

LECCIONES Y TENSIONES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO MEXICANO

Roberto LARA CHAGOYÁN*

SUMARIO: I. *Preliminar*. II. *Introducción*. III. *Primera tensión: la Constitución de los vivos contra la Constitución de los muertos*. III. *Segunda tensión: formalismo contra activismo (o hiperactivismo) judicial*. IV. *Tercera tensión: constitucionalismo contra positivismo*. V. *Cuarta tensión: supremacía contra soberanía*. VI. *Quinta tensión: objetivismo contra no-objetivismo (escepticismo o relativismo) moral*. VII. *Algunas conclusiones*.

I. PRELIMINAR

Conocí a Rodolfo Vázquez en octubre de 1996, gracias a Manuel Atienza, a quien acababa de conocer en Guanajuato en una visita relámpago que hizo a nuestra universidad. El profesor alicantino me invitó al simposio que se realizó al finalizar el Seminario “García Máynez”, para que, entre otras cosas, conociera a Rodolfo. El propósito de ambos profesores era orientarme en mis estudios y el camino que iniciaba hacia la aventura doctoral. Ese año y el siguiente visité varias veces a Rodolfo, quien siempre me recibió, me orientó, me dio bibliografía e, incluso, me leyó. Nunca olvidaré aquellas tardes en la librería *El Parnaso* en la que me solía reunir con él. La generosidad que mostró para reunirse con un estudiante de provincia en una librería de Coyoacán es indiscutible, ya que su incansable actividad editorial, académica y docente apenas debieron permitirle algún tiempo para mí.

Más adelante, en la primavera del año 2000, tuve la gran oportunidad de coincidir con él en Génova, durante una estancia que hacíamos en el Departamento de Cultura Jurídica “Giovanni Tarello” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Génova. Nuevamente se mostró gentil y

* Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

atento conmigo, ayudándome y orientándome con verdadero interés. Fue durante esas semanas que conocí al Rodolfo amigo; al aficionado al fútbol y al tango; al conocedor de la buena comida y el buen vino. Una noche charlamos hasta entrada la madrugada en medio de música, anécdotas y risas; me abrió su pasado y su biografía, y pude encontrarme, más que con el profesor, con el ser humano. Fue una de esas noches que no se olvidan y que le ayudan a entender a uno por qué una persona como Rodolfo es como es, y piensa como piensa.

Posteriormente, cuando terminé la tesis, Rodolfo tuvo la gentileza de formar parte del tribunal que revisó mi trabajo, haciéndome comentarios y críticas por demás pertinentes que me ayudaron a afinar la investigación. Una vez en México, siguió ayudándome a convertir mi tesis doctoral en un libro, que se sumó a la prestigiosa colección “Doctrina Jurídica Contemporánea”, por él dirigida; así, *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del derecho*, se convirtió en la obra número 13 de esa colección.

Rodolfo Vázquez me abrió las puertas de varios grupos de filósofos del derecho no sólo en el ITAM —donde inicié dando mis primeras clases en México, gracias a su apoyo y recomendación— sino también en la UNAM, la Universidad Iberoamericana, el Inacipe y el CIDE. Así, gracias a su apoyo y confianza pude ingresar primero a la Ibero como profesor, y después al Instituto Federal Electoral, como asesor de Alonso Lujambio. En suma, Rodolfo ha sido para mí mucho más que un profesor formal; ha sido todo un guía en lo profesional; un asesor en toda la regla y, sobre todo, un gran amigo.

Quiero dedicar este sencillo trabajo a Rodolfo, por haberme dado tanto; por haberme ayudado aun sin haber sido su “alumno oficial”. Su magisterio cosmopolita es por todos conocido; en mi caso, alcanzó a Guanajuato. Gracias Rodolfo.

II. INTRODUCCIÓN

México asiste, como otras naciones, al ineludible fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento y con ello a la ineludible expansión del poder de los jueces;¹ sin embargo, la tarea no resulta sencilla o pacífica, ya

¹ Rodolfo Vázquez hace un interesante recuento de los factores que explican esta expansión del poder de los jueces en México; y que de manera sucinta serían los siguientes: 1) el proceso de democratización iniciado en 1988; 2) el incremento del nivel de contenciosidad derivado de la reforma al artículo 105 constitucional, que regula las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales de 1994; 3) el redimensionamiento del Poder

que existen varios desafíos tanto teóricos como prácticos que cuestionan seriamente los avances hacia ese derrotero. Lo cierto es que el advenimiento de esta nueva forma de hacer y practicar el derecho es impostergable, pues el estado legal ya no se ajusta a las necesidades de las sociedades de la actualidad. El mundo se ha movido mucho desde el siglo XIX, especialmente por los avatares que surgieron en el siglo XX, con las guerras mundiales, las revoluciones sociales y económicas, y el acelerado cambio en la geografía política.

En este trabajo voy a referirme a algunos de esos desafíos como pares de elementos que se encuentran en constante tensión entre sí; a saber: 1) la Constitución de los muertos contra la Constitución de los vivos; 2) el formalismo contra el activismo (o hiperactivismo) judicial; 3) positivismo jurídico contra constitucionalismo; 4) supremacía contra soberanía; y 5) objetivismo contra no-objetivismo (o escepticismo) moral. A todas estas contradicciones se ha referido Rodolfo Vázquez en su vasta obra, desde la trinchera que ha venido abrazando desde hace varios años: el liberalismo igualitario.²

¿Por qué he elegido éstas y no otras tensiones o contradicciones? Por dos razones, primero, porque considero que, sin pretensiones de exhaustividad, son una muestra representativa de los desacuerdos existentes tanto en la teoría como en la práctica del derecho constitucional en México; y segundo, porque se trata de cuestiones que, al ser puestas en práctica en casos concretos, ponen a prueba algunos postulados teóricos que parecen incuestionables en principio.

A mi juicio, conviene reflexionar sobre estos desafíos porque la transición hacia el Estado constitucional de derecho es un proceso complejo que no se limita a los cambios legislativos o constitucionales, sino que demanda otro tipo de actitudes, modos de ser y de pensar de los operadores jurídicos. Esos cambios en las personas debieran pasar por reflexiones de carácter político, social, económico y jurídico.

Judicial a partir de esa misma reforma; y 4) la creciente desconfianza de la ciudadanía a los partidos políticos. Véase Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en varios autores, *Tribunales constitucionales y democracia*, 2a. ed., México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, pp. 378 y 379.

² En general, por “liberalismo igualitario”, Rodolfo Vázquez se adhiere a las tesis de Carlos S. Nino, quien afirmara en su célebre *Ética y derechos humanos*, que esa corriente busca “maximizar la autonomía de cada individuo por separado en la medida en que ello no implique poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos”. Véase Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 345; Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, México, Biblioteca Iberoamericana de Ensayo-Paidós-UNAM, 2001, p. 28.

Por todo eso, considero que vale la pena dejar a un lado la ingenuidad y la retórica simplona de los buenos deseos, para pasar directamente a una etapa de acción y operación, tanto en el estudio del derecho, la investigación y, desde luego, la práctica. Considero que discutiendo de fondo éstas y otras cuestiones, podremos sentirnos seguros de dar el siguiente paso hacia lo que puede ser el nuevo constitucionalismo mexicano del siglo XXI.

Advierto que en este trabajo no pretendo agotar todas las discusiones relacionadas con la constitucionalización, sino algo mucho más modesto: busco poner al alcance de un jurista promedio los extremos de las contradicciones o problemas, a fin de despertar la conciencia de aquellos que podrían perderse en el mar de las etiquetas conceptuales. Con la mayor claridad posible, pretendo mostrar de qué se tratan las discusiones para que cada uno actúe en consecuencia. Si tomamos en cuenta que Rodolfo Vázquez es, además de un consagrado filósofo del derecho, uno de los mejores profesores que hemos tenido en México, entonces puede tener algún grado de justificación un trabajo como éste, que tiene genuinas pretensiones didácticas.

III. PRIMERA TENSIÓN: LA CONSTITUCIÓN DE LOS VIVOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN DE LOS MUERTOS

¿Qué Constitución debe regirnos: la de los muertos o la de los vivos? La frase encierra una tensión siempre presente en la teoría constitucional. La preocupación se atribuye a Thomas Paine, uno de los padres fundadores de los Estados Unidos a finales del siglo XVIII, quien resolvió la pregunta en el sentido de que debía prevalecer el “derecho de los vivos” sobre “la autoridad de los muertos”, ya que, a su juicio, “cada generación tiene los mismos derechos que las generaciones que las precedieron, del mismo modo en que cada individuo tiene los mismos derechos que cualquiera de sus contemporáneos”.³ Thomas Jefferson —otro padre fundador— sostuvo algo parecido cuando en 1789 afirmaba que “la tierra pertenece a los vivos”, en clara referencia a la voluntad contingente que expresan las leyes constitucionales realmente;⁴ y, por lo tanto, no resulta aceptable que tengamos que ceñirnos absolutamente a las condiciones dictadas por los muertos.

³ Paine, Thomas, en Carllile, R. (ed.), *The Political and Miscellaneous Works of Thomas Paine*, vol. 1, pp. 8 y 9.

⁴ Véase Troper, Michel, “Jefferson y la interpretación de la declaración de los derechos del hombre de 1798”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 8, 2000, p. 559.

