

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos y diez preocupaciones prácticas

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la “constitucionalización”, como modelo de organización jurídico-política en el que la dimensión regulativa de la Constitución ocupa la escena central, es impostergable, pero enfrenta desafíos tanto teóricos como prácticos cuando los académicos o, más importante aún, los operadores jurídicos reaccionan frente a él. Algunos de estos desafíos provienen de la teoría constitucional y otros más de la teoría del derecho. En este capítulo abordo algunos de los más conocidos, en pares de elementos que, a mi juicio, se encuentran en constante tensión entre sí, a saber: la Constitución de los muertos contra la Constitución de los vivos (2.); el formalismo contra el activismo judicial (3.); el positivismo jurídico contra el constitucionalismo (4.); la supremacía contra la soberanía (5.), y el objetivismo contra el no objetivismo (o escepticismo) moral (6.).

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

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

He considerado que reflexionar sobre estos desafíos es importante porque la transición hacia el pleno Estado constitucional de derecho es un proceso complejo que no se limita a imaginar e implementar cambios inteligentes en lo legislativo, o constitucionales, sino que demanda también profundas reflexiones acerca de la actitud de los jueces frente a lo que significa la referida transición. En efecto, uno de los puntos clave para que la mutación del Estado legal al constitucional tenga realmente sentido tiene que ver con el tipo de funcionario judicial encargado de operar el sistema. En ese sentido, conviene preguntarnos cuál sería el ideal de juez en el Estado constitucional. Para ello no se puede obviar ni la concepción que tengan del derecho, ni tampoco de la judicatura, es decir, no es lo mismo un juez arraigado en el positivismo tradicional que uno que sea militante del realismo, del iusnaturalismo o del constitucionalismo, y tampoco es lo mismo un juez formalista que uno activista.

Me pregunto, pues, si el contexto social y político de nuestro país es propicio para la serie de cambios que demanda este proceso de constitucionalización; si necesitamos jueces con otro tipo de actitudes, modos de ser y de pensar. ¿Será posible que cambien los que actualmente llevan a cabo la función o habrá que pensar en un recambio? Sea como fuere, los cambios son impostergables y, me parece, deben pasar por reflexiones de carácter político, social, económico y jurídico.

El cambio, entonces, parece ir más allá de las etiquetas teóricas que muchas veces se asumen sin la toma de conciencia debida. No pretendo agotar todas las discusiones relacionadas con la constitucionalización, sino que, con mucha mayor modestia, busco poner al alcance de un jurista promedio los extremos de las contradicciones o problemas a fin de despertar, en la medida de lo posible, algo de conciencia teórica y práctica. Mi pretensión es sencillamente orientar a aquellos lectores que podrían verse extraviados 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.

Hacia el final del capítulo presentaré 10 preocupaciones prácticas —o tareas pendientes— derivadas de cierta manera de los cinco desafíos teóricos referidos. Se trata de una serie de reflexio-

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

nes de carácter operativo que tienen que ver, por un lado, con un aspecto objetivo: la urgencia de cambios en la infraestructura institucional del sistema jurídico mexicano (básicamente cambios en el juicio de amparo y en el sistema de jurisprudencia) y, por el otro, con un aspecto subjetivo: cambios necesarios en la formación, capacitación y selección de los operadores jurídicos y de la abogacía en general.

2. ¿CONSTITUCIÓN DE LOS VIVOS O 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 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 parecer—, “cada generación tiene los mismos derechos que las generaciones que las precedieron, del mismo modo que cada individuo tiene los mismos derechos que cualquiera de sus contemporáneos”.¹ Thomas Jefferson —otro padre fundador— sostuvo algo parecido: en 1789 afirmaba que “la tierra pertenece a los vivos”, en clara referencia a la voluntad contingente que expresan las leyes constitucionales realmente² y, por tanto, no resulta aceptable que tengamos que ceñirnos absolutamente a las condiciones dictadas por los muertos.

