

SOBRE LA CONSTITUCIÓN ABIERTA Y EL ABIERTO PLURALISMO JURÍDICO

Miguel Carbonell

Sumario: I. Introducción; II. La apertura interna; III. La apertura externa; IV. Los límites de la apertura constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo es aportar alguna reflexión sobre un tema que ha pasado casi desapercibido para la doctrina constitucional mexicana. Se trata de la apertura constitucional, la cual forma parte de la temática más amplia en torno al concepto de Constitución.

La falta de análisis teóricos, tanto sobre el tema del concepto de Constitución como sobre la propia apertura constitucional, se entiende perfectamente si se tiene en cuenta que, en México, la Carta Fundamental no ha sido concebida como norma jurídica sino más bien como un catálogo de recomendaciones o consejos dirigidos al legislador o al Poder Ejecutivo, pero de difícil aplicación práctica ¹.

Evidentemente, la apertura constitucional cobra importancia en tanto la Constitución sea *normativa*, es decir, en tanto sea aplicable en todas sus partes (de modo directo o indirecto) y en tanto su violación pueda ser evitada o reparada a través de los procedimientos que señale la propia Constitución ².

¹ Cfr. Carbonell, Miguel, «Constitución y realidad política: notas sobre el caso de México», en *Propuesta*. Publicación semestral de la Fundación Rafael Preciado Hernández, año 2, no. 4, México, feb. de 1997, pp.143-169.

² Sobre tales instrumentos y procedimientos, Fix-Zamudio, Héctor, «La defensa de la Constitución» en la obra colectiva del mismo nombre, México, 1984, con amplia bibliografía.

Pues bien, dejando ahora aparte su carácter de norma jurídica, una Constitución democrática debe tener un cierto margen de apertura constitucional ³. Es difícil hablar de Constituciones abiertas y Constituciones cerradas en sentido absoluto, ya que toda Constitución moderna debe tener un mínimo de apertura. Se puede decir que existen grados o niveles de apertura y de hermetismo constitucionales ⁴.

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. Una y otra se estudian en los dos siguientes apartados.

II. LA APERTURA INTERNA

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 se puedan ir presentando en el transcurso del tiempo, de modo que permita «un ámbito de libre acción política» ⁵, expresada sobre todo a través de unos *márgenes de libertad de opción y de oportunidad políticas para la voluntad legislativa*; para el quehacer del Congreso de la Unión, en el caso de México.

³ Sobre la relación entre la Constitución normativa y la Constitución abierta, Balaguer Callejón, F., *Fuentes del derecho*, tomo II, Madrid, 1992, pp.16-17.

⁴ En este sentido, Lucas Verdú, Pablo, *La constitución abierta y sus «enemigos»*, Madrid, 1993, pp.41-42.

⁵ Jiménez Campo, Javier, «Interpretación de la Constitución», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, p.3686; Hesse, Konrad, «Constitución y derecho constitucional» en W.M., *Manual de derecho constitucional*, trad. de Antonio López Pina, Madrid, 1996, pp.6-7.

En palabras de Gustavo Zagrebelsky ⁶:

«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 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».

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

1. En el momento de crear una nueva Constitución el constituyente debe perfilar, como ya se ha dicho, 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 ⁷, lo que a su vez puede producir una pérdida de la fuerza normativa de la misma, y

⁶ *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1995. pp.13 y 14.

⁷ Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. sistema de fuentes*, 2ª. ed., Barcelona, 1988, p.46.

2. 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 declarando la inconstitucionalidad únicamente en los casos «en los cuales resulta lesionado aquello que la Constitución inequívocamente protege»⁸; como señala el presidente del Tribunal Constitucional español, Álvaro 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»⁹.

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 legislativas¹⁰.

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 existente¹¹.

⁸ Otto, *Derecho constitucional...* cit., p.148 y pp. 47-48.

⁹ «Constitución y tribunal constitucional», *Revista Española de Derecho Administrativo*, no. 91, julio-septiembre de 1996, p.372.

¹⁰ *Vid.*, Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la RFA*, trad. de Pedro Cruz V. y Javier Pérez Royo, Madrid, 1987, p.224.

¹¹ 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», *El derecho dúctil*, cit., p.97.

De lo contrario, es decir, si la Constitución se concibe como un sistema cerrado —ya sea de *reglas cerradas* o de *principios cerrados*—¹² 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»¹³. El derecho constitucional debe proporcionar a la política, *directrices y puntos de orientación*, «pero sin que pueda sustituirla»¹⁴.