No obstante, en ese mismo tiempo, Edmund Burke sostenía exactamente lo contrario: las tradiciones de la comunidad —decía— guardan mayor valor que las ambiciones de cualquier generación particular.⁵ Ante este debate, Jefferson propuso, en sus “Notas para el estado de Virginia”, que cada generación debía tener el derecho de rehacer su Constitución en un periodo aproximado de 20 años.⁶

La teoría constitucional explica esta contradicción de la siguiente manera: si se piensa en la Constitución de los muertos y en la de los vivos como si fueran dos extremos, entonces un mayor grado de rigidez constitucional apuntaría al primero, mientras que un mayor grado de flexibilidad apuntaría al segundo. Por rigidez y flexibilidad naturalmente nos referimos a la mayor o menor dificultad legal (y política) para introducir cambios en el texto constitucional. Josep Aguiló, de la escuela alicantina, lo dice con las siguientes palabras:

Si la legislación es el instrumento ordinario para el cambio en un sistema jurídico-político, la rigidez de una constitución regulativa parece enredar al constitucionalismo en un dilema. Por un lado, si una Constitución es rígida, entonces se rompe la igualdad democrática y se somete a los vivos a la voluntad de los muertos. Se instaura el gobierno de los muertos. En el constitucionalismo rígido todo ello es más patente por dos cosas: Una, por el carácter plenamente “decisional” (deliberada o intencional) que tiene una Constitución rígida. Por definición, en una comunidad que se ha dado una Constitución rígida hay, por decirlo de algún modo, un momento 0, una decisión. Y dos, por el presupuesto de la modernidad de que la acción política racional es acción orientada al futuro, no acción anclada en el pasado (legitimación tradicional).⁷ Pero, por otro lado, si una Constitución no es rígida, es decir, si los derechos no están sustraídos al juego de las mayorías, entonces —suele decirse— los derechos no están garantizados, es decir, no hay Constitución.⁸

Rodolfo Vázquez se coloca del lado de la rigidez, junto a José Juan Moreso, al abrazar la idea de primacía de la Constitución, entendida ésta como “atrincheramiento” de determinadas cuestiones para impedir que puedan

⁵ Gargarella, Roberto, “Constitucionalismo y democracia”, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 3, pp. 1991-2010.

⁶ *Idem*.

⁷ Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 20.

⁸ Véase Aguiló Regla, Josep, “Tener una Constitución”, “Darse una Constitución” y “Vivir en Constitución”, *Isonomía. Cuadernos de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 28, abril de 2008, pp. 75 y 76.

ser modificadas por la regla de la mayoría, como son los derechos civiles y políticos e, incluso, los derechos sociales. En sus palabras:

A la pregunta que se formula Moreso: ¿está justificada la idea de primacía de la Constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría? La respuesta, estoy de acuerdo con él, debe ser afirmativa... Este atrincheramiento no tiene que ver solamente con los derechos civiles y políticos, sino también con los llamados genéricamente derechos sociales.⁹

Pues bien, esa contradicción se ha mantenido hasta nuestros días entre quienes consideran que los textos constitucionales tienen una vocación de cambio generacional, y entre quienes niegan esa posibilidad. Así, en México, no son pocas las personas que ven a la Constitución de 1917, y al derecho legislado en general, como un baluarte que debe preservarse ante todo y ante todos, so pena de perder la esencia de nuestro ser como nación. Y para complicarlo todavía más, estas voces señalan —no sin razón— que cada reforma constitucional implica una peligrosa ruptura con el pasado, es decir, la ruptura no obedece a un solo momento, sino que es dinámica, ya que cada uno de los cambios va desdibujando poco a poco la imagen original que nos dio el Constituyente originario. Y en contrapartida, existen voces que estiman que no es posible sostener un texto constitucional que lleva cerca de 642 reformas,¹⁰ en sus casi 100 años de existencia, y que quizás es tiempo de preguntarse por un cambio integral.

En esta misma línea, quienes estamos vivos tenemos derecho a cuestionar los contenidos del texto constitucional que heredamos de los muertos; sin embargo, ese derecho debiera tener algún límite (material, de contenido), ya que tampoco podríamos desatender en absoluto algún tipo de herencia constitucional, especialmente en lo que se refiere a los valores y derechos que nadie cuestiona, y que han significado auténticos triunfos de la democracia, como la laicidad del Estado, el voto de las mujeres, las conquistas de los derechos de las comunidades indígenas, los avances en materia de no discriminación, por sólo mencionar algunos. Pero, naturalmente,

⁹ Cfr. Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *cit.*, p. 392. La referencia del texto de Moreso, introducida por Vázquez: Moreso, José Juan, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, Bahía Blanca, año 1, núm.1, 2000, p. 101.

¹⁰ *Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*. Estudio introductorio. Estudio académico elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la LXII Legislatura de la Cámara de Diputados, disponible en: <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/estudio-introductorio>.

estas preocupaciones debemos discutir las entre nosotros, los vivos, ya que los muertos lógicamente nada pueden aportar a la discusión.

Ciertamente, nosotros no estuvimos presentes en 1917, ni participamos en los debates; tampoco en una buena parte de ese siglo XX, ni en cada una de las reformas constitucionales ni como pueblo, ni como estructura política, sin embargo, seguimos viendo al texto constitucional no sólo como la máxima norma que nos rige, sino también como el valor por excelencia de nuestra vida democrática y nuestro Estado de derecho. Pero ello no supone, ni puede suponer, que dejemos de preocuparnos con la enorme deuda constitucional, es decir, la Constitución incumplida que se refleja en todos y cada uno de los atrasos y promesas cumplidas a medias o sólo para algunos. La Constitución pendiente, es decir, esa que falta por cumplirse, se conforma por nuestros actuales deseos y anhelos: el auténtico respeto y garantía de los derechos fundamentales, el desarrollo económico transversal, el avance de una cultura política en la que las elecciones dejen de ser un mero negocio, el combate a una corrupción rampante en los sectores público y privado, la construcción de una auténtica cultura de igualdad y no discriminación, la erradicación de todas las formas de tortura, una educación de calidad y, en fin, la consecución de un auténtico Estado constitucional de derecho.

Si se mira bien, estos deseos incumplidos no parecen distintos a los que tuvo el Constituyente de 1917, pero claramente podemos decir que la estructura diseñada por los muertos no ha funcionado de una manera igualitaria a lo largo de todo este tiempo.

La tensión, insisto, parece a veces insalvable, porque si nos comprometemos fuertemente con la rigidez, no habría manera de reformar la Constitución jamás, con lo cual nos situaríamos en una verdadera petrificación constitucional; sin embargo, tampoco podemos —creo— dinamitar de un plumazo toda la Constitución y hacer una reforma integral, convocando a un nuevo constituyente sin mayores reflexiones. Y es que, desde mi punto de vista, cierto grado de rigidez, en ciertas partes del texto constitucional, no viene mal mantener. Por lo demás, no debemos soslayar el hecho de que aun cuando decidiéramos darnos un nuevo texto constitucional, serían las mismas fuerzas vivas de hoy (los factores reales del poder) quienes protagonizarían (patrocinarían, influirían, decidirían) esa refundación, lo que podría sugerirnos que no habría profundos y verdaderos cambios.¹¹

¹¹ Este tema, por cierto, polémico, nos recuerda a Ferdinand Lassalle, quien sugerentemente señalaba en 1862 que son los factores reales del poder los que hacen la Constitución. Me refiero al famoso discurso que pronunciara en Berlín, en abril de ese año. Véase Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, pról. de Eliseo Aja, epílogo de Alejandro Nieto, Barcelona, Ariel, 2012.

¿Cómo resolvemos, entonces, esta contradicción entre la Constitución de los vivos y la de los muertos? La respuesta está, según lo veo, en lo que la propia teoría constitucional nos sugiere mediante el diálogo racional. Se trata de una construcción inteligente, democrática, tanto en el ámbito estrictamente político como en el jurídico, mediante la cual podamos hacer los puentes y las conexiones indispensables entre los valores de una Constitución existente (la de los muertos) y los valores de la Constitución contingente (la de los vivos). Se trata de hacer cambios necesarios sin alterar los pilares fundamentales.

Pareciera pues que un mínimo de rigidez constitucional es imprescindible para preservar la esencia, y para que así, los cambios que se hagan al texto sean cambios pensados y dirigidos hacia una continuidad y evolución más que a una ruptura. Es importante que las Constituciones no se parezcan a las leyes; que sea más difícil reformarlas; que no caigan en manos del legislador ordinario, sino que tengan que pasar por un proceso más riguroso, de análisis, de contraste, de deliberación democrática. Esta rigidez, entonces, termina viéndose siempre como algo positivo, como algo que trata de preservar nuestra continuidad institucional; que trata de preservar esos valores, esos principios, esos pilares fundamentales, que alguna vez nos dimos, en cada momento de la reforma constitucional, y que nos dimos, desde luego, en 1917, cuando inició esta aventura constitucional. En palabras de Aguiló Regla:

De nuevo, y sin extenderme mucho, en mi opinión, esta tensión entre quienes “se dieron una Constitución” (los muertos) y quienes “tienen una Constitución” (los vivos) tampoco es susceptible de recibir una respuesta estructural o definitiva. La síntesis armónica entre unos y otros sólo puede expresarse mediante nociones inestables y dialécticas como la de “continuidad de una práctica” que permita eliminar los términos indeseables, por un lado, de sometimiento al pasado y, por otro, de ausencia de garantía de los derechos (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos). Nuevamente... la solución hay que buscarla apuntando hacia las exigencias deliberativas y argumentativas y el desarrollo de las actitudes adecuadas.¹²

En suma, y utilizando un ejemplo de Michel Troper,¹³ si consideramos que la Constitución es una construcción humana comparada con una máquina, entonces es necesario hacerle ajustes con el paso del tiempo; de ahí que no podamos pensar en una máquina eterna o intocable, pues esas sólo

¹² Véase Aguiló Regla, Josep, “Tener...”, “Darse...” y “Vivir...”, *cit.*, pp. 75 y 76.

¹³ Troper, Michel, “Jefferson y la...”, *cit.*, p. 559.

sirven para los museos. Tampoco podemos inventar otra máquina nueva sin utilizar la estructura o la base fundamental con la que contamos, ya que, a final de cuentas la Constitución formal no es otra cosa que el reflejo de papel de nuestras prácticas democráticas en lo político, y argumentativas, con un criterio de corrección, en lo jurídico.