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.³ Ante este debate, Jefferson propuso, en sus

¹ Paine, Thomas, *The Political and Miscellaneous Works of Thomas Paine*, Londres, R. Carlile, 1819, vol. 1, pp. 8 y 9.

² 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.

³ Gargarella, Roberto, “Constitucionalismo vs. democracia”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, IJ-UNAM, vol. 3, p. 1992.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Notas para el Estado de Virginia, que cada generación debía tener el derecho de rehacer su Constitución en un periodo aproximado de 20 años.⁴

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).⁵ 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.⁶

Pues bien, esa contradicción se ha mantenido hasta nuestros días entre quienes consideran que los textos constitucionales tienen una vocación de cambio generacional y 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

⁴ *Idem*.

⁵ Weber, Max, *Economía y sociedad*, 2ª ed., México, FCE, 1993, p. 20.

⁶ Aguiló Regla, Josep, “‘Tener una Constitución’, ‘Darse una Constitución’ y ‘Vivir en Constitución’”, *Isonomía. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 28, abril de 2008, pp. 75 y 76.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

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 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 reformas⁷ en sus más de 100 años de existencia, y que quizá sea 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, tales como la laicidad del Estado, el voto de las mujeres, las conquistas de los derechos de las comunidades indígenas o los avances en materia de no discriminación, por mencionar algunos. Pero, naturalmente, estas preocupaciones debemos debatirlas entre nosotros, los vivos, ya que los muertos lógicamente nada pueden aportar a la discusión.

Es cierto que nosotros no estuvimos presentes en 1917 como tampoco en una buena parte de ese siglo xx, ni participamos en los debates ni en cada una de las reformas constitucionales —ni como pueblo, ni como parte de la estructura política—; sin embargo, seguimos viendo al texto constitucional no solo como la máxima norma que nos rige, sino sobre todo como el valor por excelencia de nuestra vida democrática y nuestro Estado de de-

⁷ AA.VV., “Estudio introductorio. Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917”, en Fix-Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Estudio académico elaborado por el IJJ-UNAM y la LXII Legislatura de la Cámara de Diputados*, <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/estudio-introductorio>

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

recho. Pero ello no supone que dejemos de preocuparnos por la enorme deuda constitucional, es decir, por la Constitución incumplida que se refleja en todos y cada uno de los atrasos y promesas realizadas a medias o solo para algunos. La Constitución pendiente, 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; el escandaloso y creciente fenómeno de la desaparición forzada; una educación de calidad y, en fin, la consecución de un auténtico Estado constitucional de derecho.

Si se miran bien, estos deseos incumplidos no parecen distintos a los que tuvo el constituyente de 1917, pero podemos decir que, claramente, 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, jamás habría manera de reformar la Constitución, 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, no viene mal mantener cierto grado de rigidez en ciertas partes del texto constitucional. Por lo demás, no debemos soslayar que, aun cuando decidiéramos darnos una nueva Constitución, serían las mismas fuerzas vivas de hoy (los factores reales del poder) las que protagonizarían (patrocinarían, influirían, decidirían) esa refundación, lo que podría sugerirnos que no habría profundos y verdaderos cambios.⁸

⁸ 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. *Cfr.* Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Prólogo de Eliseo Aja, Epílogo de Alejandro Nieto, Barcelona, Ariel, 2012.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

¿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. Deberá tratarse de una construcción inteligente y 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 la constitución existente (la de los muertos) y aquellos 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 los cambios que se hagan al texto estén pensados y dirigidos hacia una continuidad y evolución más que a una ruptura. Debemos propiciar que sea más difícil reformar las constituciones que las leyes; que los valores constitucionales 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 y esos valores, y principios, y pilares fundamentales que nos hemos dado en cada momento de reforma constitucional, y que desde luego nos dimos como sociedad 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 solo 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.⁹

⁹ Aguiló Regla, Josep, *op. cit.*, pp. 75 y 76.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

En suma, y utilizando un ejemplo de Michel Troper,¹⁰ si consideramos que la Constitución es una construcción humana comparada con una máquina, entonces necesita que se le hagan ajustes con el paso del tiempo, puesto que no podemos pensar en una máquina eterna o intocable, ya que las de ese tipo solo sirven para los museos. Tampoco podemos inventar una máquina nueva sin utilizar la estructura o la base fundamental con la que ya contamos, pues a fin de cuentas, la Constitución formal no es otra cosa que el reflejo en papel de nuestras prácticas democráticas, en lo político, y argumentativas con un criterio de corrección, en lo jurídico.

