



EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DESDE UNA PERSPECTIVA FUNCIONAL Y OPERATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Pablo LARRAÑAGA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las razones para la Constitución y las razones de la Constitución.* III. *Agentes, acciones y objetos institucionales.* IV. *Los límites legítimos a las funciones de representación, de control y de reforma constitucional en la democracia constitucional.*

INTRODUCCIÓN

Quisiera formular algunos comentarios generales, no precisamente una respuesta exhaustiva, respecto de la pregunta central entorno a la cual giró la discusión de la mesa redonda “Justicia constitucional y democracia” en el marco del Seminario “Reforma y control de la Constitución: implicaciones y límites” que tuvo lugar el pasado 3 de febrero de 2009 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.³⁵⁷ Como guía de mis comentarios, he elegido, entre los lineamientos que nos hicieron llegar los organizadores con el objeto de perfilar el diálogo, tres temas íntimamente relacionados entre sí que, en mi opinión, definen las condiciones de legitimidad del control de las reformas constitucionales en un régimen constitucional y democrático: 1) ¿cuáles son los límites legítimos a los órganos representativos en la ecuación de la democracia constitucional?; 2) ¿cuáles son los límites legítimos en la ecuación de la democracia constitucional a los órganos de control constitucional?, y 3) ¿cuáles son los límites legítimos en la ecuación de la democracia constitucional al constituyente permanente?

Por otra parte, he decidido no referirme directamente a los amparos formulados en contra la reforma del artículo 41 constitucional, respecto de la prohibición de contratar propaganda en los medios masivos de comunicación, cuya atracción por parte de la Suprema Corte detonó, como es sabido, el debate respecto de este tema. La razón de ello es que ya se han realizado distintas aproximaciones a esta cuestión específica que, en mi opinión, tratan de manera exhaustiva y fundamentalmente acertada las circunstancias del caso.³⁵⁸ Mi propósito es, en cambio, aprovechar esta oportunidad para formular, desde la consideración de las condiciones de funcionamiento de un régimen constitucional y democrático, una serie de reflexiones respecto de las funciones de control de constitucionalidad. Permitanme pues, antes de centrarme en las preguntas anteriores, hacer algunas consideraciones teóricas, quizás un poco elementales, aunque pertinentes, creo, en tanto que son requeridas para aclarar qué entiendo por “límites legítimos” de las funciones de control de constitucionalidad.

³⁵⁷ Aprovecho para reiterar mi agradecimiento a César Astudillo y a Lorenzo Córdova, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por la invitación a participar en este Seminario.

³⁵⁸ Véase, por ejemplo, Salazar, Pedro, “La suplantación del legislador democrático”, en este libro.

II. LAS RAZONES PARA LA CONSTITUCIÓN Y LAS RAZONES DE LA CONSTITUCIÓN

Todo orden constitucional y todo régimen democrático son producto de una decisión. Esta decisión puede descomponerse en cuatro aspectos o decisiones más específicas:

- a) Someter el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico, definiendo como criterio último de validez jurídica el sistema de fuentes establecido en la Constitución.
- b) Establecer como criterio último de legitimidad del ordenamiento jurídico el principio de la mayoría.
- c) Formular un catálogo de derechos fundamentales, oponible a las distintas instancias de ejercicio del poder público en los casos (a) y (b), y
- d) Establecer los arreglos institucionales necesarios y suficientes para hacer vinculantes las decisiones anteriores.

Éstas son en síntesis, las condiciones del “juego” de la democracia constitucional.³⁵⁹ La decisión de organizar el poder público en términos de estas decisiones puede sustentarse en razones morales —dependientes, por ejemplo, de valores últimos como la autonomía individual o la dignidad humana— o en razones prudenciales —dependientes, por ejemplo, de intereses como la seguridad y la maximización del bienestar social— pero, en todo caso, no son ni razones constitucionales, ni razones democráticas, sino razones para el constitucionalismo democrático.

En este orden de ideas, es importante distinguir entre las motivaciones para una decisión y las consecuencias de la decisión de “jugar” el juego del constitucionalismo democrático. En particular, en este contexto, es importante señalar el distinto carácter que pueden tener las razones para el constitucionalismo democrático y las razones de la Constitución democrática.

