

## Constitución y dialéctica

*Liliana Fort Chávez\**

El conocimiento de la constitución y del derecho se ha estatizado. La historia pasada del autoritarismo afirma su normativismo y forma exclusiones sociales de todo tipo. Ello tiene por consecuencia muchos males:

El autoritarismo de quien justifica sus decisiones por imputar sanciones produce muchos males sociales. Se trata de superar estos males y de procesarlos a través de la complejidad epistemológica que presupone en neoconstitucionalismo. Sólo con otra manera de conocer el derecho y la constitución saldremos de la situación de crisis social y epistémica que padecemos, y lograremos hacer resistente nuestra constitución.

*Knowledge of the constitution and law has been static. The past history of authoritarianism affirms its normativism and make social exclusion of all kinds. It has as a consequence many evils: the authoritarianism from whom justify its own decisions of imputing sanctions, produces many social ills. Tries to overcome these evils and processing them through the epistemological complexity that presupposes the neoconstitutionalism. Only with other way of understand the law and constitution we will leave the social crisis and epistemic that we suffer today and become resistant achieve our constitution.*

**SUMARIO:** Introducción / I. La complejidad del discurso / II. Conocimiento complejo de la constitución del Estado constitucional y coexistencia con el conocimiento simplificado / III. De la razón formal a la razón dialéctica y argumentativa: internalización de las fuentes del derecho / IV. La resistencia constitucional / V. Conclusiones / Fuentes de consulta

---

\* Dra. en Derecho y Profesora Investigadora del Departamento de Derecho de la UAM-A.

## Introducción

El conocimiento de la constitución y del derecho se ha estatizado. La historia pasada es autoritaria, pues se afirma mediante normas como órdenes con amenazas de violencia, ello forma exclusiones sociales de todo tipo que traen consigo muchos males como la violencia, inseguridad, pobreza y devastación ecológica, entre otros. Se trata de superar estos males y de procesarlos a través de la epistemología epistemológica que presupone la cultura constitucional. Sólo con otra manera de conocer el derecho y la constitución saldremos de la situación de crisis social y epistémica que padecemos. Esto no es nuevo, pero se debe repetir en la educación de las nuevas generaciones, y lo explica Aguiló, en términos jurídicos, en donde términos simbólicos, es decir, que no tienen un solo contenido, como dignidad, libertad, seguridad, soberanía popular, son interdefinibles, pues surgen de una historia social. El conocimiento estático del derecho, se ha desligado de la constitución, pero no hemos debido desligarlos del conocimiento del derecho y la realización de sus ideales constitucionales, pues el derecho y el mundo son una dinámica interconectada en una complejidad de elementos. Ya la modernidad kantiana había planteado esta complejidad, pero en la cultura ha quedado sólo el conocimiento disciplinario apartado de sus contextos. Sin embargo, ha surgido una cultura neoconstitucional que tratan de no olvidar la revolución epistémica que mira al derecho como una realidad social compleja y fluida, entre ellos Aguiló. Dichos neoconstitucionalistas tratan de reconstruir las prácticas sociales y encontrar el sentido de ellas.<sup>1</sup> Para entender la realización de esta meta, ha desarrollado un pensamiento básicamente dialéctico, en oposición al pensamiento formal y deductivo. Para poder entenderlo, he tratado de realizar en su pensamiento los saberes bioéticos, cibernéticos y ecológicos, que el autor no refiere, pero presupone como ha hecho la tradición, y que en general, no hemos atendido.

### I. La complejidad del discurso

Aguiló trabaja sobre la paradoja, por lo que distingue dos formas diferentes de interpretar la constitución. Por un lado nos describe la constitución normativismo como necesaria, pero por otro, nos describe la constitución del Estado constitucional, enlazada con los elementos contingentes como son los ideales constitucionales y la constitución rígida. Esto con la finalidad de llevarnos hacia el cambio de paradigma acerca del conocimiento simplificado en la noción normativista de la constitución y la definición estática del derecho, hacia la concepción de la constitución del Estado constitucional como inicio de la dialéctica, por lo que su definición se hace compleja

---

<sup>1</sup> Josep Aguiló Regla, "Positivismo y postpositivismo, Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras", *Doxa*, p. 10. [Publicación en línea].

pues no sólo es regla o condición de sanciones, sino principios o demandas de justicia. Esto añade a la noción de constitución cognoscible simplemente como reglas con sanciones, la posibilidad de conocerlo en su complejidad o su unión a los principios. Esto nos abre la posibilidad de abrir el conocimiento de ella y del derecho a la interpretación y argumentación racional. Kant ya había llevado a cabo esta tarea, en la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. El filósofo explicó que una buena voluntad obedece la norma categórica, por mero respeto a su universalidad formal. Sin embargo, el hombre común necesita un motivo subjetivo que es universal: la dignidad de la persona. Afirmó que “el ser racional representa su existencia orgánica como un fin valioso por sí mismo y no como un medio o herramienta de uso”.<sup>2</sup> Este valor incondicionado es la dignidad personal y constituye el contenido y límite de la validez normativa. Esto ya implica la consciencia de ciertos saberes del desarrollo orgánico, que hoy vemos como bioética. Sin embargo, las lecturas de la modernidad sobre el filósofo, privilegiaron el conocimiento disciplinario y simple del derecho, dejando fuera de su definición su enlace con el lenguaje simbólico que, es una parte de la evolución orgánica posible, aunque no necesaria. Por eso hoy surgen nuevas corrientes constitucionales que tratan de restablecer la conexión del conocimiento del derecho con los saberes de la existencia orgánica: ésta se manifiesta en la deliberación de historias, ya supuesta en la ilustración kantiana, pero dejada de lado por la simplificación disciplinaria, por lo que hoy se trata de poner en vigor el original proyecto de modernidad que aún no se ha realizado.

Aguiló aborda este problema conceptual a través de la teoría de las fuentes. Mira que las múltiples manifestaciones del derecho se entienden, explican y enseñan por referencia a normas. Sin embargo, nota que hay un desorden conceptual en relación con el conocimiento de las fuentes del derecho. Para explicar y definir esto, distingue entre el problema interno y el problema externo de las fuentes. “Desde el punto de vista interno el origen de las normas jurídicas es visto en las instituciones jurídicas que versan sobre la producción jurídica”.<sup>3</sup> Se estudian las fuentes como formas de producir normas válidas. En esta perspectiva, la constitución es una norma más, pues hay diferencias de grado pero no cualitativas entre ella y las leyes. Desde esta visión se puede construir una dogmática y su teoría general de la constitución.

Esta forma del normativismo de considerar las fuentes ha distorsionado la imagen del derecho. Esta distorsión constituye el problema externo de las fuentes del derecho. Si el conocimiento del derecho lo define como orden coactivo, puesto que así se ha observado en la historia pasada, tendremos un conocimiento del derecho interno descontextualizado de su ambiente; por tanto, la dinámica discursiva o dialéctica no es vista como principio dinámico y se simplifica. Por ello, Aguiló aborda el problema desde la teoría de las fuentes externas que limitan el conocimiento interno y desde allí recompone la imagen del derecho, elaborando una noción de constitución

<sup>2</sup> Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, p. 60.

<sup>3</sup> Josep Aguiló Regla, “Sobre la Constitución del Estado constitucional”, *Doxa*, p. 430, [Publicación en línea].

***Las fuentes y origen de las normas ha sido un tema recurrente en la determinación del conjunto de normas válidas, sin embargo, hoy esta teoría del origen de las normas institucionales o problema interno, se muestra impotente en el reconocimiento de las prácticas jurídicas.***

de Estado Constitucional como argumentación racional. Con esta complejidad del discurso, logra identificar las normas parte del sistema jurídico en el discurso, pues desde allí se miran sus límites internos. Esto no es nada nuevo, Kant en la Ilustración propugnó el “uso público de la razón”<sup>4</sup> como método de esclarecimiento de las mentes y posibilidad que, por dignidad pudieran limitar la validez de las leyes generales. Pero es necesario repetirlo, pues ha habido varias generaciones que cierran el conocimiento del derecho en las fuentes internas y se olvidan de la dignidad humana como el límite a la validez de obligaciones y prohibiciones. En

ese tenor, Aguiló transforma las fuentes externas del derecho, en fuentes internas, pues caracteriza a la constitución y el derecho en manera compleja y no mediante simplificaciones. Si la imagen que se va a delinear es de argumentación racional y debate de historias, se persigue la civilidad de costumbres y la educación de preferencias electorales. Ésta es la revolución epistemológica que muchos han emprendido, pero como aún no la hemos logrado, es necesario insistir en la explicación de lo que se trata.

Las fuentes y origen de las normas ha sido un tema recurrente en la determinación del conjunto de normas válidas, sin embargo, hoy esta teoría del origen de las normas institucionales o problema interno, se muestra impotente en el reconocimiento de las prácticas jurídicas. Es decir, las teorías simplificadoras no nos dan criterios para reconocer los elementos del derecho como parte de un sistema. El concepto estático del normativismo, como órdenes coactivos de la conducta, es insuficiente. Cuando el positivismo se cierra en las fuentes formales, distorsiona la imagen del derecho y su concepto, porque identifica el derecho, lo une y le da continuidad, de manera interna, pero se desliga de la realidad social que es el contexto. En ello, la teoría de las fuentes no es inocente.

