debats*, Valencia, núm. 55, marzo de 1996, pp. 4-24.

702 Habermas, *op. cit.*, nota 701, p. 23.

Y todo ello en medio de una situación que no tuvieron que afrontar ni el constitucionalismo revolucionario francés y norteamericano de finales del siglo XVIII, ni el restablecimiento constitucionalista de la segunda posguerra en Europa: la creciente autonomización y transnacionalización de las fuerzas del mercado, que contribuyen “a la fragmentación de la conciencia pública”,⁷⁰³ por un lado, y a provocar, como ya se ha señalado, un notable desfase entre el ámbito coactivo del Estado y el ámbito real de actuación de los mercados.

Si lo anterior se suma a que en el plano ideológico el ímpetu de los mercados se corresponde con un alza creciente de las teorías neoconservadoras (llamadas, con un término nada afortunado, neoliberales)⁷⁰⁴ y su búsqueda del “Estado mínimo”, se entiende que el constitucionalismo sea hoy más necesario que nunca: el constitucionalismo, casi es de perogrullo, necesita un Estado, y quizá no solamente un Estado mínimo, sino un Estado que “constitucionalmente” se encuentre en posibilidades reales de llevar a cabo sus funciones y que extienda los derechos fundamentales al ámbito público y también al de las relaciones privadas.

En este contexto, tal vez no sea un ejercicio absolutamente inútil repasar y tener presente el concepto de Constitución. En los párrafos y apartados anteriores se ha pretendido realizar un acercamiento a ese concepto. Una reflexión más detenida tendría que abordar las “condiciones culturales y políticas” que necesita una Constitución. Habermas habla, y seguramente con buenas razones, de que la viabilidad de una Constitución europea pasa por la construcción de una sociedad civil que conforme una “esfera pública integrada de ámbito europeo” y un sistema de partidos capaz de actuar en ese mismo ámbito.⁷⁰⁵

La reflexión hecha desde Europa en torno a los términos en que cabe crear una nueva Constitución pueden ser muy útiles en América Latina para entender el papel de la Constitución, así como el momento y condiciones en que una comunidad política debe cambiar su carta fundamental (o darse una nueva, en su caso).

703 *Ibidem*, p. 22.

704 Estefanía, J., *op. cit.*, nota 162.

705 Habermas, *op. cit.*, nota 701, p. 23.