Una Constitución democrática es un arreglo normativo-institucional para alcanzar fines valiosos, por lo que su “valor” tiene, en todo caso, un carácter instrumental dependiente, precisamente, de la medida en la que este arreglo sea idóneo para alcanzar un conjunto de fines valiosos en una sociedad.³⁶⁰ Sin embargo, la idea de que la justificación de toda decisión constituyente de organizar el poder político en la democracia constitucional dependa de la posibilidad de apreciar las “ventajas” de este régimen político-jurídico, no debe confundirse con las consecuencias que, en términos justificativos, se desprenden de la existencia de una Constitución democrática respecto de las acciones de los agentes constituidos. En este sentido, para que la decisión constituyente resulte una decisión racional en los términos de una relación instrumental (medios-fines), es necesario “suponer” —o al menos, no considerar implausible— la disposición de los agentes constituidos relevantes a actuar conforme lo establecido en la Constitución. En consecuencia, para que un régimen de gobierno pueda calificarse como una democracia constitucional, primero tiene que haberse tomado una decisión institutiva “constituyente”, respecto de la organización del poder social —por ejemplo, la estructuración del poder público en la forma de un Estado de derecho— y, segundo, tiene que suponerse la decisión de los poderes “constituidos” de actuar conforme a tal orden ins-

³⁵⁹ Desde luego, la conformación de esta estructura institucional es mucho más compleja de lo que refiere esta síntesis. La posibilidad de variación en la arquitectura constitucional y la posibilidad de tensiones entre los componentes conceptuales y normativos del sistema son muy amplias, por lo que no es de extrañar que sean y hayan sido, durante varios siglos ya, una de las principales ocupaciones del derecho público y de la filosofía política. Véase, por ejemplo, Loughlin, M., *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003 y Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

³⁶⁰ Véase, por ejemplo, Dahl, Robert y Lindblom, Ch., *Economics, Politics & Welfare*, Chicago, University of Chicago Press, 1953.

titucional —por ejemplo, la decisión regulativa de actuar conforme al conjunto de reglas y principios que lo caracterizan—.³⁶¹

Desde luego, para cualquiera familiarizado con la teoría constitucional resultará evidente que me estoy aproximando al problema de la justificación última de la autoridad de la Constitución; es decir, al recalcitrante problema de dónde reside la autoridad del poder constituyente originario —y, por tanto, de la Constitución originaria—, una vez que se tiene en cuenta que ésta no puede sustentarse en ninguna norma positiva.³⁶² Probablemente, la respuesta a este problema más familiar en la doctrina constitucional mexicana es la formulada por Hans Kelsen; quien, como es sabido, proponía atacar el problema de la obligatoriedad de la Constitución originaria —y de ahí, la del ordenamiento jurídico en su conjunto— mediante el recurso a un presupuesto lógico-trascendental: la *Grundnorm* o norma fundante básica. Así, como es bien sabido, para Kelsen la obligatoriedad de la Constitución debe ser presupuesta, de modo que todos los destinatarios de las normas jurídicas (regulativas y de competencia) deben actuar como si el acto del constituyente fuera un acto válido de creación normativa. Sin embargo, un aspecto central de la teoría kelseniana de la obligatoriedad de la Constitución, al que no suele prestársele la atención suficiente, es que la presuposición de una norma fundamental básica sólo tiene sentido una vez que se tiene un orden normativo constitucional. Es decir, la presuposición de una *Grundnorm* como una categoría necesaria para explicar o reconstruir un ordenamiento jurídico en términos de su validez, sólo resulta significativa una vez que se constata que dicho ordenamiento existe.³⁶³ Neil MacCormick ha expresado estas ideas de la siguiente manera:

Dado un orden constitucional que es generalmente eficaz (*by-and-large efficacious*), tiene sentido tratar a la Constitución como si tuviera que ser respetada. Esto es, tiene sentido actuar sobre la base de que la coerción del Estado sólo debe ser ejercitada de acuerdo con las provisiones establecidas por el constituyente originario, y que toda otra forma de coerción debe ser tratada como jurídicamente inaceptable. Así, desde la perspectiva del teórico, toda Constitución está respaldada por una “norma básica” o *Grundnorm*, en todos aquellos estados en los que existe un orden normativo efectivo basado en una Constitución [...] su existencia no es cuestión, primariamente, de la adopción mediante el procedimiento que sea, de un documento formal que pretenda distribuir los poderes de gobierno en la forma antes discutida. Es de nuevo una cuestión de funcionalidad que tiene que ver con la respuesta de los actores políticos a lo largo del tiempo, sobre las normas formuladas en la Constitución. Estas pueden ser o no ser tomadas en serio como normas para el gobierno de la conducta. En grados variables, pero al menos en la mayoría de las situaciones relevantes, la conducta de los actores debe ser orientada por las normas, y entendida en referencia a las propias normas

³⁶¹ Sobre las ideas de “decisión institutiva” y “decisión regulativa”, véase, MacCormick, Neil, “Norms, Institutions, and Institutional Facts”, *Law and Philosophy*, núm. 17, 1998, pp. 301-345.

³⁶² Desde luego, este no es exclusivamente un problema de la teoría “pura” del derecho kelseniana, sino como señalaba, un problema fundamental para cualquier teoría del derecho. Sobre este tema versa la célebre disputa entre Carl Schmitt y Hans Kelsen a propósito de los límites constitucionales al control recíproco entre el legislativo y el ejecutivo en las condiciones de “excepción”, y la no menos conocida crítica de Hart a la concepción de la autoridad del derecho de John Austin como mandato del soberano. A propósito de estos tema, véase, Dyzenhaus, D., *Legality and Legitimacy. Carl Smith, Hans Kelsen y Hermann Heller in Weimar*, y Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, caps. 4 y 5.