Para solucionar este problema, Aguiló observa que las fuentes como problema externo constituyen la fijación de límites al conocimiento de la validez normativa, y las traslada y enlaza en el problema interno de las fuentes institucionales de creación jurídica: legislativa, ejecutiva y judicial. En cambio, el positivismo normativista ha resuelto el problema externo o de límites identificando las normas jurídicas válidas como órdenes coactivos y rechazando los límites a esto. Pero la experiencia dice que no toda norma es susceptible de ser usada en la resolución de casos jurídicos, sino sólo en algunos, por lo que acudir recursivamente a las fuentes institucionales

<sup>4</sup> Immanuel Kant, “Contestación a la pregunta ¿Qué es la ilustración?”, p. 26.

o internas, es una solución impotente para pacificar las costumbres. Como dicha concepción del positivismo normativista no produce gobernabilidad, ha acudido a la idea de norma última, suprema e independiente que determina criterios últimos y supremos e independientes de pertenencia de una norma al conjunto, para determinar el conocimiento del derecho. Pero, de todas maneras, la teoría de las fuentes internas no suministra los criterios últimos, supremos e independientes de pertenencia que desemboquen en una sociedad gobernable. Ante esta distorsión de la imagen del derecho, en el conocimiento de la constitución del Estado constitucional, se acude a la teoría de las fuentes como cuestión externa, como cultura deliberativa de historias, para redefinir los criterios últimos, supremos e independientes de pertenencia al conjunto de normas que es el Derecho, pues la idea de un conjunto de normas como unidad simple y estática del derecho no agota la imagen que de él tienen los juristas, cuando hacen demandas de justicia. “Todo jurista sabe que la solución de un caso jurídico no es la solución según la norma que da cobertura al caso, sino la solución según el derecho”.<sup>5</sup> Es decir, no sólo las órdenes con sanciones son derecho, sino también los principios de justicia.

Aguiló explica que la teoría de las fuentes está en el centro de la imagen del derecho. El normativismo las mira dentro de los procedimientos institucionales de enlazar sanciones, y estudia el régimen jurídico, básicamente como jerarquía de las normas. Pero ya no se puede sostener que la constitución sea sólo un conjunto de normas o una unidad estática. El problema de la continuidad y la dinamicidad del derecho, ha acompañado de manera recurrente la reconceptualización del derecho, pero nos ha llevado a hacer otras consideraciones alrededor de los estados de cosas que no son necesarias, sino contingentes.

Cuando el normativismo responde al problema externo de las fuentes remitiéndose a un concepto de derecho como orden interno basado en una norma última suprema e independiente, la Constitución es vista sólo como una fuente más, sin diferencias de grado con la ley. Paradójicamente, las constituciones con diferencias tanto de grado como cualitativas con las leyes, se convierten en el punto de conexión (pernio) entre el problema interno y el externo de las fuentes. Es decir, “la constitución opera como el puente entre la diversidad en la producción normativa, por un lado, y la identificación, unidad y permanencia del orden jurídico por el otro”.<sup>6</sup> Así, la constitución, de ser una pieza más, pasa a ser un fragmento central de la teoría del derecho y sobre ella se proyectan directamente muchas de las disputas respecto de la naturaleza conceptualización del derecho. Esto es así, pues esta diferencia entre la concepción normativista y concepción constitucional de la constitución, nos condiciona la interpretación de las normas. Es decir, según se entienda lo que es la constitución se derivarán diferentes modos de entender sus disposiciones y de realizar su interpretación. Esta idea coincide con la de Dworkin, quien también maneja un lenguaje complejo y supera las simplicidades, cuando se pregunta si el derecho

<sup>5</sup> Josep Aguiló Regla, “Sobre la Constitución...”, *op. cit.*, p. 433.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 434.

es un sistema cerrado de normas reglas, y, concluye que más bien es un conjunto reglas y principios. Dworkin llama 'principio' a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad, y llama "directriz" o "directriz política" al "tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado, generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad"<sup>7</sup> Aguiló, paralelamente, caracteriza como regla o norma a la descripción cerrada de un caso con "una solución normativa, y al principio, como demanda de justicia que dota de sentido a las reglas: nos permiten verlas como instrumentos para la promoción y protección de ciertos bienes jurídicos, y son resultado de una ponderación"<sup>8</sup> Observa también, las directrices, que estudia bajo los ideales de la constitución. Esto es el inicio de la dialéctica: a) la tesis de que la constitución es sólo un orden normativo regulativo necesariamente, b) la antítesis es su negación, impugnación o limitación, pues se abre a la ponderación de los principios para dar sentido social a las normas, c) la síntesis es dada en cada decisión, que puede ser un precedente de otras.

## II. Conocimiento complejo de la constitución del Estado constitucional y coexistencia con el conocimiento simplificado

Aguiló explica tres concepciones de constitución oponiendo las nociones de constitución necesaria y constitución contingente. La necesidad, dice Aguiló, será producto de exigencias metodológicas derivadas de una cierta manera de aprehender los fenómenos jurídicos y políticos, como es el normativismo que sólo conoce los órdenes con sanción y simplifica su conocimiento. Esta concepción de constitución es necesaria: así definimos el derecho según las notas comunes que ha presentado en el pasado. Este normativismo se puede desligar de las concepciones de la constitución formal y los ideales constitucionales, pues éstas dos últimas son contingentes: es decir, serán el producto de tomar en consideración, bien algunos hechos, bien algunas exigencias normativas y valorativas, y no sólo la validez deductiva de las leyes.

Aguiló caracteriza el normativismo, en las simplificaciones de la hipótesis fundamental de Kelsen y, sobre todo de la regla de reconocimiento de Hart. La constitución es para el normativismo "el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico político". Estos positivistas afirman que el derecho es un orden social de la conducta, por tanto, no es natural, sino un orden establecido o artificial. Además, afirman que si el derecho no es orden de la conducta estable, no es derecho. Sin embargo, se afirma que esta conducta social no es necesariamente moral, entendida como costumbres de identidad o ética o identidad, sino producto de amenazas. Aguiló afirma que el normativismo positivista confunde la emisión de juicios fácticos en

<sup>7</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 72.

<sup>8</sup> Josep Aguiló Regla, "Positivismo y...", *op. cit.*, p. 5.

términos de probabilidad de determinar conducta, con la posibilidad de dar lugar a juicios normativos en términos de conducta debida. Por eso “el positivismo normativista asume una estructura de razonamiento interno normativo recursivo que remite a la idea de norma última suprema o independiente del elemento fáctico que logra la efectividad del derecho”.<sup>9</sup>

Por eso, la idea de constitución del normativismo positivista ha operado como un conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico político. “Su ‘fundamentalidad’ proviene del hecho que a ellas se remiten para identificar, unificar y dar continuidad al Derecho, remitiendo recursivamente de unas normas a otras normas”.<sup>10</sup> Olvida, dice Aguiló, que la fundamentalidad de un orden constitucional es el logro de la gobernabilidad y estabilidad de costumbres. Aunque Kelsen dice que se entiende por constitución el principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de fuerzas políticas en el momento que se toma en consideración, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, lo que la define. Esto es ya una simplificación, que no logra asegurar a la constitución la mayor estabilidad posible; tal rompimiento provoca que se haga una diferenciación de las normas constitucionales en relación con las normas legales, pues las primeras se someten a un procedimiento agravado para hacer enmiendas, con relación a la creación o modificación de las leyes. De esta manera aparece la distinción entre la forma constitucional y la forma legal ordinaria. Pero el sentido de la forma o rigidez constitucional no es proteger la deliberación general de la ciudadanía y entonces pierde su sentido social y poder de formar gobernabilidad y paz.