3. ¿FORMALISMO O ACTIVISMO JUDICIAL?

Manuel Atienza distingue entre dos tipos de formalismo: uno saludable y uno dañino. El primero de ellos consiste en 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. Se trata —agrega Atienza— de lo que Max Weber llamó “racionalidad formal”. En este sentido, ser formalista no tiene nada de particular, pues se trata sencillamente de aceptar *prima facie* que el derecho legislado constituye la mejor opción —aunque no la única— para ordenar la convivencia y resolver los conflictos que de ella emanan.

Por otro lado, Atienza entiende al otro tipo de formalismo como algo dañino para el Estado de derecho, porque constituye “una desviación” del positivismo jurídico que acentúa algunos de sus componentes básicos. Las notas características (o vicios) de esta segunda forma de entender al formalismo —siempre de acuerdo con el autor referido— se basan en los siguientes falsos supuestos:

1. completitud y coherencia de los sistemas jurídicos;
2. creación del derecho solo 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;

¹⁰ Troper, Michel, *op. cit.*, p. 559.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

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. inadecuación del derecho a una sociedad en transformación;
11. el derecho es un fin en sí mismo; es algo sagrado en donde se ensalzan valores internos a sí mismo, como el orden y la seguridad; este prescinde de sus funciones sociales; se pretende aislado de la política y excluyente de la posibilidad de la crítica moral.¹¹

Esta segunda vertiente —que es la que ha marcado la práctica judicial mexicana— implica, para mí, 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.

En el caso mexicano, abrazar el formalismo jurídico es, si se me permite, todavía más pernicioso que en otras latitudes, por al menos dos razones: 1) el sistema de fuentes es, de por sí, complejo como resultado del federalismo: leyes estatales, federales y generales, que no siempre apuntan en la misma dirección; un sistema de jurisprudencia caótico que no vincula las reglas con los hechos y que se sigue sin orden ni método (no existen propiamente hablando, líneas jurisprudenciales); y un conjunto de

¹¹ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 276 y 277. Asimismo, la distinción aparece en dos obras del mismo autor: *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006, pp. 24-27, y *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 22 y 23.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que carecen de regla de reconocimiento, y 2) por lo general, una práctica interpretativa basada no en la buena argumentación, sino en la “cultura del machote”, o sea, en la producción de sentencias bajo el formato de un caso anterior, sin el estudio y el cuidado necesarios; la toma de decisiones judiciales se suele identificar más bien con larguísimas y desordenadas sentencias llenas de información innecesaria, elaboradas mediante un lenguaje oscuro y barroco; con “nombres de argumentos” (que no argumentos en sí) y citas de tratados, doctrina y precedentes internacionales que muchas veces no vienen al caso.

La contracara del formalismo es el activismo judicial, que tiene también dos facetas: una con una carga emotiva positiva y otra con una negativa. La segunda tiene un sentido descalificatorio, porque es un ejemplo de cómo no debería actuar un juez. En palabras de Manuel Atienza, “[u]n juez activista es el que decide una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el derecho”.¹² Es, de hecho, el extremo opuesto del formalismo jurídico y es igualmente dañino para el Estado de derecho:

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 solo al tenor literal de las normas.¹³

Los jueces activistas no resuelven los casos ni desde ni por el derecho mismo, sino en representación de intereses ajenos a este; intereses de algún sector (político, religioso, económico o moral) que representan y que les llevan a construir una agenda, pasando por alto los deberes de independencia e imparcialidad

¹² Atienza, Manuel, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *La mirada de Peitho*, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/>