³⁶³ Recordemos las palabras de Kelsen a propósito de esta cuestión: “De acuerdo con la norma fundante básica de un orden jurídico estatal, es el gobierno efectivo, que impone fundándose en una Constitución eficaz, normas generales e individuales, el gobierno legítimo del Estado [...] La norma fundante básica se refiere solamente a una Constitución que de hecho ha sido establecida por un acto legislativo o por la costumbre, y que tiene eficacia. Una Constitución es eficaz cuando las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales [...] El principio que así se aplicara se denomina principio de efectividad. El principio de legitimidad está limitado por el principio de efectividad”, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, UNAM, 1986, p. 219. Énfasis añadido.

respecto de las que se actúa. Sólo aquellas que son tomadas en serio en este sentido existen como una constitución operativa (*working constitution*).³⁶⁴

Así pues, además del establecimiento de las reglas del juego a las que me refería al principio, la disposición de los agentes constituidos relevantes a “jugar” el juego de la democracia constitucional es una condición necesaria de eficacia sistémica, o si se prefiere, para que el orden normativo tenga lugar conforme a la Constitución; es decir, para que exista un Estado constitucional y democrático de derecho, o dicho en otros términos, para contar con una Constitución democrática operativa. Por ello, desde una perspectiva operativa del constitucionalismo democrático, una decisión constituyente que no tuviera en cuenta sus efectos en las decisiones de los actores constituidos o que, incluso, fuera conscientemente incompatible o contraria al sentido previsible de éstas, podría considerarse propiamente como un “sin sentido”, siendo merecedora con justicia de epítetos como “pragmáticamente contradictoria”, “voluntarista”, “feticista”, o incluso como una mera “simulación”.³⁶⁵ Ante esta sombría posibilidad, una teoría de la democracia constitucional tiene que complementar su criterios conceptuales y sus estándares normativos con una explicación convincente de la eficacia de la Constitución.

Aunque existen distintas explicaciones o teorías del orden social que permitirían formular distintas explicaciones para la operatividad de una Constitución (conflictualistas, de valores compartidos y de intercambio), sin embargo, como ha señalado Russell Hardin, estas teorías resultan insatisfactorias en tanto que no reconocen el papel central de la coordinación en la explicación de la ordenación de las complejas sociedades modernas. En lo que se refiere a nuestro tema, su carácter deficitario reside en su incapacidad de presentar una teoría operativa sobre un constitucionalismo democrático convincente, como resultado de no reconocer la importancia del tipo orden normativo generado por los agentes constituidos como consecuencia de acciones en las que, actuando por interés, se sirve a intereses mutuos o colectivos: una constitución operativa.³⁶⁶

Tomando esto en cuenta, en las próximas páginas adoptaré una perspectiva desde la cual “jugar” el juego del constitucionalismo democrático no sólo supone la condición elemental de que la coordinación entre los agentes relevantes tiene lugar “dentro del marco de la Constitución”, sino un contexto en el que a la luz de las decisiones a las que me he referido antes, resulte pausible explicar la conducta de los agentes relevantes en términos de sus propios intereses dentro del juego del constitucionalismo democrático.

Desde esta perspectiva, para considerar que una Constitución es operativa —*ita est*, tiene efectivamente un carácter normativo—, no es necesario que los agentes relevantes actúen motivados —al menos no exclusivamente— por un deber de sometimiento o de fidelidad a la Constitución —ni por cierto, sobre la base de un consenso respecto de valores que ésta recoge—, sino por los propios efectos de la coordinación producida por las decisiones ins-

³⁶⁴ MacCormick, Neil, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 45 y ss. Énfasis añadido.

³⁶⁵ La oportunidad de estos calificativos dependerá no sólo de su adecuación con el discurso, sino de una apreciación precisa del contexto. Desde luego, media una importante distancia entre el contexto de un caso hipotético de decisión constitucional incapaz de apreciar el eventual conflicto entre los valores contenidos en los derechos fundamentales, que Alexy califica de “contradicción pragmática” —aludiendo al conocido ejemplo de “el gato está en el tapete, pero yo no lo creo”— y el contexto de una decisión constitucional en la que se modifican las condiciones de la lucha electoral. Véase, Alexy, Robert, *Derechos y razón práctica*, trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 1993.