III. SEGUNDA TENSION: FORMALISMO CONTRA ACTIVISMO (O HIPERACTIVISMO) JUDICIAL

Esta tensión es una de las principales preocupaciones de Rodolfo Vázquez, quien la describe elocuentemente, al hacerse cargo de la identificación de la llamada “dificultad contramayoritaria”, con las siguientes palabras:

El debate, como sabemos, se ha planteado entre dos extremos: o la *autorrestricción judicial* a partir del principio de división de poderes y de una concepción de la *democracia formalista* (los jueces carecen de legitimidad democrática y son los menos autorizados para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas); o bien, el *activismo judicial* y el decisionismo sin contrapesos democráticos que, pese a los riesgos, posibilitaría, entre otras cosas, la salvaguarda de los derechos fundamentales —y de manera relevante el de las minorías— consagrados en la Constitución.

Tengo la impresión que cuando se plantea este debate se hace por lo general imaginando las posiciones en estado puro y contraponiendo los antípodas desde una u otra posición: o el tipo ideal de Parlamento *vs.* una “visión apocalíptica de la jurisdicción”; o el Parlamento convertido “en verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos” *vs.* el ideal de juez imparcial e incorrupto. Resulta tan pernicioso hacer valer el argumento contramayoritario en países en procesos de democratización y buscar *in extremis* la legitimidad judicial de origen, digamos por vía electoral; como defender el control de constitucionalidad dando luz verde a un decisionismo judicial reaccionario y aristocrático. Creo, además, que se maneja la falsa idea, como bien lo ha demostrado Courtis, que la autorrestricción judicial conduce a decisiones de tipo conservador, mientras que el activismo judicial conduce a decisiones de tipo progresista, cuando lo cierto es que nada impide pensar que el activismo judicial tenga tintes conservadores.¹⁴

¹⁴ Cfr. Vázquez, Rodolfo, “Justicia constitucional...”, *cit.*, pp. 385 y 386 (énfasis añadido).

Conviene precisar qué significan “formalismo” y “activismo”, con tal de entender mejor los extremos de esta tensión. Manuel Atienza se ha ocupado del problema en los siguientes términos:

El formalismo y el activismo judicial podrían considerarse como el Escila y el Caribdis que deben evitar los jueces. El Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial... se refiere (implícitamente) a esas dos actitudes, que considera condenables. Al activismo, al señalar que la independencia judicial supone la obligación de los jueces de utilizar únicamente razones jurídicas. Y al formalismo, al indicar —a propósito de la equidad— que la vinculación de los jueces no es sólo al tenor literal de las normas.¹⁵

La actitud formalista, en la más oscura de sus facetas,¹⁶ implica una visión casi religiosa de la norma escrita, y está basada en una deferencia prácticamente ciega al legislador, de acuerdo con la cual el juez debe limitarse a resolver los casos al “tenor literal de la ley”, exclusivamente mediante la subsunción. Por lo que hace al activismo judicial (más adelante aclararé por qué prefiero adoptar el término “hiperactivismo”), la actitud consiste en que los jueces no resuelven los casos ni desde, ni por el derecho, sino en

¹⁵ Cfr. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 51.

¹⁶ Una interesante distinción entre los diferentes tipos de formalismo, la hace Manuel Atienza, al identificar, por un lado, al formalismo entendido, no como concepción del derecho, sino como elemento consustancial al mismo; sería lo que Max Weber llamó “racionalidad formal”, que consiste en el hecho de que, para los juristas de nuestra cultura, las razones para la acción que nos suministra el derecho son, en su mayoría, razones de tipo excluyente o perentorio. Por otro lado, estaría el formalismo entendido como una dirección o, incluso, desviación del positivismo jurídico, mediante la acentuación de uno de sus componentes básicos. Las notas características (o vicios) de esta segunda forma de entender al formalismo estarían basadas en las siguientes falsas creencias: 1) completitud y coherencia de los sistemas jurídicos; 2) creación del derecho sólo por los legisladores, como consecuencia de la doctrina de la división de poderes; 3) el carácter esencialmente estático; 4) el “verdadero derecho” o derecho válido consiste en reglas generales; 5) el derecho es tanto más perfecto cuanto mayor es su grado de generalidad y abstracción; 6) los conceptos jurídicos poseen una “lógica interna” que permite deducir de ellos soluciones sin necesidad de recurrir para ello a elementos extrajurídicos; 7) la justificación deductiva (silogismo subsuntivo) como única posibilidad; 8) la certeza y la predecibilidad (la seguridad jurídica) son los máximos ideales jurídicos; 9) la interpretación consiste solamente en describir el significado objetivo de un texto o la voluntad subjetiva de su autor, de manera que no queda espacio alguno para la discrecionalidad del intérprete; 10) no se adecua a una sociedad en transformación; 11) el derecho es un fin en sí mismo; es algo sagrado en el que se ensalzan los valores internos al derecho: el orden y la seguridad; se prescinde de cuáles pueden ser sus funciones sociales; se pretende aislar el derecho de la política; y se excluye la posibilidad de la crítica moral al derecho. Véase, Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 276 y 277; *id.*, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 24-27; *id.*, *Curso de...*, *cit.*, pp. 22 y 23.

representación de intereses ajenos a éste; intereses de algún sector (político, religioso, económico o moral) que representan y que les lleva a construir una agenda, pasando por alto los deberes de independencia e imparcialidad judiciales.¹⁷ De hecho, volviendo con Manuel Atienza, el activismo judicial, de acuerdo con el artículo 2o. del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, constituye una violación al deber de independencia judicial, porque supone que el juzgador se ha dejado influir por factores ajenos al derecho mismo.¹⁸

Abrazar el formalismo jurídico, en el caso mexicano, tiene varios inconvenientes ya que, como es de todos sabido, por un lado, el lenguaje del derecho legislado no está exento de conceptos vagos, oscuros, esencialmente controvertidos, además de términos ambiguos e imprecisos; por otro lado, el “método jurídico” con el que suele operarse en la práctica (que se refleja en la cultura del “machote”, el uso de un lenguaje oscuro y barroco, las sentencias enormes, etcétera), no es algo de lo que, por desgracia, podamos presumir en México.

El otro extremo a evitar, como señalábamos, es el activismo judicial o, mejor dicho, el “hiperactivismo judicial”. Esta aclaración no es cosa menor, ya que no es lo mismo ser un juez activista que un juez hiperactivo. El activismo judicial bien entendido se puede predicar de un juez que, sin dejar de ser independiente, apuesta seriamente por la salvaguarda de los derechos fundamentales, especialmente de las minorías, consagrados en la Constitución.¹⁹ Desde mi punto de vista, los jueces activistas, en el buen sentido de la expresión, son quienes entienden que el derecho es una empresa interpretativa que permite, razonablemente y dentro de los márgenes legales, desplegar su trabajo con un mayor grado de creatividad, en aras de salvaguardar en condiciones de igualdad los valores constitucionales. Alejandro Marianello señala que los jueces activistas se caracterizan por llevar a cabo

¹⁷ Véase Aguiló Regla, Josep, “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, abril de 1997, pp. 75-77.

¹⁸ *Cf.* Artículo 2o. El juez independiente es aquel que determina desde el derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al derecho mismo.

¹⁹ De acuerdo con Alejandro Marianello, la frase “activismo judicial” fue usada por primera vez por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1954, cuando se autoproclamó “activista”, bajo la presidencia del juez Earl Warren, especialmente una vez que se resolvió el famoso caso *Brown vs. Borrad of Education*, el 17 de mayo de 1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas. *Cf.* Marianello, Patricio Alejandro, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, *Pensar en derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, núm. 1, p. 125.

las siguientes acciones: a) ampliar garantías procesales; b) crear derechos no reconocidos nominalmente en la ley, mediante las sentencias interpretativas; c) dialogar con el Congreso, también mediante sus fallos, con relación a la necesidad de las reformas legales necesarias; y d) establecer sentencias o precedentes que constituyan verdaderos modelos a seguir por los ciudadanos y por el Estado.²⁰ Se trata, pues, de jueces constructivistas que persiguen en cada una de sus resoluciones el ideal dworkiniano de ver al derecho bajo su mejor luz. Con esa actitud, se oponen a los jueces autorrestringidos (literalistas o formalistas) que, por naturaleza, son “inactivos”.

En cambio, el juez hiperactivista busca “cumplir una agenda” que no es la del derecho, esto es, que toma decisiones que sencillamente no le corresponde tomar porque no tiene competencia para ello. Un juez hiperactivo no es independiente, porque para resolver conflictos utiliza algo más que razones jurídicas cuando, por ejemplo, dicta una política pública, toma decisiones presupuestarias o diseña una política legislativa en toda regla.²¹ El hiperactivismo, así entendido, se traduce en una clara violación del principio de división de poderes, porque desconoce los límites de sus propias competencias constitucionales. Alejandro Marianello se refiere al hiperactivismo como “activismo irrazonable o injusto” y sostiene que quienes lo practican “van a contramano de los preceptos axiológicos de justicia”, porque: *a)* buscan allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del gobierno, a través de un salto de instancias; *b)* convalidan normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales; y *c)* convalidan excesos del poder en general.²²

A mi juicio, la clave para entender la diferencia entre activismo e hiperactivismo está en el *deber* de independencia de los jueces. Al respecto, Josep Aguiló distingue a los jueces de otras autoridades *centralmente las políticas*. Estas últimas —dice— actúan legítimamente en *representación* de ciertos grupos; en cambio, las autoridades jurisdiccionales no pueden actuar en representación de nadie sino en cumplimiento de un auténtico *deber de independencia*, en la medida de que sus decisiones no pueden portar intereses o fines ajenos al derecho. En sus palabras:

²⁰ *Ibidem*, pp. 129 y 130.

²¹ Un ejemplo de este “hiperactivismo judicial” es la sentencia correspondiente al amparo en revisión 159/2013, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión celebrada el 16 de octubre de 2013, por mayoría de cuatro votos. Un estudio de mi autoría, con respecto a esa sentencia, se encuentra en Lara Chagoyán, Roberto, “Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme: un caso víctima”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 43, abril de 2015.

²² *Ibidem*, p. 130.