¹³ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 51.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

judiciales.¹⁴ De hecho, volviendo a Manuel Atienza, el activismo judicial, de acuerdo con el artículo 2 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.¹⁵

Existe, sin embargo, otra forma de entender el fenómeno: “[...] activista es el juez que se toma en serio lo que constituye la función esencial de la jurisdicción: la defensa de los derechos fundamentales de las personas (individual y colectivamente consideradas)”.¹⁶ En efecto, el activismo judicial así entendido se puede predicar por 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.¹⁷ De acuerdo con esta segunda aproximación, los jueces activistas (o simplemente “jueces activos”, en la visión de Manuel Atienza, quien afirma que no es lo mismo activo que activista) 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 este tipo de jueces se caracterizan por: a) ampliar garantías procesales; b) crear dere-

¹⁴ Cfr. 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.

¹⁵ Artículo 2. 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.

¹⁶ Atienza, Manuel, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *cit.*

¹⁷ 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. Board of Education*, el 17 de mayo de 1954, en el que se declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la segregación racial en las escuelas. Cfr. Maraniello, Patricio Alejandro, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, en *Pensar en Derecho* (s.d.), <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>, p. 125.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

chos no reconocidos nominalmente en la ley, mediante sentencias interpretativas; *c*) dialogar con el Congreso, también mediante sus fallos, con relación a la necesidad de las reformas legales necesarias; *d*) establecer sentencias o precedentes que constituyan verdaderos modelos a seguir por los ciudadanos y el Estado.¹⁸ 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”.

Volviendo al activismo en sentido negativo (algunos prefieren llamarlo “hiperactivismo” para distinguirlo del activismo en sentido positivo), conviene reafirmar que se trata de una extralimitación de la actuación que se espera de un juzgador. Los jueces activistas (o hiperactivistas) buscan “cumplir una agenda” que no es la del derecho, esto es, toman decisiones que no les corresponde tomar porque sencillamente no tienen competencia legal para ello. Un juez de este tipo no es independiente, porque utiliza algo más que razones jurídicas para resolver conflictos cuando, por ejemplo, al dictar una política pública toma decisiones presupuestarias o diseña una política legislativa en toda regla.¹⁹ Esto se traduce en una clara violación del principio de división de poderes, porque desconoce los límites de las competencias constitucionales propias. Alejandro Marianello se refiere a este fenómeno como “activismo irrazonable o injusto” y sostiene que quienes lo practican “van a contramano de los preceptos axiológicos de justicia”, porque buscan allanar los caminos procesales para facilitar y homologar el accionar del gobierno a través de un salto de instancias; convalidan normas de emergencia restrictivas de los derechos fundamentales, y también convalidan excesos del poder en general.²⁰

¹⁸ *Ibidem*, pp. 129 y 130.

¹⁹ 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. Véase, con respecto a esa sentencia, Lara Chagoyán, Roberto, “Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme: un caso víctima”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 42, abril de 2015, pp. 171-196.

²⁰ *Ibidem*, p. 130.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

La clave para entender la diferencia entre un juez activo y un activista (o hiperactivo) —estimo— está en el *deber* de independencia de los jueces. Al respecto, Josep Aguiló distingue a los jueces de otras autoridades, centralmente, de 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 en que sus decisiones no pueden portar intereses o fines ajenos al derecho. En sus palabras:

Este es el sentido en el que me parece que una buena concepción de la independencia debe mostrar la oposición entre esta 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).²¹

Por otra parte, no niego que los jueces tengan de hecho alguna agenda moral, política o religiosa, ya que sería imposible que no la tuvieran, puesto que no son máquinas; sin embargo, esa agenda debe conducirse con el respeto irrestricto del 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 esta la que debe prevalecer ante un posible conflicto, y no la de carácter personal del juzgador.