La concepción de constitución normativista destaca su carácter de concepto necesario, pues todo sistema jurídico positivo existente y estable, cuenta con un conjunto de normas a las que se remite la identificación, unidad y continuidad del derecho, dado que el discurso jurídico, aunque sea diverso, se objetiva en normas. Sin embargo, dicho concepto de constitución opera *ex post*, es decir, una vez que ya se ha producido estabilización de las conductas jurídicas y políticas de una comunidad, se pueden hablar de la realización de expectativas. “Pero no se trata de interpretar la práctica social con el fin de llegar a determinar la norma o normas que permitan dar cuenta de la misma; más bien el derecho pretende ser el fuente de deberes genuinos”.<sup>11</sup> Y esto es lo que falta a la concepción normativista de la constitución, pues está desligada de la protección de la deliberación pública constituida por los ideales constitucionales. Sin embargo, Kelsen en *Sociedad y Naturaleza* sí presupone cierta cultura ciudadana y cierta concepción de la constitución compleja cuando presupone que la ciudadanía conoce y debate las tragedias de Edipo. En *Edipo Rey*, de Sófocles, el héroe comienza su tragedia anunciando que tiene la intención de sancionar la muerte de Layo de Tebas, a fin de librar a su país del

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 437.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 439.

desastre de la ingobernabilidad, una vez que se casa con su viuda Yocasta. De la justicia espera la salvación, pero no sabe a quién retribuir, puesto que no encuentra al culpable. Sólo el conocimiento de Tiresias, el vidente ciego, pone a Edipo sobre la pista. Sófocles trata de describir a Edipo como inocente, pero la ley Diké, que es el destino que se conforma a la retribución como venganza, dice que es el culpable de la muerte de Layo.<sup>12</sup> Aquí se ven dos concepciones de constitución y derecho: la concepción del tirano Creonte que dice: “El que mata debe morir”, que es una concepción necesaria y normativista. Y la concepción de Edipo, que defiende su inocencia pues aduciendo tanto la legítima defensa, como el hecho de haber ignorado que Layo era su padre. No es injusto sancionar a Edipo, pero no con la misma muerte. “El que mata, no siempre debe morir”. En Edipo ya hay una incipiente concepción compleja del derecho y la constitución: él mira que como ciudadano

***Y los académicos disciplinarios, solo han trabajado la teoría pura simplificada y alejada de la cultura, por lo que los jueces no consideran el contexto en la aplicación de las leyes, pues su noción de constitución y derecho está simplificada.***

es inocente, pero se sanciona como rey, al recordar que en su juventud, cuando escuchó rumores acerca de su condición de adoptado, no organizó el debate de historias en donde él como ciudadano se hubiera enterado de su situación en el mundo social y hubiera servido a cualquier ciudadano para civilizar sus impulsos y tener el poder de impugnar leyes impuestas con amenazas, debido al valor que cada ciudadano debe concederse a sí mismo como ser digno. Sin embargo, Kelsen supuso que esto era parte estable de una cultura y no enlazó estos saberes

a la concepción de constitución y derecho. Y los académicos disciplinarios, sólo han trabajado la teoría pura simplificada y alejada de la cultura, por lo que los jueces no consideran el contexto en la aplicación de las leyes, pues su noción de constitución y derecho está simplificada.

De esa manera hemos olvidado que “participar en una práctica social no es sólo reproducir la conducta, sino que tiene también un componente constructivo de la propia práctica”.<sup>13</sup> Edgar Morin dice que en las ciencias de la complejidad se supera la separación entre sujeto cognoscente y objeto del conocimiento: pues es el sujeto quien construye el conocimiento. “El conocimiento no es la acumulación de datos o de información, sino su organización”.<sup>14</sup> El sujeto está en el objeto que conoce, no está separado de dicho objeto, y el conocimiento de la organización constitucional comienza por la valoración de uno mismo como ser digno en donde la humanidad se identifica y toma consciencia de ser planetario en un mismo nicho ecológico. Es

<sup>12</sup> Hans Kelsen, *Sociedad y naturaleza*, p. 327.

<sup>13</sup> Josep Aguiló Regla, “Sobre la Constitución...”, *op. cit.*, p. 440.

<sup>14</sup> Edgar Morin, Emilio R. Ciurana y Raúl D. Motta, *Educación en la era planetaria*, p. 42.

esta concreción de nuestro mundo compartido lo que nos hace reflexionar sobre la validez de las normas formalmente válidas, para buscar “la coherencia material y valorativa con otras normas del sistema que sí son formales”.<sup>15</sup> Pero esta concepción depende de una noción bioética y ecológica, que las ciencias disciplinarias no proporcionan.

Por ello, el constitucionalismo dialéctico critica el concepto de constitución normativista como conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico político estable, pues ésta sólo es determinable después que se han desplegado las sanciones y por tanto, no se pueden inferir deberes genuinos. Tal concepto normativo de la constitución y del derecho cumple funciones explicativas, pero no normativas. Sin embargo, como hemos dicho, es necesario. No abandonamos esta concepción, pero si buscamos las concepciones de constitución contingentes que nos han sido ocultadas por la academia tradicional, para oponerlas como antítesis, que busca una solución al caso concreto de donde surgirá una síntesis. Aguiló entonces acude a las concepciones contingentes de constitución, como son; *a*) la forma constitucional y *b*) los ideales del constitucionalismo político. Estos dos conceptos de constitución son contingentes pues dependen de hechos que pueden ocurrir o no. Sólo cuando acontecen, la constitución normativa toma sentido social y la podemos llamar la constitución del Estado constitucional.

La primera o la idea de Constitución formal nos remiten a la noción de constitución rígida. Prosigue diciendo que “un sistema cuenta con forma constitucional si el conjunto de sus normas fundamentales se halla codificado; si el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario y, además, la constitución ocupa una jerarquía normativa superior a la ley dentro del sistema de fuentes”.<sup>16</sup> Resalta que la Constitución formal presupone necesariamente una acción deliberada, un momento decisional que plantea al interior del sistema político el problema de las relaciones entre poder constituyente y poder soberano. En este sentido, la constitución formal tiene un contenido mínimo que incluye el principio dinámico del sistema jurídico positivo de manera que la constitución crea las formas básicas de la acción política y jurídica (órganos y procedimientos), pues la acción política es institucional. Ello plantea, inevitablemente, en el interior de ese sistema político el problema de las relaciones entre poder constituyente (llamado a extinguirse) y poder soberano (permanente). El poder soberano es autodeterminación colectiva. Sin embargo, el poder constituyente no se extingue o deposita en “comisiones”, sino que se traslada al ciudadano y al razonamiento judicial, que impugnan leyes para acudir a ponderar principios constitucionales.

Al respecto, Habermas señala que la “opinión pública es la única base reconocida de la legitimación del dominio político: El Estado moderno presupone como principio de su propia verdad a la soberanía popular, y ésta, a su vez, tiene que estar

<sup>15</sup> Josep Aguiló Regla, “Positivismo y...”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>16</sup> Josep Aguiló Regla, “Sobre la Constitución...”, *op. cit.*, p. 443.

encarnada por la opinión pública.<sup>17</sup> Sin la ficción de la opinión pública como origen de toda autoridad de las decisiones obligatorias para todo el mundo (tomadas por las autoridades que nos representan), falta a la democracia moderna la sustancia de su propia verdad. Esto es precisamente de lo que carece una concepción normativista de la constitución y del derecho. Por ello fue posible en México, derogar los Artículos 6 y 7 de la constitución de 1917 que hablaban de que la manifestación de las ideas no sería objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, excepto por ataque a la moral o a derechos de un tercero, provocara algún delito o perturbara el orden público. Además hacía inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Estaba prohibida la censura, y la exigencia de fianza a autores o impresores, ni era posible coartar la libertad de imprenta cuyo único límite era el respeto a la vida privada, la moral y la paz pública. No era concebible secuestrar las imprentas que eran las tecnologías con que se contaba en 1917. Dicha Constitución tenía una cierta vocación deliberativa, y podía concebirse la concepción de constitución y derecho como compleja, pues garantizaba la educación ciudadana a partir de debatir historias. Pero la academia disciplinaria, no se ocupó de ese debate de historias que la Literatura nacional proporciona, ni mucho menos en darle sustancia a la historia nacional, haciendo en los hechos ciudadanos libres, pues saben las consecuencias de sus actos y opinan de la organización estatal desde esa libertad y responsabilidad que el ciudadano adquiere. La rigidez constitucional no protegió las disposiciones básicas de lograr una sociedad deliberativa y cohesionada, sino que sólo agravó procedimientos para enmiendas continuas y autoritarias. Incluso, como los saberes que nos muestran las concepciones contingentes como los ideales constitucionales, la forma rígida ha perdido su sentido social. La noción del conocimiento como causal y como imperativo categórico impuesto, ha sido la enseñanza de las academias y se ha suprimido el conocimiento complejo de la constitución y del derecho. Por eso, como hoy explica Aguiló, la constitución normativista que pretende cumplir funciones normativas *ex ante*, es decir, pretende fundar o refundar hacia el futuro la identificación, unidad y permanencia del sistema jurídico político, no lo logra. En vez de ello, produce individualismo, violencia, inseguridad, pobreza y devastación ecológica, entre otros costos sociales no dados a ver al ciudadano. Por ello, hoy vemos *ex post*, que la constitución no ha sido eficaz estabilizando conductas jurídicas en muchas comunidades, entre ellas, la nuestra. A la realización de la estabilidad social Tomas y Valiente la llama resistencia constitucional, y nos indica que el éxito de una constitución es el logro de su unidad y permanencia social. Sin embargo, una constitución es resistente cuando ha superado el primitivismo normativista e instaura la deliberación de historias para cohesionarse. Lo contrario de cohesión es la corrupción pues es ese estado de disgregación de elementos, de individualización y de necesidad que propicia la violencia. Tácito afirma que “cuando es más corrupto el Estado, hay más leyes”.<sup>18</sup> No son raros los estados en donde no

---

<sup>17</sup> Jürgen Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, p. 262.