Este es el sentido en el que me parece que una buena concepción de la independencia debe mostrar la oposición entre ésta y la representación; y, de este modo, poder concluir que el deber de independencia trata, entre otras cosas pero muy centralmente, de preservar las decisiones judiciales de las influencias extrañas al derecho provenientes del sistema social. Si ello es así, invirtiendo algo los términos, puede extraerse el siguiente corolario: 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. Así, independiente es el juez que aplica el derecho (actúa en correspondencia con el deber) y que lo hace movido por las razones que el derecho le suministra (actúa movido por el deber).²³

No niego, por otra parte, que los jueces tengan, de hecho, alguna agenda moral, política o religiosa, ya que sería imposible que no la tuvieran puesto que no son autómatas. Sin embargo, esa agenda debe conducirse con el respeto irrestricto al deber de independencia al que me he referido. Es decir, la agenda personal puede o no coincidir con la de la Constitución; pero, en todo caso, es ésta la que debe prevalecer, en caso de conflicto con la de carácter personal del juzgador.

En suma, un juez activista no puede adoptar una actitud pasiva ante la letra de la ley, como si ésta pudiera ser interpretada exclusivamente a través del método literal; por el contrario, el juez activista es consciente de que la interpretación de los materiales jurídicos debe estar orientada hacia un propósito (pero no a cualquier propósito): los mandatos constitucionales y las razones subyacentes a ellos: la democracia, los valores de igualdad, dignidad, libertad y seguridad. Me refiero a los valores que busca proteger el “liberalismo igualitario”, como el que defiende Rodolfo Vázquez.²⁴ Sólo un juez activista, en el sentido apuntado, podría estar a la altura de las exigencias del párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde se prescribe que la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos *deberá* llevarse a cabo de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo momento la protección más amplia para las personas. Si se mira bien, ni un juez formalista, ni uno hiperactivista podrían ajustarse cabalmente a este mandato: en el primer caso, porque el principio constitucional *pro persona* constituye un verdadero antídoto contra

²³ Aguiló Regla, Josep, “Independencia e imparcialidad de los jueces”, en Muntaner, Leonard (ed.), *Sobre derecho y argumentación*, Madrid, Palma de Mallorca, 2008, p. 38.

²⁴ Véase Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

el formalismo; y en el segundo, porque el hiperactivismo sencillamente no es compatible con el deber de independencia judicial.

IV. TERCERA TENSIÓN: CONSTITUCIONALISMO CONTRA POSITIVISMO

En este aspecto quiero referirme a una cuestión relacionada con el tipo de filosofía del derecho que naturalmente profesamos todos los juristas, aunque no siempre y en todos los casos, de manera consciente. Simplificando quizás demasiado las cosas, podemos sostener que actualmente el debate gravita en torno a dos grupos de concepciones que ven la centralidad de la Constitución con distinto énfasis: el positivismo y el constitucionalismo.

Empecemos por el positivismo. Es ya clásica la triple caracterización que el gran Norberto Bobbio hiciera de la concepción positivista: como “metodología”, como “teoría” y como “ideología”. En el primer caso, el positivismo jurídico “asume frente al derecho una actitud a-valorativa u objetiva o éticamente neutral; es decir, que acepta como criterio para distinguir una regla jurídica de una no jurídica la derivación de hechos verificables... y no la mayor o menor correspondencia con cierto sistema de valores”.²⁵ Como “teoría”, el positivismo se caracterizaría, de acuerdo con Bobbio, por las siguientes características: *a)* el derecho es coactivo, es decir, se trata de un sistema de normas que se aplican aun en contra de la voluntad del destinatario; *b)* las normas jurídicas son imperativas, es decir, deben entenderse como mandatos; *c)* la ley tiene supremacía sobre las otras fuentes del derecho; *d)* el ordenamiento jurídico se caracteriza, a su vez, por la plenitud (ausencia de lagunas) y por la coherencia (ausencia de antinomias); y *e)* el único criterio admisible para la aplicación del derecho es la subsunción.²⁶ Finalmente, como ideología, el positivismo se identifica con una serie de valores que se derivan de la existencia misma del derecho. De acuerdo con Bobbio, un positivista podría hacer coincidir el juicio de justicia o injusticia de las leyes con el juicio sobre su validez o invalidez; o bien, podría mostrar que la sola existencia del derecho, independientemente del valor moral de sus reglas, sirve para la obtención de ciertos fines deseables como el orden, la paz, la certeza o la justicia legal.²⁷

Pues bien, para los positivistas, la Constitución no es más que lo que está dado en los textos constitucionales; son esos, y no otros, los contenidos

²⁵ Cfr. Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991, p. 42.

²⁶ *Ibidem*, p. 45.

²⁷ *Ibidem*, p. 47.

logrados a partir de la deliberación democrática, y que son *los* valores constitucionales sencillamente porque están ahí, en el texto. La interpretación no puede ir más allá de esos contenidos, por lo que rechazan que pueda existir una interpretación extensiva o “sobreinterpretación” de la Constitución; asimismo, rechazan, por considerarlas subjetivas, las razones subyacentes y la idea de criterio de corrección o ideales regulativos. Para este sector, los problemas que se dieron antes de la generación del texto constitucional ya están resueltos, mal o bien, pero resueltos; su aval es la fuerza de la representación democrática. Por ello, el operador jurídico —el juez— no necesita sino la justificación interna, es decir, debe argumentar exclusivamente a partir lo ordenado de manera expresa en la letra de la Constitución y en la letra de la ley, sin apelar a la llamada justificación externa. Esta es la idea del positivismo normativista. Para este sector, la Constitución es necesaria y finita: nada que no se encuentre dentro de ella puede ser reconocido como derecho.

En cambio, hay otros que hablan de la Constitución contingente. Y aquí podemos ver todavía dos vertientes: la formalista y la que llamamos la Constitución del Estado constitucional. La vertiente formalista, muy próxima al normativismo positivista, se refiere a la Constitución como texto, como forma, sin atender demasiado a su contenido. La Constitución se identifica con una serie de razones perentorias, razones últimas a las que hay que apelar, sin preguntarse demasiado el contenido, sin sopesarlo, sin hacer una visión crítica de las razones subyacentes de ese contenido, donde la única razón de peso es que se trata de la Constitución. En suma, se trata de identificar los valores constitucionales con el texto constitucional.

En contrapartida, la Constitución del Estado constitucional que defiende el constitucionalismo,²⁸ concibe al texto fundamental como un invasor

²⁸ Conviene hacer alguna referencia con relación a las expresiones “constitucionalismo” y “neoconstitucionalismo”. Para Manuel Atienza, ambos términos fueron acuñados por algunos representantes de la escuela genovesa, “...con un propósito manifiestamente crítico y descalificador: para referirse a una concepción del derecho contraria al positivismo jurídico que ellos profesaban y profesan: digamos, al iuspositivismo metodológico o conceptual... Probablemente ese origen polémico tenga que ver con el uso tan confuso al que la expresión ha dado lugar”. Cfr. Atienza, Manuel, “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo. Una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista Argentina de Filosofía Jurídica*, Universidad Torcuato di Tella, vol. 15, diciembre de 2014, p. 1. Para este autor, la palabra “constitucionalismo” puede referirse a dos tipos de cuestiones: a) un modelo de organización jurídico-política caracterizado por ciertos cambios que han tenido lugar en los sistemas jurídicos en los últimos tiempos: la existencia de Constituciones con ciertas características y que desempeñan un papel especialmente relevante en el conjunto del ordenamiento jurídico; y b) a la conceptualización de ese fenómeno: el neoconstitucionalismo como teoría del derecho. *Ibidem*, p. 2. Por lo que respecta al término “neoconstitucionalismo”, Atienza argu-

que impregna todo el ordenamiento, como lo diría un gran crítico del constitucionalismo, Ricardo Guastini, quien señaló:

Más bien, acogiendo una sugerencia de Louis Favoreau, por “constitucionalización del ordenamiento jurídico” propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.²⁹

Lo anterior, bien entendido, significa que no se trata solamente de tener una Constitución, sino vivir bajo una Constitución, y que todos, absolutamente todos, empezando por el poder político, nos sometamos a los mandatos y a los principios constitucionales. Naturalmente, lo que subyace a esta afirmación es que los derechos humanos han venido a ocupar la escena central del fenómeno social y jurídico.

Otro autor, Luis Prieto Sanchís, se refiere a este fenómeno con las siguientes palabras:

Los derechos fundamentales, quizás porque incorporan la moral pública de la modernidad que ya no flota sobre el derecho positivo, sino que ha emigrado resueltamente al interior de sus fronteras [palabras de Habermas] exhiben una extraordinaria fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia sobre el conjunto del sistema; ya no disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre el individuo y el poder, sino que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas, de manera que bien puede decirse que no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos, orientación de sentido en la Constitución y en sus derechos. Detrás de cada precepto legal se adivina siempre a una norma constitucional que lo

menta, por mayoría de razón, que si el “constitucionalismo” no existe como teoría, entonces el “neoconstitucionalismo” simplemente está de más. En sus palabras: “De manera que el ‘neo’, simplemente, está de más, y uno está tentado a pensar que el éxito que ha conocido pudiera deberse a razones semejantes a las que hacen que se prefiera hablar de “influenciar” en lugar de ‘influir’, de ‘concretizar’ en lugar de ‘concretar’ o de ‘direccionar’ en lugar de ‘dirigir’. O sea, una corrupción de la lengua basada en la falsa impresión de que alargar una palabra es una forma de agregarle sofisticación, profundidad, a su significado”. *Idem*. Con todo, fue Susana Pozzolo quien introdujo el término, en un artículo de 1998. Pozzolo, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 21, vol. II, 1998, pp. 339-354.

²⁹ Guastini, Ricardo, “La «constitucionalización» del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 49.

confirma o lo contradice; si puede expresarse así, el sistema queda saturado por los principios y derechos.³⁰

Como sea, este fenómeno de constitucionalización es gradual, y pasa, retomando a Guastini, por las siguientes condiciones: 1) una Constitución rígida; 2) la garantía constitucional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la “sobreinterpretación” de la Constitución; 5) la aplicación directa de las normas constitucionales; 6) la interpretación conforme de las leyes, y 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. El autor afirma que las condiciones 1 y 2 son necesarias para la constitucionalización, mientras que cada una de las restantes son suficientes. Veamos con algo más de detalle estas características.