En suma, un juez no puede adoptar una actitud pasiva ante la letra de la ley, como si esta pudiera ser interpretada exclusivamente a través del método literal; por el contrario, el juez debe ser activo, esto es, ser consciente de que la interpretación de los materiales jurídicos ha de orientarse hacia un propósito (pero

²¹ Aguiló Regla, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Palma de Mallorca, Lleonard Muntaner, 2008, p. 38.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

no cualquiera) al de los mandatos constitucionales y las razones subyacentes a ellos: la democracia, los valores de igualdad, dignidad, libertad y seguridad. En mi opinión, solo un juez activo, en el sentido positivo apuntado, podría estar a la altura de las exigencias del párrafo segundo del artículo 1 constitucional, 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 Política de los Estados Unidos Mexicanos y con los tratados internacionales en 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 el formalismo y, en el segundo, porque el activismo (o hiperactivismo) sencillamente no es compatible con el deber de independencia judicial.

4. ¿CONSTITUCIONALISMO O POSITIVISMO?

En este aspecto quiero referirme a una cuestión relacionada con el tipo de filosofía del derecho en la que militamos todos los juristas, aunque no siempre ni en todos los casos de manera consciente. Simplificando quizá demasiado las cosas podemos sostener que actualmente el debate gravita en torno a dos grupos de concepciones que difieren en lo tocante a si el derecho tiene o no algún tipo de relación con la moral: 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”.²² Como “teoría”, el positivismo se caracterizaría,

²² Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991, p. 42.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

de acuerdo con Bobbio, por las siguientes notas: *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, 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.²³ 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.²⁴

CUADRO 1. *Positivism jurídico (Norberto Bobbio)*

<i>Metodología</i>	<i>Teoría</i>	<i>Ideología</i>
El jurista asume una actitud avalorativa u objetiva o éticamente neutral. 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.	El derecho se caracteriza por las siguientes notas: 1. es coactivo; 2. las normas jurídicas son imperativas (mandatos); 3. la ley tiene supremacía sobre las otras fuentes del derecho; 4. el ordenamiento jurídico no tiene lagunas (plenitud), ni antinomias (coherencia), y 5. el único criterio admisible para la aplicación del derecho es la subsunción.	<i>a)</i> El jurista asume que si una ley es válida (pertenece al sistema), entonces también es justa; <i>b)</i> El derecho, con independencia del valor moral de sus reglas, es un valor en sí mismo porque sirve para la obtención de ciertos fines como el orden, la paz, la certeza o la justicia legal.

²³ *Ibidem*, p. 45.

²⁴ *Ibidem*, p. 47.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

Pues bien, para quienes abrazan el positivismo en su más estricta concepción (dejo fuera a formas de positivismo incluyente) existe una serie de consecuencias teóricas que podrían no empatar con el nuevo paradigma constitucionalista, a saber:

- a) las proposiciones normativas del texto constitucional constituyen reglas (y no principios);
- b) como consecuencia de lo anterior, la interpretación de esas reglas debe ser estricta (no extensiva, ni analizada de acuerdo con fines, propósitos, valores y/o políticas públicas);
- c) las llamadas razones subyacentes de las reglas no tienen cabida en la argumentación porque son subjetivas y solo representan la agenda personal del juez, y
- d) no hay lugar a un criterio de corrección o ideal regulativo que no sea el que se deriva de las reglas objetivas del orden jurídico.

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, debe argumentar exclusivamente a partir de lo ordenado de manera expresa en la letra de la Constitución y de la ley, sin apelar a la llamada justificación externa. Esta es la idea del positivismo normativista más extremo. 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.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

En contrapartida, la Constitución del Estado constitucional que defiende el constitucionalismo²⁵ concibe al texto fundamental como un invasor que impregna todo el ordenamiento, como lo diría un gran crítico del constitucionalismo, Riccardo 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 legis-

²⁵ Conviene hacer alguna referencia 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, núm. 1, 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 argumenta, 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 ‘influnciar’ 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”. *Ibidem*, p. 2. Con todo, fue Susana Pozzolo quien introdujo el término, en un artículo de 1998: “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa 21*, vol. II, 1998, pp. 339-354.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

lación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.²⁶

Lo anterior significa, bien entendido, que no se trata solamente de tener una Constitución, sino de vivir bajo una Constitución, y que todos, absolutamente todos, empezando por el poder político, nos sometamos, más que al puro texto, a los mandatos y 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 confirma o lo contradice; si puede expresarse así, el sistema queda saturado por los principios y derechos.²⁷

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

²⁶ Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, p. 49.