³⁶⁶ Véase, Hardin, R., *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1999; en particular, capítulos 1 y 3. La crítica de Hardin se dirige fundamentalmente a la imposibilidad del contractualismo para articular un argumento convincente para explicar por qué algunas Constituciones formales llegan a ser operativas y otras no. Sin embargo, en mi opinión, esta crítica puede extenderse a otras concepciones del constitucionalismo como, por ejemplo, las que asocian la normatividad constitucional con el valor moral de los derechos fundamentales o en las capacidades deliberativas de la democracia.

titucionales de “jugar” el juego de la Constitución.³⁶⁷ De modo que, si la explicación de la conducta de los agentes constituidos no resultara “creíble”, “explicable” o “justificable” en términos de los propios intereses de los agentes, sobre la base de las características del orden normativo institucional que conocemos como “Estado democrático de derecho”, no podríamos decir que realmente exista una Constitución en sentido relevante.³⁶⁸

Así pues, la perspectiva funcional y operativa desde la que pretendo analizar los límites al control de constitucionalidad, por un lado se adhiere a la noción normativa de Neil MacCormick del Estado constitucional moderno como orden normativo institucional, y por otro agrega como explicación de la operatividad de la Constitución el principio sociológico de obligación propuesto por Hardin, en la que como apuntaba más arriba, la coordinación tiene lugar como consencuencia no intencional de las acciones interesadas —en la línea, por ejemplo, de Adam Ferguson y Adam Smith—. A partir de aquí, la idea de normatividad constitucional —sobre la que, como veremos más adelante, en mi opinión, debe configurarse la idea de “legitimidad” en este contexto— debe ser entendida en la línea de Hobbes, es decir, en términos de una obligación racional, no moral. Esto es, en un contexto en que decir que “estoy obligado” equivale a decir que “estoy obligado por mis propios intereses”.

En este punto resulta útil resaltar el contraste de esta idea de obligación con la conocida posición de H. L. A. Hart respecto de la diferencia entre verse obligado y estar obligado. Como es sabido para este autor, en el primer caso, decir que me vi obligado a hacer algo supone que actué sustantivamente en contra de mis intereses, mientras que, en el segundo caso, decir que estoy obligado a hacer algo supone que, para mí no hacerlo estaría mal moralmente.³⁶⁹ A propósito de esta distinción, Hardin nos recuerda que:

la teoría de Hobbes versa sobre la idea de verse obligado a obedecer o incluso a apoyar a un gobierno, y no sobre la idea de estar obligado a obedecer. Su teoría del gobierno es una teoría sobre la operatividad (*workability*). Hay razones normativas para querer contar con un gobierno —todos estaríamos mejor con un gobierno estable— pero el gobierno opera obligándonos, no mediante la obligación moral de obediencia.³⁷⁰

En síntesis, lo que en última instancia vengo a sostener es que la disposición generalizada de los agentes constituidos relevantes para “jugar” el juego de la democracia constitucional no es sólo una condición de la eficacia de la Constitución —y por tanto, como he señalado de su “existencia-validez”—, sino que, con independencia de cuáles sean las posibles interpretaciones de las conductas de los agentes relevantes en términos de la normatividad constitucional, una teoría operativa del constitucionalismo debe considerar que la Constitución es aquel conjunto de pautas de conducta que generan una coordinación efectiva de los agentes relevantes en términos de sus propios intereses.

Dicho esto, para avanzar hacia cómo creo que conviene aproximarse a la noción de “legitimidad” dentro de un orden constitucional, parece necesario detenerse brevemente en especificar las condiciones de coordinación propias del Estado constitucional. Y a partir de ahí, puedo llegar finalmente a mi propuesta de cómo podemos aproximarnos a los “límites legítimos” en la relación entre órganos representativos, los órganos de control de constitucionalidad y el Poder Constituyente permanente, en la ecuación democracia constitucional.

³⁶⁷ Véase, MacCormick, N., *op. cit.*, 2007, cap. 3 y MacCormick, N., *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999, cap. 2.

³⁶⁸ Esto es, recordemos, a lo que, en otros términos, se refería Kelsen cuando hablaba de la eficacia generalizada de una Constitución como condición de “existencia” de la misma. Cfr. *supra*, nota 7. Quizá no esté de más aclarar que no se trata propiamente de que no exista una Constitución, sino de que la Constitución “formal”, definida en términos de los criterios conceptuales y los estándares normativos del constitucionalismo democrático, no es la Constitución relevante en esa sociedad; no es la Constitución operativa.

³⁶⁹ Véase Hart, H.L.A., *The Concept... , cit.*, pp. 82 ss.

³⁷⁰ Hardin, *Liberalism, Constitutionalism..., . cit.*, p. 20.