1. *Una Constitución rígida* es aquella que no puede derogarse, ni modificarse o abrogarse si no es mediante un procedimiento más complejo que el utilizado normalmente para reformar las leyes.³¹ Para el constitucionalismo representa, en términos generales, una garantía de estabilidad en dos aspectos: *a)* para la parte orgánica de la Constitución, la rigidez garantiza el mantenimiento de una infraestructura clara de las competencias constitucionales de los órganos del Estado a través del tiempo; dicho de otro modo: se garantiza un elevado grado de institucionalidad; y *b)* para la parte dogmática, la rigidez, acompañada de un grado importante de abstracción de las disposiciones jurídicas (el empleo de términos no específicos a la hora de enunciar derechos y la admisión de excepciones implícitas al ejercicio de los mismos, en función de otros derechos y bienes que hay que ponderar), permite a los jueces constitucionales, mediante la interpretación, unir a las diversas generaciones de la nación bajo el mismo principio de justicia.³²

Si no hay rigidez y abstracción se corre el riesgo de “amarrar” a los jueces constitucionales al texto específico de la Constitución, dificultando enormemente las interpretaciones progresivas o expansivas de los derechos y contribuyendo a la preservación del formalismo judicial. El principio *pro persona*, tan comentado y alabado últimamente por haberse añadido al artículo 1o. constitucional en 2011, se conjuga mejor con un sistema rígido y

³⁰ Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto de 2004, p. 51.

³¹ “[U]na Constitución es «rígida» — afirma Víctor Ferreres — si su modificación exige un procedimiento más complejo que el procedimiento legislativo ordinario, frente a lo que ocurre con una Constitución «flexible»”. Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 23, 2000, p. 30.

³² *Ibidem*, pp. 34 y 35.

abstracto (como el que pregona Ferreres Comella), que con uno flexible y concreto que hace de la Constitución un mero código lleno de detalles y minucias normativas, y en el que la interpretación no juega un papel protagonista.

Ligada a la de rigidez, existe la idea de irreformabilidad o inmutabilidad de ciertos contenidos explícitos (cláusulas de intangibilidad) o implícitos, que algunas Constituciones poseen. La idea de estas limitaciones implícitas o explícitas no es muy diferente a la que persigue la rigidez: buscan, al menos parcialmente, la preservación y la estabilidad del sistema de ciertas competencias y derechos constitucionales a través de diferentes generaciones.³³

2. En cuanto a la *garantía constitucional de la Constitución*, la condición es que un tribunal garantice la vigencia del texto y de los valores que representa. Nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación es nuestro Tribunal Constitucional que, aunque viene de antaño, lo hemos afianzado a partir de la reforma del ex presidente Ernesto Zedillo de diciembre de 1994; este Tribunal está llamado a defender la regularidad constitucional y los valores constitucionales, mediante los medios de control como el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. En este rubro podemos advertir uno de los principales rasgos del constitucionalismo, un poder contramayoritario razonable, fuerte y que se legitima sólo mediante su argumentación y el cumplimiento del deber de independencia; sólo mediante sus decisiones correctas, adecuadas, justas o aceptables.³⁴

Los grandes modelos de control constitucional pueden ser clasificados en tres grupos:³⁵ a) el control *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*, como en los Estados Unidos. En este sistema es posible que existan leyes inconstitucionales por largo tiempo hasta que la Corte Suprema se pronuncie en un caso concreto y declare que la norma es inconstitucional; los efectos, sin embargo, no son generales; b) el control *a priori* (por vía de acción) e *in abstracto*, como ocurre en Francia, en donde aparentemente se impide que una norma inconstitucional entre en vigor; y c) el control *a posteriori* (por vía de excepción) e *in concreto*, como ocurre en países como Alemania, Italia o

³³ Sobre el tema de las cláusulas de intangibilidad, véase Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y el poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 222 y ss.

³⁴ Esta postura es la que esencialmente defiende Rodolfo Vázquez cuando afirma que es necesario “atrincherar” determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría; a saber: no solamente los derechos civiles y políticos, sino también con los derechos sociales. *Supra*, nota 9.

³⁵ Guastini, Ricardo, “La «constitucionalización»...”, *cit.*, pp. 51 y 52.

España, en donde, a diferencia de los Estados Unidos, los efectos de la invalidez de una ley, declarada por el Tribunal Constitucional, son *erga omnes*.

Asimismo, existen modelos de control concentrado, de control difuso o modelos mixtos, como el que nuestra Suprema Corte adoptó, al resolver el expediente Varios 912/2010, derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *12.511 Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*, emitida el 23 de noviembre de 2009.

3. La *fuerza vinculante de la Constitución* se refiere a que ésta ha dejado de ser un mero manifiesto político, cuya concretización es tarea exclusiva del legislador y no del juez; en la era de la constitucionalización, es posible concebir a la Constitución como una norma jurídica directamente vinculante que no necesita de un desarrollo legislativo secundario para ser aplicada. El viejo modelo consideraba que determinados principios o valores constitucionales, así como los derechos sociales, no podían tener consecuencias normativas de manera directa, es decir, no podían ser utilizadas por los jueces a la hora de resolver casos concretos, sino que era necesario esperar a que el legislador se hiciera cargo de la regulación específica y concreta; se trataba de una concepción constitutiva de la Constitución. En el modelo del constitucionalismo, la concepción de la Constitución es regulativa, porque impone deberes y obligaciones a todos sus destinatarios, por lo que perfectamente puede ser interpretada y aplicada en los casos concretos.³⁶

4. La “*sobreinterpretación*” de la Constitución se refiere a la postura que adopta el operador jurídico frente a la interpretación constitucional. Existen básicamente dos posturas: una restrictiva y otra extensiva. El intérprete que opta por la primera de las posturas adopta la interpretación literal y ve al ordenamiento jurídico como una obra acabada, en la que sólo cabe aplicar

³⁶ Al evaluar las distintas concepciones de la Constitución existe una disyuntiva: o bien abrazar una concepción de la Constitución que sea mecánica, política, procedimentalista y de “fuente de fuentes” del derecho, es decir, una argumentación histórica conservadora; o bien, abrazar una concepción de la Constitución que sea normativa, jurídica, sustantiva y como fuente (directa) del derecho, lo que se correspondería con una argumentación histórica progresiva. Claramente la segunda opción, y no la primera, es la que prefieren los defensores del llamado Estado constitucional, puesto que ven a la Constitución no sólo como un documento de carácter político, sino como una norma jurídica vinculante; no simplemente como una “fuente de las fuentes del derecho”, sino “fuente del derecho” en sí misma considerada; no como una Constitución simplemente “constitutiva” (que se limite a establecer las instituciones y órganos que materializarán los poderes del Estado y les atribuya ámbitos de competencia) sino también como una Constitución “regulativa” (que declara cuáles son los fines y valores que dan sentido a las formas y procedimientos de acción política y los convierte en prohibiciones y deberes, en estándares sustantivos que aquéllos deben respetar. Para ahondar sobre estos “pares” de concepciones de la Constitución, véase Aguiló Regla, Josep, *La Constitución del Estado constitucional*, Perú-Bogotá, Palestra-Temis, 2005, pp. 63 y ss.

el texto a los casos concretos de manera mecánica. El argumento interpretativo más utilizado es el argumento *a contrario*, en el que simplemente se determina si el hecho de que trata se subsume o no en el supuesto de hecho de la norma, para determinar si se aplica o no la consecuencia jurídica; la actitud es formalista por antonomasia, y el intérprete se concibe como alguien que no está facultado para colmar una laguna o realizar operaciones argumentativas que permitan hacer derivaciones del texto interpretado, como inferencias, ponderaciones, etcétera. Este tipo de intérprete prefiere no hacer nada ante una laguna; piensa que se trata de un problema del legislador y no de él. La postura contraria es la que se inclina por la interpretación extensiva (sobreinterpretación), que busca que no queden vacíos legales o lagunas. El argumento interpretativo más utilizado es el denominado *a pari* o *a simili*, en el que es posible derivar o importar soluciones normativas dadas en el texto a casos no regulados expresamente. Este tipo de intérprete no se limita a ver el texto de la ley, sino que su mirada penetra a las llamadas *razones subyacentes* que están detrás del texto legal, y que permiten advertir casos de *infra* y *supra* inclusión. Como dice Francisco Laporta en un sugerente ejemplo en el que explica las tesis de F. Schauer, la norma que prohíbe ingresar a un restaurante con perros, naturalmente no fue pensada para impedir que un ciego entre con su perro lazarillo (esa no es la razón subyacente), sino para asegurar la tranquilidad de los comensales (ésta es la razón subyacente). Por otro lado, un caso no regulado por esa norma, por ejemplo, una pareja que lleva a un bebé que escandaliza con su llanto, podría ser resuelto no con el texto de la norma, pero sí mediante la aplicación de la razón subyacente. En el caso del perro lazarillo, estamos frente a un caso de sobreinclusión (*over-inclusion*, para Schauer), mientras que el caso del bebé escandaloso sería de infra inclusión (*under-inclusion*).³⁷

A nivel constitucional, nuestro artículo 1o., a través del llamado principio *pro persona*, posibilita la sobreinterpretación, ya que el juez, ante un conflicto interpretativo, debe elegir la interpretación del texto que más proteja a las personas, que más respete a sus derechos humanos; es decir, que ante una disyuntiva entre la dimensión de la autoridad y los valores, deberá elegir estos últimos, aunque ello implique algún tipo de infidelidad con el texto constitucional, en el entendido de que atenderá a las razones subyacentes del texto mismo.

³⁷ Laporta, Francisco, “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”, en Laporta, Francisco J. et al. (eds.), *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Colloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 81-83.