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 37/1988).

III. LA APERTURA EXTERNA

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 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

¹² 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, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, 1993; y Prieto Sanchís, Luis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, 1992, ambos con muy buenas referencias bibliográficas adicionales.

¹³ Zagrebelsky, *op.cit.*, p.152.

¹⁴ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, 2ª. ed., trad., selección y prólogo de Pedro Cruz V., Madrid, 1992, p.20.

desconocida entre las naciones y, por lo que aquí interesa, entre sus respectivos sistemas jurídicos ¹⁵, así como de la creciente importancia del derecho internacional convencional.

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.

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 globalización económica 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 ¹⁶ (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).

¹⁵ Cfr. López Ayllón, Sergio y Fix Fierro, Héctor, «Estado y derecho en la era de la globalización» en *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, 1995, pp.191-238.

¹⁶ 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 Nocilia, Damiano, «Crisi della legge e sistema delle fonti», *Diritto e società*, 1989, p.412 y ss. César Sepúlveda ha subrayado el retraso de la teoría jurídica mexicana, sobre todo la constitucional, con ese respecto a los avances que se han dado hacia una mayor internacionalización del país, «La Constitución y la acción exterior del Estado», *Problemas actuales del Derecho Constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, 1994, p.337.

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 ¹⁷.

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 al 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 no se ha significado precisamente por su gran estabilidad gubernativa.

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 es 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 ¹⁸.

¹⁷ Fix-Zamudio, Héctor, «Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos» en García Belaunde, D., Fernández Segado, F. y Hernández Valle, R. (Coords.), *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, 1992, pp.854-855; Id., «La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas» en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, II, San José, 1995, p.59; Oulitzky Anel E., «Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano» en *Estudios especializados de derechos humanos*, tomo I, San José, 1996, p.129, entre otros.

¹⁸ 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, pero que comprendo a la luz de las poco agradables experiencias históricas vividas.

En ese 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 se puede sostener 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 con 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 mayor 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 ¹⁹.

Una vez que se han explicado de forma superficial y breve tanto la apertura interna como la externa, debemos detenernos a estudiar los límites de las mismas. 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, que son la contrapartida de la apertura constitucional interna;

¹⁹ 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» en *La procuración de justicia. Problemas, retos y perspectivas*, México. 1993, p. 553 y ss.

al contar con preceptos constitucionales abiertos, 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 ²⁰.

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

IV. LOS LÍMITES DE LA APERTURA CONSTITUCIONAL

Desde luego, como se acaba de decir, 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 preservan la identidad de la Constitución, a través de sus modificaciones y recepciones» ²¹.

La apertura constitucional se debe concebir, 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.

²⁰ Ver Villaverde, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997.

²¹ *La Constitución abierta...*, cit., p.59.

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*»)²² 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 se debe tener mucha precaución al realizar una aplicación directa de las mismas, porque de lo contrario con la apertura constitucional lo único que se lograría sería aumentar antidemocráticamente los poderes discrecionales del juez²³.

El Tribunal constitucional español ha dicho que:

«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 Constitución²⁴.

²² Otto, *Derecho constitucional...*, cit., p.47.

²³ *Ibíd.*, p.46.

²⁴ Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1993 (reimpr.) pp.92-93.

Finalmente, por lo que respecta a las omisiones legislativas el problema se presenta sobre todo en cuanto al control de las mismas. Si el titular del poder legislativo deja de cumplir con algún mandato constitucional, los órganos encargados del control de constitucionalidad poco pueden hacer para remediarlo. De hecho, el control de las omisiones legislativas no se ha extendido demasiado en el derecho constitucional comparado. Se le encuentra en las cartas fundamentales de Brasil y de Portugal ²⁵.

En estos casos, la jurisdicción constitucional lo que sí puede hacer es tratar de que la omisión no deje sin contenido el derecho fundamental. Esto significa que el tribunal constitucional debe preservar en todo caso un contenido mínimo del derecho, el cual deriva de su misma consagración constitucional, de modo tal que, como se acaba de decir, la falta de actividad legislativa no haga nugatorio en forma absoluta un derecho constitucional ²⁶.

²⁵ Vagli, Giovanni, «Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo», **Diritto e Società**, Padova, no. 4 de 1997, p.573 y ss.

²⁶ Prieto Sanchís, Luis, **Estudios sobre derechos fundamentales**, Madrid, 1991.