<sup>18</sup> Citado en Ernesto Villanueva, “Diez ofensas a la inteligencia”, p. 50.

sólo proliferan las leyes que han de parchar los defectos y riesgos que crea la omisión de la dialéctica o deliberación pública; incluso la constitución se desarrolla en el sentido de regular casos y situaciones concretas, no con la educación al dialogo, sino por poder a institutos, fiscalías y comisiones. De esta manera una constitución no consigue la estabilidad de costumbres como paz y gobernabilidad, sino por la “magia” de la represión.

La otra fuente de contingencia, además de la rigidez, es la constitución del constitucionalismo que plantea los ideales emancipatorios. Para explicarla, Aguiló se refiere a la Declaración francesa de los Derechos Humanos, que en su artículo 16 dice: “Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una constitución”. No podemos entender el constitucionalismo político si no lo vemos como una ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los derechos de los hombres y de los ciudadanos. En este sentido, “la constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política, o erradicación de los males más característicos de las dominaciones, como son la arbitrariedad, el autoritarismo, la exclusión política y social”.<sup>19</sup> Se sirve de la idealidad tanto del Estado de Derecho, del Estado liberal y del Estado democrático y social, para configurar las condiciones de validez normativa, pues con ellas se tiende a superar los males sociales.<sup>20</sup>

Sin embargo, no todos los sistemas políticos satisfacen dichos ideales, o sea, no todos cuentan con una ideología constitucional. Tener estos ideales es contingente. Sin ellos, frecuentemente hay confusión para distinguir cuando la acción y decisión es legítima y cuando no lo es. La educación disciplinaria concibe a la constitución simplificada y la hace normativa, por lo tanto, como los ideales no se pueden “verificar empíricamente” los suprime del contexto jurídico.

Sin embargo, Aguiló enlaza estos ideales del constitucionalismo con la constitución formal, aunque hay constituciones formales que no cumplen estos ideales. Afirma que sólo podremos transitar a una constitución dialéctica, cuando el sistema jurídico político cuente con la forma constitucional para garantizar la realización de dichos ideales, es decir, cuando esos ideales son practicados. Por eso, el constitucionalismo como ideología política ha propugnado darse una constitución rígida o formal, que garantice la práctica de esos ideales y no desconozca y se desenlace del contenido mínimo que incorpore un principio dinámico del sistema jurídico político, creando las formas básicas de la acción jurídica y política (división de poderes, derechos y libertades), acciones que son también institucionales. Para ello, aclara que la constitución formal no sólo crea cosas, sino que también reconoce valores que merecen ser protegidos y promovidos y que son límites a las leyes. Valores tales como

<sup>19</sup> Josep Aguiló Regla, “Sobre la Constitución...”, *op. cit.*, p. 444.

<sup>20</sup> En mi texto sobre *Derecho y literatura en el pensamiento kelseniano*, publicado por la UAM en el 2013, señalé que, entre otros males que las dominaciones hacen surgir, está la violencia, la inseguridad o inestabilidad de costumbres, la pobreza e ignorancia como exclusiones, incluso la devastación ecológica, pues no surge el sentimiento de que nuestra existencia orgánica vale o es digna [...]

la dignidad, la igualdad, la seguridad, el pluralismo político, la diversidad cultural, la salud pública, la soberanía popular, etcétera. Todos estos valores y estados de cosas no son “cosas” creadas por la constitución, sino reconocidas como valiosas por ella. Cosa que también en Kant ya se perfilaba cuando aclara que es en la sociedad civil que conoce moralmente, de donde surge el imperativo moral de “organizarse en un estado de derecho público” que preserva y potencia dichos valores.<sup>21</sup> No se trata de justificar un jusnaturalismo que afirma su existencia en otra dimensión, digo con Aguiló, ni se trata de fortalecer el positivismo simplificador que afirma que estos valores y metas son creadas por las normas positivas, sino que se trata de interpretar la constitución distinguiendo cuáles son acciones racionales con arreglo a fines o valores sociales, no creados por constitución sino susceptibles de ser reconocidos en la tradiciones pasadas vistas en la misma constitución. Para discutir sobre valores, se hace necesario la autoobservación: si no nos representamos la imagen de una existencia orgánica como valor en sí mismo, será difícil reconocer los valores sociales, por lo que ciertos conocimientos mínimos sobre bioética se hacen necesarios. Kant afirmó que el valor supremo es la dignidad de la persona; pero hoy en la academia el conocimiento de la existencia orgánica de cada uno se ha olvidado: pocos tienen la noción del significado de la dignidad. Por ello, es necesario introducir los saberes de la contingencia como son la teoría de la evolución o bioética, cibernética y ecología, que están interrelacionados entre sí. El término bioética fue introducido por Van Renselaer Potter, un bioquímico con preocupaciones humanistas, quien escribió: “La humanidad necesita urgentemente una nueva sabiduría que le proporcione el ‘conocimiento de cómo usar el conocimiento’ para la supervivencia del hombre y la mejoría de su calidad de la vida”.<sup>22</sup> La sociedad civil planetaria se unirá a partir de sentir el valor de su organismo, que en debate de historias, logra ver los males sociales de las dominaciones y cambia, para impugnar normas de tiranos, cuando habrá verificado la revolución epistemológica que es básicamente interdisciplinaria y compleja. Sólo en esta situación, “estos fines y valores pueden ser un elemento de crítica y valoración de la conducta política efectiva realizada según las formas de acción política creada por la constitución”.<sup>23</sup> Se trata, con la forma constitucional, de fundar o refundar la unidad de una comunidad asegurando, frente a la política ordinaria, ciertas formas de acción política y criterios de legitimidad de las mismas, que incluyen las fuentes externas que comienzan con la dignidad personal y la identificación en ella, para adquirir el poder de impugnar. En esto consiste la educación por competencias discursivas que tan mal se ha entendido, cuando se la trata como conocimiento disciplinario.

Dentro del constitucionalismo como ideología, prosigue Aguiló, se pueden distinguir dos grupos de concepciones relativas a cómo hacer efectivos esos valores y fines, y cómo garantizarlos: a) los escépticos piensan que la eficacia de la constitución depende de un diseño correcto de las formas de acción jurídico política,

<sup>21</sup> Immanuel Kant, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, p. 44.

<sup>22</sup> Arnoldo Kraus y Ruy Pérez Tamayo, *Diccionario incompleto de bioética*, p. 25.

<sup>23</sup> Josep Aguiló Regla, “Sobre la Constitución...”, *op. cit.*, p. 448.

por lo que enfatizan la dimensión constitutiva de la constitución; b) frente a estas corrientes hay quien piensa que la eficacia de la constitución surge más bien por la traducción de valores y fines en deberes, por lo que hacen énfasis en la dimensión regulativa de la constitución. Sin embargo, alrededor de ambas posiciones, siempre está presente la prioridad de los valores y fines sobre los derechos, pues han de observarse los deberes como una conexión justificativa con los valores y fines. Es decir, no se puede prescindir de ninguna de las dos perspectivas, aunque haya una tendencia a ver sólo la primero. Notamos que los jueces no son independientes sólo porque se autogobiernan, sean inamovibles, se les limite la asociación política o por tener altas remuneraciones; esto sólo tiende a defender al juez de las injerencias de diferentes poderes sociales. Como “el deber de independencia de los jueces tiene como correlato el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho y no desde parámetros extrajurídicos provenientes del sistema social”,<sup>24</sup> los jueces deben tener un conocimiento complejo de lo que es la constitución y el derecho, para decidir conforme a las razones que el derecho les proporciona. Por lo que el principio de independencia es un deber del juez que se traduce en la exigibilidad de ciertas actitudes, con independencia del marco institucional en el que se realice su finalidad. Aunque el diseño constitucional tiende a proteger a los jueces de influencias extrañas, no los hace independientes, si continúan conociendo la constitución y el derecho en manera normativa y simplificadora. De esa manera se infiere que independiente es el juez que aplica el derecho por las razones que el derecho le proporciona y las exigencias normativas derivadas del principio de independencia son el ejercicio de la argumentación racional o dialéctica. Es decir, el deber de independencia exige justificación de las decisiones, más que subsunción a reglas y deducción a partir de ellas. Kelsen insistió mucho en que la creación de sentencias no es producto de una inferencia deductiva, sino de una reflexión, pero no ha sido comprendida la reflexión por la academia disciplinaria y simplificadora. Refiere que “la norma superior puede determinar el contenido de la norma inferior, pero no en forma completa, dado que no puede regular en todos sus detalles el acto por el cual debe ser aplicada”.<sup>25</sup> Es decir, no hay una deducción de norma superior en la creación de la norma inferior, sino que es producto de una reflexión del juez que debe hacer posible que el derecho funcione produciendo paz y gobernanza. Nota Aguiló que nos equivocamos cuando consideramos los poderes de los jueces y nos abstraemos de sus deberes. No podemos seguir viendo las razones que justifican sus decisiones, sólo con referencia a las leyes de mayor jerarquía, pues éstas han dejado de ser creíbles, por lo tanto, hemos de considerar la validez material de las decisiones, y no sólo la validez formal deductiva. “Como la idea de imparcialidad remite a decisiones comprometidas con ciertos criterios de corrección sustantivas, la imparcialidad no puede ser un criterio de mera formalidad procesal”.<sup>26</sup> Para superar el modelo normativo y simplificador, se hace

<sup>24</sup> Josep Aguiló Regla, “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía*, p. 74, [Publicación en línea].