III. AGENTES, ACCIONES Y OBJETOS INSTITUCIONALES

Cuando traducimos la decisión o si se prefiere, la serie de decisiones de establecer las condiciones del constitucionalismo democrático en términos de la ingeniería constitucional, encontramos que este orden normativo institucional puede ser representado como la operación de una “maquinaria”, compuesta de ciertas piezas, ensambladas o ensamblables, en un número más o menos limitado de diseños institucionales, pero cuya combinación resulta en un catálogo de modelos del constitucionalismo democrático nada despreciable en su extensión.³⁷¹ Sin embargo, para simplificar en este contexto podemos destacar sólo tres elementos institucionales que por decirlo de algún modo, configuran núcleo de cualquier fórmula de gobierno estatal: la especialización de funciones (legislación, administración y jurisdicción); la división de poderes para realizar tales funciones (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial) y el establecimiento de procedimientos reglados para el ejercicio de los poderes conferidos (procedimiento legislativo, procedimiento administrativo y procedimiento judicial). Con objeto de simplificar aun más el argumento, podemos sintetizar los elementos anteriores en la noción de competencia; diciendo pues que en tanto ordenamiento jurídico la característica fundamental de un Estado de derecho, consiste en que el ejercicio del poder público debe realizarse dentro del sistema de competencias establecido por la Constitución.

Ahora bien, como vimos, para que esta fórmula “básica” adquiera las características de un Estado constitucional de derecho, deben agregarse dos elementos institucionales adicionales: un catálogo de derechos fundamentales y la existencia del poder de control de la constitucionalidad de los poderes públicos.

Por último, como ya quedó apuntado, para que un Estado constitucional de derecho satisfaga los estándares de un Estado constitucional y democrático de derecho, es preciso agregar el corolario vinculante del sistema, del que depende la legitimidad del mismo en términos de la operatividad del régimen democrático:³⁷² la conformación de mecanismos institucionales que aseguren —directamente mediante la conformación de los poderes Legislativo y Ejecutivo, o indirectamente, mediante los procedimientos de control— la impregnación del conjunto de este orden normativo-institucional del principio de mayoría.³⁷³

En este punto, es necesario detenerse en señalar algunas implicaciones de tratar los elementos anteriores en términos institucionales, y no exclusivamente conceptuales, o incluso normativos.

Cuando los juristas hablan de instituciones, pueden utilizar esta noción para referirse a distintas cosas. En primer lugar, pueden referirse a agentes intitucionales como parlamentos, tribunales, órganos administrativos, órganos constitucionales autónomos (CNDH, IFE, etcé-

³⁷¹ Véase, por ejemplo, Jackson, V. y Tushnet, M., *Comparative Constitutional Law*, Nueva York, Fundation Press, 1999 y van Caenegem, R.C., *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

³⁷² Creo que en este punto resulta pertinente reiterar el mensaje de sentido común recogido en la anterior cita de Hardin. Aunque desde luego, Hobbes no estaba pensando en las condiciones de operatividad del constitucionalismo democrático. La democracia como cualquier régimen político viable depende de su capacidad de generar sometimiento o aquiescencia, no sólo acuerdo; es decir, de hacer que los sujetos se vean obligados, no sólo que se sientan obligados moralmente. A propósito de esta idea, véase Hardin, *op. cit.*, 1999, cap. 3. Quizá sea éste el criterio más claro para distinguir en un sentido moderno entre gobierno democrático, política democrática y sociedad democrática. Dónde sólo el primer concepto, pero no los otros dos, está asociado indefectiblemente con la autoridad del derecho positivo.

³⁷³ Naturalmente, la descripción que aquí hago de los elementos del Estado de derecho y, en particular, del constitucionalismo democrático, es muy esquemático y tiene por objeto exclusivamente destacar los elementos conceptuales y formales que me permiten explicar qué entiendo por “límites legítimos”. Un análisis más profundo debe llevarnos a tener en cuenta no sólo los elementos formales de la noción, sino concepciones sustantivas que diferencien entre los distintos contenidos de los catálogos de derechos fundamentales, y lo que es aun más importante, los distintos grados de realización de tales expectativas. Al respecto véase, por ejemplo, Tamanaha, B., *On the Rule of Law. History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

tera), el órgano revisor de la Constitución, etcétera, cuyo objeto consiste en realizar distintas funciones —o, dicho llanamente, en actuar de distintas maneras o hacer distintas cosas—. En segundo lugar, pueden referirse a arreglos institucionales, que no son en sí mismos agentes, pero que son resultado de acciones institucionales, como las leyes, la propiedad pública, el amparo de la justicia federal, etcétera. Por último, pueden referirse a objetos institucionales; es decir, a una serie de entidades incorpóreas que sólo tienen “existencia” en virtud de disposiciones jurídicas, como los títulos de concesión, el juicio de amparo o la acción de constitucionalidad, etcétera.³⁷⁴