Por eso, los críticos consideran que esta actividad no se traduce en interpretar, sino “sobreinterpretar”, es decir, “más que interpretar”. Para los formalistas u originalistas (como los positivistas clásicos), esto constituye una auténtica herejía; sin embargo, para los constructivistas (como Ronald Dworkin), la sobreinterpretación es la forma más adecuada para resolver los casos concretos que lo ameriten. Los primeros defienden la idea de “encontrar” el significado, mientras que los segundos defienden la idea de “atribuir” o “asignar” el significado. La tensión también parece irresoluble, ya que para los originalistas, si siempre hay que descubrir el significado, entonces lo que se encuentra puede ser falso o verdadero, por lo tanto, el intérprete o se equivoca o no se equivoca; para los constructivistas, la actividad interpretativa consiste más bien en construir el significado.

5. *La aplicación directa de las normas constitucionales.* Este tipo de normas, con su fuerza vinculante, pueden ser concebidas para limitar el poder político (postura clásica) o también para regular las relaciones jurídicas entre particulares (postura del constitucionalismo). Esta segunda alternativa permite que los jueces resuelvan problemas relacionados con la violación de derechos humanos entre particulares, mientras que la primera no. El constitucionalismo de nuestros días concibe a la Constitución como una serie de normas omnipresentes y transversales de las relaciones sociales con un auténtico espíritu regulativo, como hemos señalado, y no meramente constitutivo, por lo que resulta imperativo que las normas constitucionales sean aplicadas de forma directa en ese tipo de casos.

6. *La interpretación conforme de las leyes* se refiere a que la luz con la que el intérprete busca o asigna el significado de alguna ley proviene de la Constitución, y no al revés. Anteriormente, la operación era la inversa: si uno quería saber cuál era el contenido del texto constitucional, debía acudir a la ley orgánica o a la ley reglamentaria, pues, como he señalado, no se consideraba que la Constitución fuera una fuente directa del derecho, sino una fuente de fuentes.

El principio de interpretación conforme, ha escrito Héctor Fix-Zamudio, se estableció originalmente en la doctrina y la jurisprudencia alemanas con el nombre *verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen* (“interpretación de las leyes de acuerdo con la Constitución”), y ha cobrado notable importancia en la justicia constitucional contemporánea, porque con él se puede evitar la conmoción jurídica que puede llegar a producir la declaratoria general de inconstitucionalidad; a juicio del maestro mexicano, cuando se genera la invalidación general de una norma se hace necesario llenar el vacío que se crea, el cual no siempre es posible sustituirlo por la legislación anterior

y requiere la intervención del legislador para subsanar las infracciones a la Constitución.³⁸

Para llevar a cabo una genuina interpretación conforme, es necesario cumplir con tres condiciones:³⁹ a) que el enunciado a interpretar tenga un significado dudoso, ya que sólo se justifica interpretar cuando el texto permite al operador decantarse por una de las posibilidades interpretativas; en la terminología de Guastini, debe tratarse de una *interpretación-decisión* y no de una *interpretación-conocimiento*, ya que los jueces deben *escoger* un determinado significado con preferencia sobre otros, y deben *usarlo* para calificar el hecho que han de resolver;⁴⁰ b) es necesario demostrar que en el caso concreto no se haya podido derrotar el principio de presunción de constitucionalidad⁴¹ del que gozan todas las normas jurídicas, es decir, el operador debe demostrar que, al menos, una de las posibilidades interpretativas del enunciado a explicar es compatible con la Constitución u otros valores constitucionalmente reconocidos. De este modo, la premisa o el embrión del reconocimiento de la validez lo da la propia disposición, lo cual hace suponer que la posibilidad de validez es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la interpretación conforme. Por ello, el desarrollo argumentativo que acompaña un ejercicio de ese tipo debe servirse de la vocación de validez que posee el enunciado a interpretar; y c) no olvidar que en los casos difíciles o trágicos, el intérprete ha de buscar la primacía de los valores o principios del derecho sobre los aspectos autoritativos de éste; con lo cual

³⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 8, 2001, p. 136. El insigne autor remite a la siguiente fuente. Volker, Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzauslegung des Richters* (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963, pp.184-213; Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de derecho constitucional de la República Federal de Alemania), 16a. ed., Heidelberg, C. F. Müller Juristische Verlag, 1988, pp. 29-32; *id.*, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 53-57.

³⁹ He desarrollado estas condiciones en Lara Chagoayán, Roberto, “Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme: un caso víctima”, *Isonomía. Cuadernos de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 42, abril de 2015, pp. 171-196.

⁴⁰ Cfr. Guastini, Ricardo, *Distintuendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Geddisa, 1999, pp. 202 y 203. (Título original: *Distintuendo. Studi di teoria e metateoria del diritto, collana Analisi e diritto*, Torino, Serie Teorica, Giappichelli, 1996).

⁴¹ Para Eduardo García de Enterría, la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos por la jurisprudencia norteamericana: 1) todas las normas generales deben interpretarse en “harmony with the Constitution”; y 2) la presunción de constitucionalidad de las leyes. Cfr. García Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 95-103.

se ubica en la perspectiva de ver al derecho más como una práctica social que como un mero conjunto de textos.

7. Y finalmente, la última condición es la *influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas*. Esta condición del constitucionalismo se refiere a que las relaciones políticas no están exentas de la regulación constitucional. Como he venido repitiendo, una concepción regulativa (más jurídica que política) de la Constitución permite que los tribunales constitucionales resuelvan diferentes tipos de desacuerdos entre diferentes actores políticos. En México contamos con la controversia constitucional diseñada para resolver conflictos puramente políticos: los relacionados con la posible invasión de las esferas competenciales de determinados órganos del Estado; asimismo, contamos con la acción de inconstitucionalidad, como medio de control abstracto de constitucionalidad de leyes generales; y con todo un sistema de control constitucional en materia de justicia electoral. Finalmente, tenemos una serie de organismos constitucionales autónomos que regulan otro tipo de relaciones políticas. Entre ellos destacan el Instituto Nacional Electoral (INE), el Banco de México, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) o el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

* * *

Para cerrar este apartado, conviene hacernos dos preguntas: ¿un juez mexicano debería plantearse seriamente el abandono del positivismo tradicional? ¿El positivismo jurídico —en cualquiera de sus variantes: metodológico o conceptual, o realista— ha dejado de ser una opción para pensar el derecho? A mi juicio, la primera pregunta debería responderse en forma afirmativa, pues, en efecto, la forma del positivismo tradicional es incompatible con las exigencias, alcances e ideales del nuevo paradigma constitucionalista. Por lo que hace a la segunda, quizás las nuevas formas de entender el positivismo, tales como el neopositivismo de Ferrajoli o el positivismismo que defiende Atienza o, en general, las distintas corrientes de pensamiento que se identifican con el constitucionalismo, sean las opciones a elegir para los operadores jurídicos del siglo XXI.

Esta cuestión, sin duda, tiene que ver con un tema de conciencia: muchos operadores jurídicos se dicen positivistas o constitucionalistas, sin más, sin tener en cuenta con mediana claridad el significado de esa autoadscripción. Por lo que he podido ver en la práctica, muchos operadores jurídicos —especialmente jueces— que se dicen positivistas, estarían dispuestos a ad-

mitir más de alguna de las condiciones del fenómeno de la “constitucionalización”, que acaban de ser descriptas.

Por lo demás, la discusión que subyace a las etiquetas es la que realmente debe importarnos: el tipo de enfoque que se da a los problemas prácticos tiene mucho que ver con las convicciones del operador. La actitud de los juristas ante los casos concretos está directamente relacionada con el tipo de concepción del derecho que éstos asuman. Insisto: no se trata solamente de la etiqueta, sino incluso de lo que significa enfrentar un caso desde una determinada convicción de lo que el derecho es.

Más de una vez he escuchado a ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación admitir que el caso X *no debería* ser resuelto de la manera Y, pero que, desgraciadamente, *no puede* ser resuelto de otro modo porque “esa otra solución” que no está expresamente prevista en la ley, aunque parece razonable, más correcta y más justa. A veces se trata de algo más que cinismo profesional: existen operadores convencidos de que en casos como ese “hacen lo jurídicamente correcto” aunque ello no coincida con lo “genuinamente correcto”. El problema de estos juristas, según creo, es que no acaban de aceptar, lo menos, la unidad de la razón práctica, es decir, una identificación entre la corrección jurídica y la corrección moral (véase apartado VI).

Por lo anterior, considero que algunas nociones como “ideal regulativo”, “criterio de corrección”, “punto de vista interno” o “razones subyacentes”, que no están en el ADN del positivismo tradicional pero sí en el pospositivismo, ayudan a resolver casos difíciles de una forma más acorde con los valores constitucionales. Consecuentemente, es importante insistir en la (buena) capacitación de los jueces y en la educación de las nuevas generaciones de juristas en materia de teoría y filosofía del derecho. Entender las diferencias teóricas entre las concepciones del derecho supone mucho más que clasificaciones y membresías: lleva al jurista práctico a desarrollar su trabajo con una mejor o una peor orientación de cara a los valores del Estado constitucional.

V. CUARTA TENSIÓN: SUPREMACÍA CONTRA SOBERANÍA

Supremacía y soberanía, principios de rango constitucional, se oponen cuando se plantea la pregunta sobre si un tribunal constitucional puede o no analizar la validez de un acto de reforma constitucional. Para ello, conviene preguntarse ¿cuál es el carácter del poder constituyente permanente, revisor o reformador de la Constitución?

Existen dos posibilidades: 1) admitir que el poder de reforma de la Constitución es *limitado*, en concordancia con el principio jurídico de supremacía constitucional; o 2) admitir que ese poder es *ilimitado*, al cobijo del principio político de soberanía popular.⁴²

Entre los límites reconocidos por la doctrina destacan los *explícitos* (o cláusulas de intangibilidad), que se encuentran en el propio texto constitucional, y los *implícitos* cuya existencia sólo puede ser deducida indirectamente, ya sea como una consecuencia lógica de los presupuestos en que descansa el sistema constitucional en su conjunto, o bien como correlato de ciertos significados contenidos en determinados preceptos de la Constitución.⁴³ En el caso mexicano, la Constitución general establece límites relacionados con los requisitos formales que requiere una reforma constitucional, pero no se trata en verdad de cláusulas de intangibilidad, a saber, los que contiene el artículo 135 constitucional,⁴⁴ referido al procedimiento de reforma: 1) que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones; y 2) que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas. Podría discutirse si implícitamente existen límites derivados de la parte dogmática o de la parte orgánica de nuestra Constitución, o si de los límites formales puede extraerse una suerte de *ratio*, pero ese tema escapa a los alcances de este trabajo.