<sup>25</sup> Arnoldo Kraus y Ruy Pérez Tamayo, *op. cit.*, p. 61.

<sup>26</sup> Josep Aguiló Regla, “Independencia e imparcialidad...”, *op. cit.*, p. 78.

necesario introducir una lógica informal, difusa o no monotónica, que considere la derrotabilidad de las normas. Vemos entonces que es bajo el modelo de la constitución del Estado constitucional, donde el principio de independencia judicial se llena de significación, pues las normas deben tomar su sentido de los principios constitucionales que comienzan con la dignidad de la persona y la libre expresión, origen y sentido a las demandas de justicia. No podemos pasar por alto la exigibilidad de ciertas actitudes del juez, con independencia de diseño del marco institucional. La cultura de las virtudes de los jueces y su responsabilidad por la gobernabilidad ciudadana sólo es exigible cuando hay una ciudadanía organizada para deliberar y ser dialéctica.

Alchurrón y Buligyn, según refiere Atienza distinguen entre principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito y principios en el contexto del sistema secundario o sistema juez y, en general, de los órganos jurídicos. Son principios dirigidos a guiar la conducta de la gente que no consiste en el ejercicio de poderes normativos. Es decir, son las demandas de justicia de la ciudadanía, con la cual regulan y organizan la comunidad.

Hay sin duda, principios cuya virtualidad se limita a guiar el ejercicio de poderes normativos pero no principios que guíen sólo conductas no normativas: todos los principios de los que puede predicarse que guían la conducta no normativa de los destinatarios de las normas jurídicas en general, guían también la conducta normativa de, al menos, de los órganos de aplicación.<sup>27</sup>

Pero esto sólo ocurre en un ambiente dialéctico en la ciudadanía, donde los ideales del constitucionalismo son enlazados al conocimiento de la constitución y del derecho, pues son estos principios primarios quienes los que posibilitan la crítica a los jueces que consideran a la constitución normativista; o bien el apoyo a aquellos jueces que tienen una concepción de la complejidad de la constitución del Estado constitucional. Sin esta opinión pública racional no hay poder que limite la actuación de los jueces, pues no hay órgano superior a una Corte Suprema, ni hay tampoco quien los apoye. El cuarto poder es la ciudadanía organizada para deliberar sobre la historia que quiere superar y la historia que quiere fundar, es una ciudadanía dialéctica que da contenido a sus normas universales o las impugna [...] Pero en la visión simplificada, normativa o estática, el cuarto poder ha sido significado por la tecnología de la imprenta, desapareciendo como ciudadanía, cuando dicho poder no es más que la ciudadanía que hasta hace un siglo, sólo contaba con imprentas[...] Por esto se hace necesario estudiar en las universidades los nuevos saberes de la Teoría de la evolución (bioética), cibernética y ecología, para dar el poder a la ciudadanía que debe aprender cuándo son buenas historias las que mira, y cuál es la historia de progreso que su nación ha debido recorrer. Es necesario aprender a interpretar las historias e impugnar cuando estamos bajo un normativismo tirano. Sin embargo, la academia

---

<sup>27</sup> Manuel Atienza y José Luis Manero, *Sobre principios y reglas*, p. 106.

ante el advenimiento de los juicios orales, no ha mirado la cultura constitucional ni estudiado nuevos saberes de la contingencia, sino que está procediendo a dar un repaso a sus disciplinas consolidando la simplificación del conocimiento[...] cuando sólo en deliberación y dialéctica dentro de la misma academia se hace posible acceder al conocimiento complejo y dinámico en el que la función del derecho es la paz y gobernanza, que erradican otros costos sociales. Sólo así, la función constitutiva del diseño correcto, como la de los fines regulativos, tienen sentido social. Por esto, se hace necesario seguir estudiando y repitiendo esto, que no es nuevo. Sin embargo, si habría algo nuevo: la comprensión y ejercicio interdisciplinario o complejo del conocimiento al cual la academia mexicana no ha llegado aún.

### **III. De la razón formal a la razón dialéctica y argumentativa: internalización de las fuentes del derecho**

Hemos visto que se habla de Estados constitucionales cuando su sistema jurídico incluye las fuentes externas o límites, a las fuentes internas u origen institucional de las normas. Como el modelo de las reglas y los principios cuenta con una constitución rígida o formal, o sea, diferenciada de la forma legal ordinaria, esta “supra-legalidad de la constitución formal implica, por tanto, una ampliación de la doctrina de las fuentes”,<sup>28</sup> entonces dicha constitución formal responde a las pretensiones

*Hemos visto que se habla  
de Estados constitucionales  
cuando su sistema jurídico  
incluye las fuentes externas o  
límites, a las fuentes internas  
u origen institucional de las  
normas.*

normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos; “es decir, asume los valores y fines del constitucionalismo como ideología”.<sup>29</sup> En este sentido, la constitución formal del Estado constitucional no puede incorporar sólo el principio dinámico del Estado como declaración, sino que debe hacerlo posible desde el ejercicio del poder político institucionalizado desde ciertos valores y fines asumidos. Se trata entonces, de constituciones tanto constitutivas como regulativas. Como la asunción ideológica del constitucionalismo como ideal presupone la consideración de que los valores son anteriores a las formas de acción jurídica y política constituidas por la Constitución y los fines externos a las normas, entonces el uso de la constitución como fuente del derecho tiene que reflejar dicha prioridad axiológica y justificativa. Ya no se hablará de lagunas de leyes, como cuando el normativista no encuentra sanciones para considerar una disposición

<sup>28</sup> Josep Aguiló Regla, “Sobre la Constitución...”, *op. cit.*, p. 451.

<sup>29</sup> *Idem.*

constitucional o jurídica, pues la discreción de los jueces no se reduce a la libertad dentro de los límites normativos, sino de lagunas axiológicas, que el juez colmará discrecionalmente, con una libertad consciente de su responsabilidad por la gobernabilidad y paz ciudadana. En esta labor toma sentido la introducción de los nuevos saberes en la cultura constitucional. Así, ya no tendrá sentido distinguir entre casos regulados y no regulados, sino más bien, “entre casos fáciles y casos difíciles”.<sup>30</sup>

La prioridad de reconstruir las prácticas que constituyen el tejido y la cohesión social se plasmarán mediante la dialéctica, por la cual los juicios normativos internos, los juicios de validez de obligaciones y las operaciones del método, implican una reflexión del contexto en donde actúa el ciudadano, para examinar en cada caso si se han concretizado los derechos humanos y libertades ciudadanas; y decidir si valen las obligaciones y prohibiciones, o si más bien, se justifican las excepciones. Es decir, para hablar del Estado constitucional la constitución formal tiene que ser positiva: no es en balde que Aguiló internaliza las fuentes externas y expande la visión de los elementos del derecho, pues ha incluido los principios a las normas constitucionales y ha posibilitado la interpretación de la constitución, de manera que se pueden impugnar leyes tanto por la incorrección de sus procedimiento formal, como por la incorrección de su ámbito material. Mirar al derecho de manera compleja permite ver a la Constitución operando como el punto de conexión entre dos modelos que exponen dos maneras de conectar los puntos de vista interno y externo de las fuentes. Ello “otorgará a los derechos constitutivos una fuerza expansiva fundamental en la determinación del contenido del orden jurídico”.<sup>31</sup> Se producirá un cambio teórico cuando dejemos de “interpretar derechos y principios constitucionales como exigencias que centralmente imponen límites negativos a la acción política y jurídica; para pasar a verlos como el contenido propio de la acción política y jurídica legítimas”.<sup>32</sup>

Las normas constitucionales regularán no sólo las relaciones de los ciudadanos con el Estado, sino también las relaciones entre ciudadanos. El contenido del orden jurídico legítimo ya no resultará explicable en términos de respeto a límites y discrecionalidad dentro de esos límites, sino en términos de una “concreción de derechos a partir de una razonable ponderación de bienes y principios constitucionales; de forma que dicha discrecionalidad de los jueces ya no podrá interpretarse ya como ausencia de guía normativa, sino más bien como ese tipo específico de deberes que denominamos “responsabilidades judiciales”.<sup>33</sup> Las constituciones de estados constitucionales “suministran criterios de interpretación y aplicación de las constituciones”.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Josep Aguiló Regla, “Positivismo y...”, *op. cit.*, p. 9.

<sup>31</sup> Josep Aguiló Regla, “Sobre la Constitución...”, *op. cit.*, p. 454.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 453.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 455.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 453.