En este orden de ideas, es importante destacar que respecto de los tres tipos de “institución” (agentes, arreglos y objetos) puede identificarse una estructura particular de reglas que gobiernan la institución en cuestión: *a) reglas institutivas, b) reglas consecuenciales y c) reglas terminativas.*

a) Las reglas intitutivas, establecen las condiciones para crear un agente institucional (por ejemplo, el artículo 135 constitucional establece que el órgano reformador de la propia Constitución se conforma por el Congreso de la Unión y por las legislaturas de los estados, y la sección I, del capítulo II, del título III de la Constitución establece el proceso de elección e instalación del Congreso general), o un arreglo institucional (por ejemplo, el artículo 41 establece que los partidos políticos son entidades de interés público que tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática) o un objeto institucional (por ejemplo, el artículo 103, en relación con el 107, establecen el juicio de amparo respecto de los actos de autoridad).

b) Las reglas consecuenciales establecen los efectos normativos de la existencia de un agente, de un arreglo o de un objeto institucional (por ejemplo, respecto de la reforma constitucional, el artículo 135 establece para el Congreso de la Unión, la votación favorable de una mayoría cualificada de dos terceras partes de los individuos presentes, y para las legislaturas locales, la votación favorable de una mayoría).

c) Las reglas terminativas tienen que ver con la terminación o con la eliminación de una agente, de un arreglo o de un objeto institucional (por ejemplo, los capítulos VIII y IX de la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, establecen las causas de improcedencia y de sobreseimiento del juicio de amparo).

Ahora bien, la importancia de traer esta tipología de normas a mi argumento respecto del sentido de la idea de “legitimidad” dentro de una noción operativa de la Constitución, tiene que ver con la forma en la que estas categorías permiten exponer el sentido del “juego” del constitucionalismo democrático, al que me refería en el inciso anterior. MacCormick expresa esta idea de forma excepcionalmente clara, por lo que conviene citarlo *in extenso*:

Esta presentación triádica de las “reglas intitutivas, consecuenciales y terminativas” corresponde a una estrategia expositiva comunmente utilizada por los comentadores del derecho, que refleja en cierta medida, los usos de la práctica de los abogados y de los tribunales. En cada caso, es necesario también tener cierta idea del sentido de la institución en cuestión. Las legislaturas están para crear y reformar leyes, los contratos son maneras de establecer acuerdos vinculantes entre las personas, los fideicomisos son formas de dedicar propiedad para determinados usos o para el beneficio de personas particulares o bienes públicos, las patentes son formas de asegurar derechos para la explotación exclusiva de los inventos, con miras a incentivar la inventiva y facilitar la recuperación de los costos de la investigación y el desarrollo de los inventos, y así por el estilo. Podemos decir que la explicación de cualquier institución requiere dar cuenta del conjunto relevante de reglas a la luz de su sentido. Esta idea de que las cosas tienen un sentido, se asemeja a la idea aristotélica de que las entida-

³⁷⁴ Hago una modificación de la tipología de MacCormick, quien habla de “intitución-agencia”, “institución-arreglo” e “institución-cosa”, pero las ideas fundamentales provienen de este autor. *Cfr.*, MacCormick, Neil, *op. cit.*, 2007, pp. 35, ss. MacCormick, Neil y Weinberger, O., *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Reidel, Dordrecht, 1986, cap. 2.

des de distintas clases tienen que explicarse en virtud de su “causa final”. Que las semillas se transforman en una planta que una vez fertilizada produce más semillas, es importante para la comprensión de las semillas (vegetales). Y esto es válido, aun con mayor razón en el caso de las instituciones sociales, que sólo podemos explicar si conocemos el fin para el que supuestamente funcionan. Los contratos están para crear obligaciones, los clubes de fútbol están para organizar equipos y partidos.³⁷⁵

Desde luego, la idea de que las instituciones sólo pueden explicarse a la luz de su sentido se vuelve aún más robusta cuando pasamos del contexto de explicación al contexto de justificación. Y este paso se vuelve central en mi argumento, cuando es visto a la luz de la concepción operativa de la democracia constitucional a la que me he referido en el inciso anterior.

La existencia de un democracia constitucional operativa no supone sólo contar con el marco institucional de esta forma de gobierno (la especialización de funciones, la separación de poderes y el establecimiento de procedimientos reglados), sino que los agentes relevantes utilicen efectivamente las normas institutivas, consecuenciales y terminativas que caracterizan a este sistema institucional en el sentido para el que supuestamente están diseñadas. Por ello, centrándonos en la pregunta inicial –¿cuáles son los límites legítimos de los órganos representativos, de los órganos de control y del constituyente permanente, en la ecuación democracia constitucional?–, la idea anterior implica dos cosas:

Que la noción de “límite legítimo” es funcional respecto de las finalidades, por un lado, del conjunto del sistema institucional (la democracia constitucional), y por otro, de la articulación de sus elementos institucionales particulares (funciones, poderes y procedimientos).

Que la propiedad de “legitimidad” de los límites institucionales no deriva, en el sentido apuntado antes, de una obligación moral, sino racional.