Con todo, considero que *no es posible identificar el poder reformador con el poder constituyente o soberano*, porque entonces quedaría en entredicho el principio jurídico de supremacía constitucional, dando prevalencia al principio político de soberanía popular. Con ello, se produciría una confusión que en nada beneficia al Estado constitucional, pues tales principios pueden coexistir siempre que se asocien adecuadamente con los momentos históricos y con el tipo de ejercicio de que se trate. En efecto, el poder constituyente, soberano, ilimitado del pueblo, no puede quedar encerrado dentro del ordenamiento constitucional. La historia ha demostrado —ya se dijo— que cada

⁴² La identificación del principio de soberanía popular ha sido sostenida, entre otros, por Kelsen y Krabbe. La distinción de los tipos de poderes constituye ya un lugar común. Véase Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y el poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 222 y ss.

⁴³ *Ibidem*, pp. 240 y ss.

⁴⁴ “Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas”.

intento de organización jurídica del poder constituyente, en el mejor de los casos, ha servido sólo para privar al pueblo de sus facultades soberanas, a favor de otras instancias u otros órganos estatales.⁴⁵ Por ello, considero que ese poder ilimitado se ejerce, de acuerdo con su propia naturaleza, como fuerza externa al sistema, por lo que siempre, y en todo momento, podrá reformar la Constitución existente o establecer una nueva, *pero su actuación no podrá explicarse en términos jurídicos, sino por las vías de hecho*, esto es, mediante un proceso revolucionario.⁴⁶

En cambio, ningún poder constituido, como entendemos al poder de reforma, puede extraerse de la órbita de competencias que le otorga la propia Constitución, ya que ello equivaldría a hacer del poder de revisión un auténtico y soberano poder constituyente. Aun cuando se acepte que la competencia para reformar la Constitución no es una competencia normal, sino una facultad *extraordinaria* o, si se quiere, una “*competencia de competencias*”, ello no implica (o no puede implicar) que se identifique, sin más, la facultad extraordinaria con el *poder soberano*. Claramente se trata de conceptos que no son idénticos ni intercambiables, pues el poder de revisión nunca podrá tener otro fundamento que no sea la propia Constitución; en cambio, el poder constituyente, como poder soberano, es previo e independiente del ordenamiento.

En resumen, las posibilidades de actuación del poder reformador de la Constitución son solamente las que el ordenamiento constitucional le confiere. Asimismo, lo son sus posibilidades materiales en la modificación de los contenidos de la Constitución. Esto último, porque el poder de reforma tiene la competencia para modificar la Constitución, pero no para destruirla.⁴⁷ Por lo anterior concluyo que, solamente considerando al poder

⁴⁵ Vega, Pedro de, *La reforma Constitucional...*, *cit.*, p. 235.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 238 y 239. Incluso, hay quienes como Sisyès, ha sostenido que el poder constituyente es “un poder independiente de toda forma constitucional... que puede querer como desee... al margen de todo derecho positivo...”. *Ibidem*, p. 237.

⁴⁷ Es ya clásica la afirmación de Marbury, según la cual: “the power to amend the Constitution was not intended to include the power to destroy it”. Anota Pedro de Vega: “La explicación [de que el poder reformador es limitado] es muy simple, y se basa en un viejo argumento empleado ya por Vattel en su *Derecho de gentes*. Si el título y la autoridad del poder de reforma descansa en la Constitución, ¿podría ese poder destruir aquellos supuestos constitucionales que constituyen su propio fundamento y razón de ser? Nada tiene de particular, por lo tanto, que mientras el poder constituyente se presenta como un poder, por definición, absoluto e ilimitado, la doctrina más consciente entienda que el poder de reforma es, en esencia, en cuanto poder constituido, un poder limitado. Sus posibilidades materiales de actuación terminan donde la modificación constitucional implique la destrucción de su legitimidad como poder de revisión”. *Ibidem*, p. 237.

reformador como un poder constituido y limitado, la estructura de la organización constitucional democrática mantiene su coherencia, y de esta forma cobra sentido el principio jurídico de *supremacía constitucional*, ya que así ningún poder organizado y regulado por la Constitución puede ubicarse encima de ella.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de enfrentar un planteamiento de supremacía constitucional al resolver el amparo en revisión 186/2008 y el resuelto el 29 de septiembre de 2008, que fueron difundidos en la prensa como el “amparo de los intelectuales”. En esta resolución, la Suprema Corte determinó que el amparo era notoriamente improcedente.⁴⁸ Sin embargo, en una resolución posterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación volvió a revisar los asuntos una vez que regresaron a los respectivos jueces de distrito para ser valorados en cuanto a la procedencia. Así, el 28 de marzo de 2011, se resolvió el amparo en revisión número 2021/2009, pero en él, se dio un giro regresivo con relación a la resolución anterior, que terminó en la improcedencia del juicio, esta vez por considerar que ante una eventual concesión del amparo, los efectos de la concesión no podrían tener lugar.⁴⁹

⁴⁸ Véase la tesis aislada P. LXXVI/2009, de rubro “PROCEDIMIENTO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. NO ES MANIFIESTA NI INDUDABLE LA IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO EN SU CONTRA”, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 15. Amparo en revisión 186/2008. Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal. 29 de septiembre de 2008. Mayoría de seis votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán. Asimismo, véase la tesis aislada P. LXXV/2009, de rubro “PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATORIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL”, emitida por el Tribunal Pleno, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 14. Amparo en revisión 186/2008. Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal. 29 de septiembre de 2008. Mayoría de seis votos. Disidentes: Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Sergio A. Valls Hernández. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Roberto Lara Chagoyán.

⁴⁹ La resolución se tomó por mayoría de siete votos de los ministros Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Pardo Rebolledo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia. Los ministros Cossío Díaz, Zaldívar Lelo de Larrea y Sánchez Cordero de García Villegas y presidente Silva Meza votaron en contra y, excepto el ministro presidente Silva Meza, reservaron su derecho para formular, en su caso, voto particular o de minoría. Los ministros Aguirre Anguiano, Aguilar Morales, Franco González Salas y Luna Ramos reservaron su derecho para formular votos concurrentes.

VI. QUINTA TENSIÓN: OBJETIVISMO CONTRA NO-OBJETIVISMO (ESCEPTICISMO O RELATIVISMO) MORAL

El problema que entraña esta tensión puede reformularse mediante la siguiente pregunta: ¿el razonamiento jurídico es distinto al razonamiento moral? Para algunos jueces y académicos son lo mismo, pero para otros no. Es decir, para algunos —los defensores del positivismo— la corrección jurídica no tiene nada que ver con la corrección moral, mientras que para otros —positivistas críticos o pospositivistas—, algunos aspectos centrales de la práctica jurídica serían difícilmente comprensibles sin el componente moral. Veamos esto con más detalle.

Rodolfo Vázquez, como militante del liberalismo igualitario, acepta la idea del objetivismo moral, como queda reflejado en el siguiente párrafo:

En relación con los fundamentos éticos, y específicamente desde el punto de vista de la metaética, el liberalismo igualitario descansa sobre una concepción objetivista de la moral. A diferencia de otras concepciones posibles, como el subjetivismo y el absolutismo moral, el objetivismo parte de la idea de que los principios morales se apoyan en consideraciones que, *prima facie*, cualquier individuo podría aceptar.⁵⁰

Trasladado al terreno de la teoría del derecho, el objetivismo moral apunta a entender la relación entre el derecho y la moral como “conceptos conjugados” y relativamente autónomos, como señala Gustavo Bueno, citado por Manuel Atienza: “El derecho tiene una relativa autonomía con respecto a la moral o, para emplear una noción de Gustavo Bueno, derecho y moral son conceptos conjugados, que no pueden entenderse el uno separado del otro sin que, naturalmente, puedan confundirse”.⁵¹

Como se sabe, Manuel Atienza es un defensor de un “objetivismo moral mínimo”, que entiende como sigue:

De manera que la función de la moral en relación con el derecho es tanto externa como interna, y en ambos casos yo creo que se necesita presuponer lo que he llamado un objetivismo moral mínimo. En cuanto a lo primero, porque los juicios relativos a cómo debería ser el derecho (o sea, cuáles sus contenidos fundamentales; dejando, pues, fuera las cuestiones propiamente de técnica legislativa) son juicios morales que no pueden pertenecer sin más

⁵⁰ Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado...*, cit., p. 33.