Como estos modelos, en los cuales se está dando el cambio, no responden a rasgos estructurales del sistema constitucional, sino a los rasgos de la cultura jurídica predominante, se hace necesario cultivar el debate público de historias y la formación de opinión pública razonable. Así como se hace necesario superar una concepción de la razón reducida a la visión causalista y universalista, para conocer los saberes de la contingencia. Lo que ha entrado en crisis fue más bien la imagen autoritativa del derecho que han enfatizado la oposición de los procesos de creación y aplicación del derecho, cuando no hay oposición, sino realización y expansión de los principios y derechos constitucionales.

## IV. La resistencia constitucional

Según Tomás y Valiente, la “resistencia constitucional” es una especie de “precipitado” en el que acaban depositándose las intuiciones de mucha gente a propósito del acierto en el diseño de las instituciones constitucionales. La resistencia constitucional, dice el autor, surge del carácter abierto y dinámico (dialéctico) que cabe atribuirle a la constitución, es un *desiderátum* (objetivo) que resulta compatible con diseños y estructuras constitucionales diferentes entre sí. Son una función que “relaciona el grado de rigidez con el grado de apertura constitucionales redefinidos de un cierto modo”.<sup>35</sup>

Esta intuición no es algo nuevo tampoco, sino que se ha perdido en la modernidad y su epistemología simplificadora. Fernández de Lizardi tuvo intuición de dicha resistencia, por lo que no se redujo a la publicación en los periódicos, sino que hizo novelas o historias que muestran la historia tiránica que hay que superar criticando costumbres y la historia futura del que delibera en la dialéctica de una novela y aprende a impugnar leyes y burlarse de jueces que no son independientes ni imparciales, en su función de crear paz y gobernanza como responsabilidad.<sup>36</sup> No sólo el autor de *El Periquillo Sarniento* tuvo esta intuición, sino también Ignacio Manuel Altamirano, Ignacio Ramírez “El Nigromante”, Victoriano Salado Álvarez, Juan Rulfo, Vicente Leñero, fueron periodistas que, al mirar lo reducido de los periódicos para ejercitar la dialéctica, acudieron a la escritura de historias de la literatura nacional. Sin embargo, el conocimiento disciplinario ha eliminado dicha intuición, y las escuelas de comunicación, han eliminado la lógica jurídica no monotónica. Se requiere una educación incluyente de los nuevos saberes que es interdisciplinaria y compleja.

<sup>35</sup> Josep Aguiló Regla, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Doxa*, p. 289, [Publicación en línea].

<sup>36</sup> María del Carmen Ruiz Castañeda, en la “Introducción” a *La Quijotita y su prima* de Joaquín Fernández de Lizardi, señala que éste hizo novelas pues: “Las enseñanzas penetran más seguramente en el pueblo, por vía de la imaginación que por la lógica: de ahí la idoneidad de la novela como instrumento didáctico”, p. VII.

Habermas nos dice que el Estado constitucional es concebido como un orden político establecido voluntariamente por el consentimiento de la gente, de tal manera que se auto comprenden como autores de la ley. “La conciencia de pertenecer a la misma nación hizo que la gente distante se sintiera políticamente responsable por los demás”.<sup>37</sup> Sin embargo, la concepción de la constitución normativa, no ha sido dialéctica, sino deductiva. El conocimiento disciplinario y simplificador nos ha cegado a la manifestación de la vida y los derechos de las personas, y ha dado lugar al surgimiento de los males de las dominaciones: arbitrariedad, violencia, exclusiones económicas, políticas, sociales, jurídicas que hoy conforman grupos vulnerables.

Alternativamente, la constitución del Estado Constitucional, la constitución normativa o necesaria, se enlaza con la Constitución del constitucionalismo ideal y la forma constitucional. Esto porque los ideales del constitucionalismo sitúan el reconocimiento de los derechos al frente de la legitimidad del sistema jurídico político. La dignidad, la libre expresión, la distribución de bienes, son la materia de dichos ideales que recurren a la forma constitucional —entendida como opuesta a la forma legal ordinaria— como garantía de que se desarrolle ese papel atribuido a los derechos: la posibilidad de ser expansivos para lograr la estabilidad social y una Constitución que resiste, pues logra los objetivos emancipatorios.

El Estado de derecho, entendido como gobierno de las leyes, implica una relación de sujeción pero sólo a la voluntad del soberano expresada en normas generales; y ello se traduce en un conjunto de derechos destinados a erradicar la arbitrariedad en esa relación. El componente liberal del constitucionalismo puede explicarse en términos de la transformación de la relación entre un soberano omnipotente y un súbdito sujeto en la relación entre un soberano competente-incompetente y un ciudadano sujeto-inmune, pues los derechos de libertad generan esferas de inmunidad y, por tanto también, de incompetencia. Además, su componente democrático y social puede verse como la transformación de la relación parte-todo (soberano-comunidad) que implica la acción política, pues la relación entre representados y excluidos se transforma en la oposición entre mayorías y minorías. Esta transformación se traduce en el reconocimiento de los derechos de participación política y de igualdad. Pero esto sólo sucede con la concepción compleja de la constitución, que es básicamente deliberativa, y se interpreta no sólo como conjunto de normas, sino conjunto de reglas y principios como demandas de justicia y derechos.

Aguiló asume que dentro de la literatura del constitucionalismo, se exponen un sinfín de pares de opuestos: gobierno de los muertos frente a gobierno de los vivos. Insiste en que todos los fenómenos políticos pueden ser *analizados ex parte principis o ex parte populi*. Ello significa: Las cosas se ven diferentes si se miran desde la perspectiva de quien tiene poder político que si se miran desde la perspectiva de quien está sometido al poder político. Entre ambas perspectivas media una suerte de oposición dialéctica que hace difícil (si no imposible) su armonización total.

---

<sup>37</sup> Jürgen Habermas, “El Estado nación europeo: sus logros y sus límites”, *Alegatos*, p. 527.

O sea, los pares dicotómicos del constitucionalismo son susceptibles de ser interpretados en términos de manifestaciones diferentes de dos contradicciones propias de toda relación política: *a*) formulada en términos verticales: es la oposición entre la obligación política (la sujeción) y los límites a la misma (la inmunidad); *b*) formulada en términos horizontales o dinámicos, es la oposición entre la estabilización de las conductas políticas y jurídicas (de las expectativas) y el cambio de las mismas.<sup>38</sup>

Frente al gobierno de las leyes o normativismo que se perfila excluyente de los principios o demandas de justicia, el constitucionalismo sitúa el “reconocimiento” de los derechos al frente de la legitimidad de un sistema político y jurídico. Ello confiere a los derechos un papel central de fundamentación o justificación, pues sirven para establecer bajo qué condiciones el individuo de una comunidad política está obligado a obedecer (cumplir) las normas que esa misma comunidad se ha dado o reconocido. Sin las condiciones que suelen ser la realización de los ideales constitucionales, los jueces no pueden estar obligados a sancionar, sino que deben otorgar permisos o excepciones a las normas generales. De esa manera, el poder político fundado en los derechos y principios es poder político legítimo. Derechos y principios sirven también para fundamentar los límites del poder político. Este doble papel de fundamentación que los derechos generan en el interior del mismo es una suerte de tensión ineliminable, y no son otra cosa que una especificación del *ex parte principis*, y del *ex parte populi*.

Ningún diseño constitucional que se adopte, afirma Aguiló, elimina la necesidad de recurrir a conceptos dialécticos que apuntan a síntesis inestables: ponderación, equilibrio, etcétera. La síntesis armónica entre quienes se dieron una constitución (los muertos) y quienes están sometidos a ella (los vivos) suele expresarse en la idea de “continuidad de una práctica” a partir de la dialéctica y argumentación razonable que permita eliminar los términos indeseables del sometimiento al pasado y de la ausencia de garantía de los derechos (práctica de estabilización de expectativas de conducta relativas a derechos). En este contexto, la “resistencia constitucional” significa adaptabilidad al cambio haciendo innecesaria la reforma. La constitución que crea el cuarto poder como cohesión social dialéctica, logra que cada ciudadano pueda hacer su proyecto de vida pues hay entendimiento y respeto a la dignidad personal, mediante la libre expresión de historias. En este sentido se puede decir que la constitución es como un mapa, que sirve al ciudadano para indicarle las vías en donde logrará su proyecto de vida. Cosa que no es posible bajo la concepción simplificada del normativismo. Más bien la constitución resistente tiene una clara vocación normativa y/o regulativa en la que desempeña un papel central la positivización de valores y principios constitucionales. Sólo en la cultura constitucional podremos ver la contradicción intrínseca entre constitución rígida y una continua revisión constitucional, como ha sucedido en México. Por eso, hoy podemos plantear un conflicto del poder constituyente (llamado a extinguirse) y el soberano que se ha extinguido como poder de decisión de la ciudadanía y más bien, a tal poder se le ha criminalizado por poderes institucionales que han roto con las fuentes externas dialécticas.

<sup>38</sup> Josep Aguiló Regla, “Sobre el constitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 292.