Veamos ahora el primer punto y dejemos el segundo para otro momento. Una noción funcional de la idea de “límite” supone, por una parte, los límites al ejercicio de cualquier función institucional (legislativa, jurisdiccional, administrativa, de control de legalidad o de constitucionalidad, etcétera) que depende precisamente, de la funciones asignadas a la institución en cuestión dentro del sistema normativo-institucional, y lo que es aún más importante, de la posibilidad de una efectiva coordinación y de la interacción balanceada de sus funciones.³⁷⁶ Es decir, no se puede establecer la pertinencia de las limitaciones al ejercicio de una función institucional con independencia de la función que desempeñe la institución en cuestión en relación con el conjunto de condiciones que hacen operativo el sistema en su conjunto. Por ello, naturalmente los límites pertinentes respecto de una función jurisdiccional serán distintos a los límites pertinentes respecto de una función legislativa, administrativa o de control. Y las diferencias entre estos distintos límites no sólo se explicarán, sino que se justificarán en virtud de las funciones de cada una de estas instituciones dentro del diseño y las condiciones efectivas de operación del sistema en su conjunto.

Por su parte, la noción funcional de “límite legítimo” supone que la operación de cada institución (agente, arreglo u objeto) del sistema tiene que ser intergrada a la luz del conjunto de reglas institutivas, consecuenciales y terminativas, que la disciplinan en virtud de su propio sentido.³⁷⁷ Es decir, los “límites” del juicio de amparo o de la acción de constitucionalidad,

³⁷⁵ MacCormick, *op. cit.*, 2007, 36. Énfasis añadido.

³⁷⁶ *Ibidem*, 35.

³⁷⁷ Naturalmente, aquí surge pertinente la pregunta “¿integrada por quién?”. Desde luego la integración del sistema de reglas que disciplinan una institución puede llevarse a cabo por distintos agentes con distintos propósitos: el profesor puede hacerlo para explicar la intitución a sus alumnos; el abogado para prever las consecuencias jurídicas de una acción; el juez para calificar un hecho, etcétera. Sin embargo, respecto de nuestro tema resultan críticos aquéllos tipos de integración del sistema regulativo de una institución que son llevados a cabo por agentes capaces de “reinterpretar” su actividad —o, dicho en otros términos, de establecer los propios límites de ésta— sin el control jerárquico de otros agentes: los órganos últimos o supremos, como el constituyente permanente y la Suprema Corte.

por ejemplo, deben ser establecidos en los términos del conjunto de reglas (institutivas, consecuenciales y terminativas) que hacen de estas instituciones procedimientos de control de constitucionalidad, y no otra cosa; mientras que los límites del poder constituyente permanente tienen que ser a su vez configurados en los términos del conjunto de reglas (institutivas, consecuenciales y terminativas) que hacen de éste un poder de reforma de la Constitución y no otra cosa.

Seguramente, alguien persivirá un elemento de circularidad en esto, y realmente tiene razón. La justificación de cualquier movimiento dentro de un juego tiene que hacer referencia necesariamente, a las reglas que definen ese juego en cuanto a sus participantes y a los movimientos válidos —aunque, nótese, no respecto de los fines del juego—.³⁷⁸ Por ello, las interacciones entre los participantes de ese juego sólo son válidas en la medida que sean posibles “dentro” de ese juego. Dicho más concretamente, la legitimidad de los límites a los órganos representativos es dependiente del papel de la representación dentro de una democracia constitucional, mientras que a su vez, la legitimación de los límites a los órganos de control es dependiente del papel del control dentro de este mismo sistema.

IV. LOS LIMITES LEGÍTIMOS A LAS FUNCIONES DE REPRESENTACIÓN, DE CONTROL Y DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Siguiendo la lógica de los puntos anteriores, se puede afirmar que dentro de una democracia constitucional, la representación es un mecanismo para trasferir el valor de la autonomía individual de cada uno de los ciudadanos hacia las decisiones colectivas. Por ello, el principio de mayoría es directa o indirectamente al criterio de legitimidad de toda autoridad pública. En este orden de cosas, los límites a la representación se perfilan como protecciones necesarias para que las mayorías no vulneren la autonomía de las minorías, o en todo caso, de un individuo particular: derechos fundamentales. Más allá de estas restricciones necesarias, el sistema no justifica restricciones adicionales al principio de la mayoría.

En este mismo sentido, dentro de una democracia constitucional, los mecanismos de control son dispositivos necesarios para evitar actos de autoridad irregulares, ya sea en virtud del sistema de competencias o del sistema de derechos, es decir, se trata de fórmulas para evitar actos formal o materialmente inválidos dentro del sistema, por ello, los mecanismos de control tienen una función de segundo nivel, dirigida a garantizar la integridad del orden constitucional en su conjunto. Consecuentemente la justificación de este tipo de funciones se deriva de las condiciones necesarias para la operación regular del sistema de fuentes del ordenamiento. Más allá de estas condiciones necesarias, el sistema no justifica la expansión de las competencias de control de legalidad o de constitucionalidad de ningún órgano.