⁵¹ Atienza, Manuel, “Objetivismo moral y derecho”, tomado del blog del autor *La mirada de Peitho*, <http://lamiradadepeitho.blogspot.mx/2016/03/objetivismo-moral-y-derecho.html>, p. 38.

a una determinada moral positiva, sino que tendrán que ser juicios fundados objetivamente. O sea, todo lo dicho antes a propósito del objetivismo moral vale en relación con el campo de la legislación. La “racionalidad ética” es uno de los componentes de la racionalidad legislativa. Y por lo que hace a la relación interna entre el derecho y la moral, a los juicios morales internos al derecho, éstos tienen que llevar incorporada también (al menos, en relación con algunos de los participantes en la práctica: los jueces o los dogmáticos) una pretensión de corrección moral, tanto a la hora de identificar el derecho como cuando se efectúan razonamientos jurídicos de tipo justificativo: antes lo habíamos visto en relación con las motivaciones judiciales.⁵²

Ahora bien, las críticas en contra del objetivismo moral son muchas y agudas. Una buena síntesis de ellas está contenida en este párrafo de Manuel Atienza:

El objetivismo moral conduce a la intolerancia y a la arbitrariedad. Quien considera que hay valores verdaderos u objetivos (los suyos) tiene que pensar también que los otros (los que se oponen a los suyos) no lo son, y tiende en consecuencia a imponer sus valores (verdaderos) a los de los otros (que necesariamente tendrá que considerar como falsos: la verdad es una). Además, el objetivismo (por ejemplo, la creencia de que existen valores objetivos en el derecho) sirve de pantalla para atribuir una aparente justificación a lo que, en realidad, no lo tiene, porque es un puro ejercicio de arbitrariedad. Es lo que ocurre en el derecho con la apelación a la ponderación como método para resolver (con criterios presuntamente objetivos) conflictos entre principios o entre valores.⁵³

Esta tensión es, quizás, la que más divide a los juristas tanto teóricos como prácticos, por ser una de las más sensibles en la historia de la teoría y la filosofía del derecho. En el caso de los jueces, es posible observar también la división que se hace patente cuando se preguntan si deben o no incluir en sus deliberaciones algún punto de vista moral. Para los no-objetivistas (escépticos o relativistas) las deliberaciones morales se dan en el seno del legislador democrático y no en la sede jurisdiccional. En cambio, para los objetivistas resulta imposible no incluir a la moral en las deliberaciones, porque sin el ingrediente valorativo la idea de *Estado de derecho* simplemente quedaría incompleta.

¿Cómo resolver esta tensión? A mi juicio, la clave de la cuestión puede encontrarse apelando a un concepto fuerte de *Estado de derecho*. En otras

⁵² *Ibidem*, pp. 39 y 40.

⁵³ *Ibidem*, p. 10.

palabras, si se toma en serio el alcance de este concepto, entonces es muy difícil no aceptar la tesis del objetivismo moral. Para tratar de argumentar a favor de esta posición, voy a recurrir a la conocida tesis de Elías Díaz, quien considera que no todo Estado *con* derecho es un Estado *de* derecho, sólo algunos: aquellos que cumplen con las siguientes notas características:

a) *imperio de la ley...*; b) *división de poderes...*; c) *fiscalización de la administración...*; y d) *derechos y libertades fundamentales, garantías jurídicas* (penales, procesales y de todo tipo) así como efectiva realización material de las exigencias éticas y políticas, públicas y privadas, que, especificadas y ampliadas en el tiempo con *derechos económicos, sociales y culturales* y de otra especie, constituyen la base para una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos.⁵⁴

Manuel Atienza ha evaluado estos cuatro pilares del Estado de derecho de Elías Díaz, y distinguido *la dimensión de la autoridad* y *la dimensión de los valores*. En la primera, ubica al imperio de la ley y a la división de poderes, mientras que en la segunda, a la fiscalización de la administración y a la garantía de los derechos fundamentales. Por lo demás, esta evaluación el autor la lleva a cabo pensando en la fase más visible de la actividad práctica del juez: la interpretación. En sus propias palabras:

La tesis es que el Estado de derecho contiene en sí mismo —en sus características ideales— los polos de una tensión que explica por qué la interpretación es tan importante en el derecho y justifica —según como se resuelva esa tensión— de qué manera ha de proceder el intérprete. El primero de esos polos es *la dimensión de autoridad* y está representado, diría que fundamentalmente, por las dos primeras notas del Estado de derecho: *la del imperio de la ley y la de la división de poderes*. Como lo ha señalado Raz (1996), la importancia de la autoridad en el derecho es lo que hace que la interpretación juegue en este campo un papel esencial, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el de la moral. El otro polo lo constituye lo que podríamos llamar *la dimensión de los valores*, el contenido de justicia que implica la noción de Estado de derecho —fundamentalmente, diría—, a través de las dos características de *la interdicción de la arbitrariedad y de la garantía de los derechos y libertades fundamentales*. La necesidad de hacer justicia, de lograr el cumplimiento de ciertos valores respetando lo establecido por la autoridad es, cabe decir, la razón de ser de la interpretación jurídica. Si sólo hubiese autoridad o sólo hubiera la necesidad

⁵⁴ Díaz, Elías, “Estado de derecho y derechos humanos”, *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica C.*, Puebla, Editorial Cajica, vol. 1, 2002, p. 222.

de hacer justicia, entonces no sería necesaria —o apenas sería necesaria— la interpretación⁵⁵

Pues bien, los operadores jurídicos que interpretan el derecho, pueden hacerlo desde el no-objetivismo o desde el objetivismo moral. Los primeros —identificados con la corriente interpretativa clásica, que sostiene que interpretar significa simplemente *descubrir* significados— abrazan la dimensión de la autoridad, por lo que ponen el acento en la división estricta de poderes (solamente debe ser la boca de la ley) y, por supuesto, en el imperio de la ley. En cambio, los jueces que asumen el objetivismo moral —identificados con la vertiente interpretativa que sostiene que interpretar significa también *asignar* o *atribuir* significados— apoyan con más vehemencia la dimensión de los valores: el respeto irrestricto a los derechos humanos, y el sometimiento del poder público a la legalidad y a los valores constitucionales.

En realidad no se trata de excluir alguna de las dos dimensiones; se trata, otra vez, de poner el acento en alguna de ellas, especialmente si se está ante un caso difícil o trágico. Así pues, si la dimensión valorativa es una condición de la construcción del Estado constitucional de derecho, entonces parece difícil no admitir un mínimo de objetivismo moral, que no es otra cosa que la defensa y protección de los derechos humanos.

Así las cosas, cabe preguntarnos: ¿qué tipo de juez constitucional queremos? ¿Qué tipo de filosofía constitucional queremos detrás de ese juez? Dicho de otro modo: cuando se trata de resolver un caso de los denominados difíciles, en los que se ponen en juego cuestiones valorativas que dividen opiniones expertas y profanas ¿qué tipo de juez necesitamos: uno que defienda la dimensión de la autoridad u otro que defienda la dimensión valorativa? Y con la reforma de derechos humanos de junio de 2011, ¿no será necesario que nuestros jueces constitucionales sean conscientes de qué dimensión —si la de la autoridad o la de los valores— es más compatible con el mandato constitucional?

A mi juicio, la dimensión valorativa es necesaria en el Estado constitucional moderno, y no supone en modo alguno abrir la puerta al absolutismo de la moral, ni tampoco al reino de la arbitrariedad; supone, más bien, un abandono de formalismo y de algún tipo de positivismo. Considero que la dimensión valorativa del Estado de derecho, acorde con un objetivismo moral mínimo, puede ser compatible con posturas cercanas al *pospositivismo*, o con un positivismo incluyente, abierto, democrático y plural.

⁵⁵ Atienza, Manuel, “Estado de Derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, vol. 1, 1997, p. 482 (énfasis añadido).

Considero entonces que tanto en la clase política como en el ámbito jurisdiccional, es necesario replantearnos qué filosofía de la Constitución tenemos y queremos para las futuras generaciones.

VII. ALGUNAS CONCLUSIONES

Para el homenaje a Rodolfo Vázquez me he referido a cinco tensiones o problemas teórico-prácticos que, a mi juicio, conviene tomarse en serio cuando nos planteamos si en México (o en cualquier otro sitio) se vive realmente un nuevo paradigma constitucionalista. Se trata de cinco temas sobre los que Rodolfo Vázquez ha pensado y repensado a lo largo del tiempo en su vasta obra. Los problemas relatados nos indican que hablar de un cambio de concepción del derecho y de la forma en la que operamos con él, no se reduce a una mera cuestión de nombre. No se es “constitucionalista” nada más por estar de moda o porque pudiera generar algún tipo de “prestigio” en quien adopta esa posición y “desprestigio” en quien no lo hace. Se trata de algo más profundo. Se trata de una cuestión de conciencia.

He abordado algunos problemas derivados de las contradicciones con la finalidad de que aquellos que aplauden una u otra postura estén conscientes de lo que ello implica y, sobre todo, de que en ningún caso reina la paz, porque no existen posiciones “verdaderas” o epistémicamente “mejores”. Se trata, más bien, de entender cuál es nuestra realidad y cómo podrían lograrse mejor los fines que persigue, en general, la práctica jurídica.

La Constitución de los vivos contra la Constitución de los muertos, como señalé, es una contradicción que enfrenta, por un lado, a personas que ven en la tradición y en el pasado las bases institucionales que han permitido y seguirán permitiendo la estabilidad tanto en la estructura del Estado como en los valores constitucionales; mientras que, por el otro lado, existen quienes consideran que es necesario romper con la tradición y las ataduras del pasado para que sean las generaciones presentes las que se hagan cargo de su realidad y diseñen las estrategias que ahora (y no antes) convienen a esta generación. La discusión es, en todo caso, entre los vivos. Y la respuesta no puede quedar, como expresé, en ninguno de los dos extremos: ni todo es tradición ni todo debe ser innovación.

El resto de las contradicciones colocan a los juristas —particularmente a los jueces— en cualquiera de los siguientes dos grupos bien diferenciados por su forma de concebir el fenómeno jurídico (aceptando que se trata de una sobresimplificación de las cosas): por un lado, estarían los que abrazan el positivismo y, por el otro, los que prefieren el constitucionalismo. Los

primeros suelen ser formalistas, en tanto que los segundos, en ocasiones incurren en un hiperactivismo judicial; los primeros tienden a consolidar la división de poderes y, con ello, muestran una deferencia al principio de soberanía, mientras que los segundos conciben a la supremacía como un principio que regula absolutamente todo el quehacer del Estado, incluso el del Constituyente permanente; por último, los primeros suelen excluir a la moral de las deliberaciones (podría decirse que tienden al escepticismo o, al menos, no consideran que la moral o los principios deban jugar algún papel en la práctica judicial), en tanto que los segundos estiman que si no se atiende el aspecto moral, la actividad jurisdiccional dejaría fuera de su órbita algunos de los conflictos sociales más importantes y graves que, además de la solución genérica que pudiera dar el legislador, requieren un pronunciamiento concreto por parte de los jueces, porque tienen que ver con el reconocimiento y garantía de determinados bienes y valores —como los derechos humanos— que por lo regular guardan tensión entre sí.