Si se protegen las normas constitucionales porque son el producto de una decisión con sentido, que busca la permanencia en el futuro, la dinámica del cambio se dará en las leyes. El código pretende ser instancia última, es decir, se interpreta como un todo dotado de sentido, pero esto no “es algo que se siga del propio código y es un problema ineliminable para cualquier concepción constitucional”.<sup>39</sup> El código opera como un criterio formal de reconocimiento de lo que es fundamental en esa comunidad. Ello hace que para el constitucionalismo como ideología se plantee inevitablemente la cuestión de qué es esencial en una constitución, porque es obvio que los criterios formales de constitucionalidad (fundamentalidad) pueden resultar sobreincluyentes o infraincluyentes. Se busca una coherencia material y de sentido, limitando la validez de normas y acudiendo directamente a los principios constitucionales, para evitar “los contenidos espurios y genuinos de la constitución”.<sup>40</sup> En este sentido, la constitución necesita abordar la cuestión de qué hacer con los contenidos que están recogidos en la forma y no deberían estar en una constitución emancipadora, como han sido las últimas enmiendas constitucionales, culminando con las de Enrique Peña Nieto.

Si la función ineludible de la constitución formal es fundar o refundar la unidad de una comunidad política, entonces parece que en el proceso de redacción y aprobación de una constitución deben primar la negociación y la argumentación sobre el voto. El ideal es el consenso y el pacto, ello no excluye el voto, pero “la función ideal de ese voto no es tanto el de formar una mayoría que pueda imponerse, cuanto el de mostrar plásticamente la unanimidad alcanzada”.<sup>41</sup> El núcleo central de la discusión constitucional tiene que girar en torno a la corrección de los criterios de legitimidad que se incorporan a la constitución y el procedimiento idóneo es la argumentación racional.<sup>42</sup>

El constitucionalismo como ideología de los derechos debe funcionar con criterios materiales de coherencia, que los principios constitucionales pueden proporcionar. Sólo así se superarán los particularismos constitucionales que suelen ser sólo manifestaciones del poder de negociación y que no pueden primar sobre los aspectos relacionales e imparciales de la constitución del constitucionalismo que tiene una clara vocación universalista, racional e imparcial.

Ser partidario de la constitución del Estado constitucional es ser partidario de una constitución que requiere desarrollo adecuado y que, por tanto, supone que el resto del orden jurídico es una concreción, una determinación de las guías constitucionales, no sujetas a la posibilidad de ser prohibidas, si se adecuan a los ideales constitucionales. Cuando se es partidario de una Constitución cerrada, de una constitución que requiere sólo ejecución o aplicación, los derechos y principios constitucionales, llegan a ser una ideología como alienación, pues no es posible expandirlos para gozarlos.

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>40</sup> *Idem*.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 299.

<sup>42</sup> *Idem*.

En cualquier caso, parece haber una cierta conexión entre, por un lado, constitución abierta, desarrollo constitucional de las fuentes dialécticas e imprecisión constitucional, y, por otro, constitución cerrada, aplicación de la constitución y precisión constitucional, pues la forma protege estos procedimientos dialécticos. Esos pares parecen poner en dificultades la posibilidad de una constitución regulativa vía normas, pues no hay expansión de los derechos y libertades, al no haber un despliegue dialéctico: la ciudadanía es excluida y no encuentra motivos para ser gobernable.

Kelsen, en su noción normativa de constitución, sostuvo que la operatividad regulativa de una constitución era directamente dependiente de la claridad de sus mandatos. Sin embargo, la resistencia constitucional está vinculada con la constitución abierta y ello obliga a enfrentar el reto del carácter regulativo de los estándares imprecisos. Hay dos causas de imprecisión de los textos normativos. Se refiere Aguiló a la presencia masiva en las constituciones de los llamados conceptos valorativos, polémicos y, por otro, a los conflictos entre estándares constitucionales, o sea, entre principios constitucionales.

Marisa Iglesias que ha caracterizado los conceptos centralmente contestados a partir de las cuatro notas siguientes:

Son conceptos valorativos, sirven para asignar y negar valor a acciones y estados de cosas; no pueden usarse sin formular una teoría o una concepción de los mismos, no cabe extraer consecuencias normativas de esos conceptos sin articular una concepción porque nunca operan aisladamente —unos remiten a otros— y hay que establecer prioridades entre sus propiedades, son argumentativos, presuponen un cierto contexto discursivo en el que la palabra y la persuasión son el medio y el fin centrales; y finalmente, nadie renuncia a su uso y, en consecuencia, nadie aceptaría una estipulación de significado como forma de zanjar una disputa a propósito de ellos”.<sup>43</sup>

Sin embargo, Kelsen recomendaba no incluir en el texto constitucional conceptos como el de justicia, libertad o igualdad. Asimismo, aconsejaba una redacción precisa en todas aquellas cláusulas relativas a derechos fundamentales. Dichos conceptos presupuso Kelsen, se habían afianzado en la cultura. Pero esta no era una verdad universal, sino contingente. Es decir, se realizará sólo si hay quien ponga las condiciones para la deliberación de historias, de manera que sea posible mirar con transparencia los costos sociales de quedar significados por un tirano normativista y transformarnos a ciudadanía civil del planeta. La libertad, entonces, es la capacidad de hacer decisiones sabiendo las consecuencias de los propios actos. Sólo así una persona puede responsabilizarse de sus acciones y puede tomar decisiones eficaces para lograr la estabilidad social que conserva un futuro común. Es decir, las opiniones son racionales y las creencias justificables.

---

<sup>43</sup> Marisa Iglesias Vila, *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*.

En las historias afirmamos o negamos valor a las acciones, elaboramos una teoría o mirada articulando una concepción, porque nunca operan aisladamente, sino que están interconectados a la complejidad de los procesos, y esta posibilidad de ver la paradoja entre lo simple, los ciudadanos simplificados y la complejidad, nos deja ver las diversas propiedades que adquieren, y la posibilidad de argumentar, pues suponen la organización de los ideales constitucionales a través de la comunicación transformadora y la distribución de bienes. Sólo debatiendo historias instauraremos la dinámica o dialéctica que organiza y da cohesión a la sociedad civil cosmopolita. Esta es una idea kantiana, que siempre debemos recordar en sus diversas versiones, pues no está dicho con necesidad que la cultura sea algo estable, como supuso Kelsen. Si alguna vez los estados llamados subdesarrollados en sentido económico no contaban con esa teoría del discurso acerca de las historias, como en Europa hubo la tradición de la literatura clásica, era difícil dejar de ser simplificados. Sin embargo, la modernidad disciplinaria y la comunicación en manos del capital, han hecho olvidar esto, la cultura hoy es del capital que se apropia de las tecnologías comunicativas y aliena: mediante la ideología de las ciencias universales, esconde la derrotabilidad de las leyes, acaba acudiendo a medidas seductoras o represivas para establecer la manipulación de ciudadanos y la creación de marginaciones. Por eso, debemos repetirlo en la educación y manifestar el sentido que se conserva en las generaciones.

Se hace necesaria una revolución epistemológica para rememorar las voces edíficantes de las tradiciones. Los saberes olvidados, pero hoy presentes en su teorización nos hablan de la evolución a partir del lenguaje simbólico o dialéctica de la deliberación de historias. En los tiempos del normativismo simplificador, es necesario recordar la complejidad del discurso cuando se enlazan los ideales constitucionales al orden coercitivo y la rigidez formal tiene el sentido de proteger el discurso. Y este conocimiento del derecho comienza por la deliberación de historias, pues así pueden resolverse los casos difíciles, cuando una ley es derrotada y el juez debe ir a los principios de justicia.

Sin embargo, las opiniones formadas bajo una constitución normativista desligada de ideales constitucionales, que no da prioridad a la deliberación pública y la conformación de un lenguaje universal, son aisladas y manipulables con la ideología de las ciencias puras. En cambio, en las opiniones formadas deliberativamente, en el ejercicio de la dialéctica, la ciudadanía llega a formar parte del objeto conocido: la comunidad jurídica y aprende a impugnar leyes con base en sus derechos. La presencia de conceptos “polémicos” es propia del ámbito político, del ámbito en el que se manifiesta el conflicto político; son el ring en el que se ventilaban las principales disputas político-sociales y que por ello su indeterminación nunca se resuelve mediante una estipulación de significado. La ciudadanía accede a la deliberación cuando usa dichos conceptos y los distingue, como se aprende cuando se debaten los conceptos de derecho de Creonte y Edipo. No sólo de ellos sino de las obras clásicas antiguas y contemporáneas. Sólo así el término de soberanía se realiza en la realidad concreta de la inclusión y expansión de derechos ciudadanos, pues no habrá conflicto entre el poder constituyente y el soberano. El primero se extingue como asamblea,

pero subsiste en las voces que debaten en la ciudadanía y que critican a los jueces.