En lo relativo a los límites al poder constituyente, dentro de una democracia constitucional las funciones de reforma constitucional son formas de impulso sistémico, dependiente del carácter normativo —la obligatoriedad— de la Constitución.³⁷⁹ Por ello, en tanto que los

³⁷⁸ Esto es lo que supone precisamente que el constitucionalismo, la democracia, el mercado, etcétera, sean órdenes normativos institucionales con un valor intrumental y no como la moral o las religiones, órdenes normativos con un valor inmanente o en sí mismo.

³⁷⁹ Se trata desde luego de la obligación “racional” de obediencia a la Constitución a la que me refería antes. Probablemente los documentos fundacionales de la Constitución de los Estados Unidos de América, reflejan de manera más clara que ningún otro, esta forma de entender la noción de poder constituyente en el marco de los poderes constituidos. Martin Loughlin lo expone en los siguientes términos:

“^{la} medida en la que el poder constituyente, expresado en el lenguaje de los derechos fundamentales, queda expresado en el marco del poder constituido [...] El poder constituyente es concebido no como la máquina de la Constitución, sino como <<el combustible de esta máquina>>. El poder constituyente se inscribe en un <<modelo de sociedad política>>; una sociedad ‘que conforma al pueblo mediante la representación,

controles operan en el contexto de una presunción de constitucionalidad del conjunto de los actos de autoridad —por ejemplo, de “existencia-eficacia” de una Constitución operativa— que por otro lado, se encuentan sometidos al rigor del conjunto del sistema constitucional —la especialización de funciones, la división de poderes y los procedimientos reglados—, su justificación debe configurarse sobre estándares máximos de intervención tolerable. Los órganos de control sólo pueden hacer aquéllo que sea estrictamente necesario para mantener el orden constitucional.

En este punto, respecto del poder constituyente permanente, la democracia constitucional exige una forma de “control indirecto” muy específica, y hay que agregar, muy sutil: la integración del texto constitucional por el Tribunal Constitucional. La especificidad de esta forma de control consiste en que para ser compatible con la respuesta a la pregunta ¿qué es, y para qué sirve un Tribunal Constitucional, su carácter debe ser estrictamente jurídico, no político. Y ello exige —como mandato racional, no moral—, que este órgano último sea particularmente escrupuloso en la autodelimitación de sus funciones y en el seguimiento del método que le es institucionalmente propio: la doctrina constitucional. La sutileza consiste en un imprescindible ejercicio de prudencia y responsabilidad que atemperen el carácter contra-mayoritario de este control, en este sentido, en su relación con el poder constituyente a través de la integración de la Constitución, los tribunales constitucionales deben tener en cuenta que:

El poder constituyente no puede ser absorbido en normas, ni reducido enteramente a hechos. Emerge a causa de la insuperable brecha entre gobierno y gobernados, y expresa una forma de poder que media entre los tres órdenes de lo político. El poder constituyente es un poder que da a las Constituciones su carácter abierto, provisional y dinámico, manteniéndola capaz de responder al cambio social y recordándonos que la norma se sustenta, en última instancia, en la excepción. El poder constituyente expresa la creencia de que la interdependencia entre democracia y constitucionalismo es una paradoja, no una contradicción, y reconoce la necesidad de que los agentes del estado trabajen activamente para mantener la injerencia de los ciudadanos.³⁸⁰

En síntesis, desde una aproximación operativa y funcional al sistema institucional de las democracias constitucionales, las restricciones al poder de los órganos representativos, a los órganos del control de constitucionalidad y al poder constituyente, responden a distintas lógicas, aunque con resultados concurrentes: las restricciones se instrumentan como topes al principio de la mayoría que en tanto operan en contra la soberanía popular, deben configurarse sobre estándares mínimos de constitucionalidad. Dicho en otros términos, los órganos representativos pueden hacer todo aquello que sea constitucionalmente posible, mientras que los órganos de control sólo aquéllo que sea constitucionalmente necesario.

la división de poderes, y todos los engranes de la maquinaria constitucional [...] la absorción del poder constituyente en categorías jurídicas tiene un profundo efecto en nuestra concepción del derecho constitucional. El poder constituyente no es ya un contra poder del derecho positivo. Más bien, se manifiesta como un criterio endógeno de la eficacia del derecho. <<Al diseñar un gobierno —sostiene Madison— primero hay que capacitar al gobierno para controlar a los gobernados; y después obligarlo a que se controle a sí mismo>>. El primer axioma de Madison invierte la relación entre poder constituyente y poder constituido que promovían los promotores de la democracia popular, y el segundo destaca la importancia de los límites legales formales”. Loughlin, *op. cit.*, 2004, pp. 108 y s.

³⁸⁰ Loughlin, M., *op. cit.*, 2004, p. 113.