El debate de historias permite generar una práctica centralmente discursiva. “Todos los conceptos, ideas y palabras poseen (en el ámbito de lo político) un sentido polémico; se formulan con vistas a un antagonismo concreto, están vinculados a una situación concreta cuya consecuencia es una agrupación según amigos-enemigos (que se manifiesta en guerra o revolución), y se convierten en abstracciones vacías y fantasmales en cuanto pierde vigencia esa situación. Palabras como estado, república, sociedad, clase, o también soberanía,

***Palabras como estado, república, sociedad, clase, o también soberanía, estado de derecho, absolutismo, dictadura etcétera resultan incomprensibles si no se sabe a quién en concreto se trata en cada caso de afectar, de combatir, negar, y refutar con tales términos.***

estado de derecho, absolutismo, dictadura etcétera resultan incomprensibles si no se sabe a quién en concreto se trata en cada caso de afectar, de combatir, negar, y refutar con tales términos. También Marx notó que la economía clásica partía de abstracciones, generalidades, formalismos cuando dicen partir de la población, sociedad, clase, soberanía, economía y los presentan como lo concreto. Marx también pensó darles contenido, pero la comunicación en su tiempo era aún dominada por la iglesia y la naciente burguesía gatopardista. Por eso, acuño el programa de acción de socializar los medios de producción. La simplificación de la economía, debería ser evitada mediante su organización en los procesos dialécticos que nos hacen ver al planeta, no como un bien inerte susceptible de ser explotado; sino como un proceso complejo, que debe ser reproducido. Es una desgracia que también al materialismo dialéctico se haya simplificado en la educación disciplinaria.

Sin embargo, en la constitución del Estado constitucional, como lo llama Aguiló, toda constitución además de ciertos “acuerdos incompletamente teorizados” en el discurso, sobre el significado oscilante de ciertos conceptos, tiene que establecer formas de acción política a partir de las cuales puedan desarrollarse esos acuerdos. O dicho en otros términos, requieren de procedimientos que permitan pasar de los principios constitucionales a las reglas jurídicas; pero de nuevo, en este punto, lo fundamental es que estos procedimientos tendrán que tener un perfil netamente discursivo. “El valor de una democracia no proviene sólo del hecho de que sea un mecanismo de agregación de preferencias, cuanto de que lo que se agreguen sean preferencias transformadas como consecuencia de un debate público que toma en cuenta los intereses o preferencias de todos”.<sup>44</sup> A esta transformación se le llama civilización. Se trata de lograr una historia de la sociedad civilizada planetaria. Kant la llamó sociedad cosmopolita. La sociedad civil es una fuerza, pues sus opiniones razonantes son capaces de criticar y controlar jueces cuya concepción de la consti-

<sup>44</sup> Josep Aguiló Regla, “Sobre el constitucionalismo...”, *op. cit.*, p. 312

tución es normativista, y sus justificaciones no son creíbles por lo que no crean la paz y gobernabilidad. Pero, por otro lado, también es una fuerza de apoyo para las decisiones de los jueces que deben transformar su concepción de la constitución, y en vez, de aplicar mecánicamente las leyes, acuden a los principios y derechos constitucionales.

Cuando la supremacía de la ley se disuelve en la supremacía de los legisladores, se abre la vía, al menos en principio, a la más sutil forma de opresión: la que se ejerce “en nombre de la ley”, y en nombre de este legalismo no impugnan leyes que censuran la comunicación, o bien que boicotean la distribución de bienes mediante la regulación parcial de los bienes nacionales. El remedio sería el retorno al Estado constitucional con una conciencia renovada e interdisciplinaria. Es el hombre libre quien apoya a la legalidad deliberativa y que combate todo tipo de exclusiones, y no viceversa. “Los sistemas constitucionales son guardianes de las sociedades libres”.<sup>45</sup>

## V. Conclusiones

Es necesario hacer una revolución epistemológica para superar simplificaciones del constitucionalismo normativo que abren la puerta a los males de las dominaciones. Es a partir de la concepción compleja que neoconstitucionalismo planeta, que podremos ver los riesgos y males que estamos produciendo, a partir del conocimiento disciplinario. Espero que la presentación del pensamiento del neoconstitucionalismo estimule a los juristas, que tengan que afrontar los juicios orales y hacer justicia, es decir, recordar a los jueces el sentido de su independencia y lograr que su discrecionalidad no sea fuente de arbitrariedades sino un ejercicio de ética de la responsabilidad sobre la paz social. Se trata de proteger los valores sociales, de instaurar la deliberación social de nuestras historias, de superar los males y riesgos que hemos producido bajo la concepción normativa de la constitución. Se trata de resolver el conflicto entre el poder constituyente, que debe surgir desde la protección y expansión de los derechos, y formar una soberanía ejercida por la ciudadanía. Pero esto tiene que ser continuamente recordado por los autores, y debe conservarse el sentido de los textos de historias y constitucionales que nos abren la dimensión de futuro. Ante la visión disciplinaria y simplificadora de las ciencias universalistas, se hacen necesarios los nuevos saberes. Sobre todo, porque las intuiciones de las personas se opacan ante la potencialidad de los *mass media* comerciales y sus historias simplificadoras. Sólo la educación interdisciplinaria podrá lograr esta concepción dialéctica, cuya meta es el logro de una comunidad jurídico política estable y de costumbres pacíficas.

Si en nuestra nación, el razonamiento sigue siendo cerrado, ¿cómo lograremos que los jueces ejerciten su independencia? ¿Cómo lograremos una sociedad pacífica

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 313.

que sabe impugnar en tiempo y forma? No estará mal que los juristas universitarios, hicieran una investigación y análisis sobre qué concepción de constitución tiene la Corte Suprema de Justicia, para ubicar el origen de nuestros males y para lograr erradicarlos formando una sociedad que razona y critica, pues sus competencias discursivas han sido cultivadas y cada ciudadano se identifica en la historia donde cada uno se siente digno, libre, seguro, igual, soberano.

Como dijimos con los bioéticos: La humanidad necesita urgentemente una nueva sabiduría que le proporcione el “conocimiento de cómo usar el conocimiento” para la supervivencia del hombre y la mejoría de su calidad de la vida.

Ya Kant había abierto su pensamiento a los saberes de la complejidad, cuando miró el mundo biológico en su juicio estético y teleológico. La dignidad o valor del cuerpo en sí mismo, pues en estos valores se identifica la humanidad para acoplarse al orden ecológico de los que habitan un mismo planeta, y da concreción a las normas y otros conceptos como el de economía. Aún estamos en espera de esta sociedad civil del planeta que unida, logrará defenderse de sus tiranos con ideologías disciplinarias, como ha sido el normativismo constitucional. Por este motivo, he tratado de exponer el *desiderátum* hacia dónde debemos cambiar nuestro pensamiento y acción; y que para no olvidarlo, hoy he examinado la dialéctica en Aguiló.

## Fuentes de consulta

### *Bibliográficas*

- Atienza, Manuel y José Luis Manero. *Sobre principios y reglas*. Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Planeta Agostini, 1977.
- Habermas, Jürgen. *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona, Gustavo Gili, 2006.
- Iglesias Vila, Marisa. *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*. Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.
- Kant, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, Espasa Calpe, 1967.
- . *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*. México, UNAM, 1968.
- . “Contestación a la pregunta ¿Qué es la ilustración?”. En Immanuel Kant, *Filosofía de la historia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Kelsen, Hans. *Sociedad y naturaleza*. Buenos Aires, Depalma, 1945.
- Kraus, Arnoldo y Ruy Pérez Tamayo. *Diccionario incompleto de bioética*. México, Taurus, 2007.
- Morin, Edgar, Emilio R. Ciurana y Raúl D. Motta. *Educación en la era planetaria*. Barcelona, Gedisa, 2009.

## Sección Doctrina

Ruiz Castañeda, María del Carmen. “Introducción”. Joaquín Fernández de Lizardi. *La Quijotita y su prima*. México, Porrúa, 1967, (“Sepan Cuantos...”, 71).

## Electrónicas

Aguiló Regla, Josep. Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación. *Isonomía* (6): pp. 71-79. [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/independencia-e-imparcialidad-de-los-jueces-y-argumentacin-juridica-0/>> [con acceso el 12 de diciembre de 2014].

\_\_\_\_\_. 2001. Sobre la Constitución del Estado constitucional. *Doxa* (24): pp. 429-457. [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/sobre-la-constitucin-del-estado-constitucional-0/>> [con acceso el 12 de diciembre de 2014].

\_\_\_\_\_. 2003. Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional. *Doxa* (26): pp. 289-317. [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/partes/328333/doxa--25/3>> [con acceso el 12 de diciembre de 2014].

\_\_\_\_\_. 2007. Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Doxa* (30): pp. 665-675. [Publicación en línea]. Disponible desde Internet en: <<http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/positivismo-y-postpositivismo-dos-paradigmas-juridicos-en-pocas-palabras--0/>> [con acceso el 12 de diciembre de 2014].

Habermas, Jürgen. “El Estado nación europeo: sus logros y sus límites”. *Alegatos*. UAM-A, núm. 31, México, 1995.

Villanueva, Ernesto. “Diez ofensas a la inteligencia”. *Proceso*. Revista editada en la Ciudad de México, núm. 1988, México, 7 de diciembre de 2014.