²⁷ Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto de 2004, p. 51.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

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.

4.1. Una Constitución rígida

Es aquella que no puede derogarse, modificarse y abrogarse sino mediante un procedimiento más complejo que el utilizado normalmente para reformar las leyes.²⁸ Para el constitucionalismo representa, en términos generales, una garantía de estabilidad en dos aspectos: primero, 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 segundo, 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 unir, mediante la interpretación, a las diversas generaciones de una nación bajo el mismo principio de justicia.²⁹

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 1 constitucional en 2011, se conjuga mejor con un sistema rígido y abstracto (como el que pregona Ferreres Comella) que con uno flexible y concreto que hace de la Constitución un mero código

²⁸ “[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’”. En Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 23, 2000, p. 30.

²⁹ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

lleno de detalles y minucias normativas, y en el que la interpretación no juega un papel protagónico.

Ligada a la de rigidez está 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: busca, al menos parcialmente, la preservación y la estabilidad del sistema de ciertas competencias y derechos constitucionales a través de diferentes generaciones.³⁰

4.2. La garantía constitucional de la Constitución

La condición es que un tribunal garantice la vigencia del texto y de los valores que representa. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) es nuestro Tribunal Constitucional que, aunque viene de antaño, lo hemos afianzado a partir de la reforma del presidente Zedillo de diciembre de 1994. Este Tribunal está llamado a defender la regularidad constitucional y los valores constitucionales mediante mecanismos de control como el juicio de amparo, la controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad. En este rubro es posible advertir uno de los principales rasgos del constitucionalismo: el poder contramayoritario razonable, fuerte y que se legitima solo mediante su argumentación y el cumplimiento del deber de independencia; únicamente mediante sus decisiones correctas, adecuadas, justas o aceptables.³¹

Los grandes modelos de control constitucional pueden ser clasificados en tres grupos:³² a) el control *a posteriori* (por vía

³⁰ Sobre el tema de las cláusulas de intangibilidad véase, por todos, Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y el poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 222 y ss.

³¹ 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 solo los derechos civiles y políticos, sino también los sociales. AA.VV., *Tribunales Constitucionales y Democracia*, 2a. ed., México, SCJN, 2008, pp. 378 y 379.

³² Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico...”, *cit.*, pp. 51 y 52.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

de excepción) e *in concreto*, como en 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 España, en donde, a diferencia de 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 *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, emitida el 23 de noviembre de 2009.

4.3. La fuerza vinculante de la Constitución

Se refiere a que esta 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, en otras palabras, no podían ser utilizados 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 idea 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.³³

³³ Al evaluar las distintas concepciones de la Constitución surge una disyuntiva: o bien abrazar una concepción de la Constitución que sea mecánica,

4.4. 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 adopta la interpretación literal y ve al ordenamiento jurídico como una obra acabada, en la que solo cabe aplicar el texto a los casos concretos de manera casi mecánica. El argumento interpretativo más utilizado es el argumento *a contrario*, en el que simplemente se determina si el hecho de que se 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 interprete se concibe como alguien que no está facultado para colmar una laguna o realizar operaciones argumentativas que permitan hacer derivaciones del texto interpretado, tales como inferencias, ponderaciones, etc. 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

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 solo 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 aquellos 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 constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

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 sobre las tesis de F. Schauer, la norma que prohíbe ingresar a un restaurante con perros no fue pensada, naturalmente, para impedir que un ciego entre con su perro lazarillo (esa no es la razón subyacente), sino para asegurar la tranquilidad de los comensales (esta 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 en el caso del bebé escandaloso sería de infrainclusión (*under-inclusion*).³⁴

A nivel constitucional, nuestro artículo 1, 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.

Por eso, los críticos consideran que esta actividad no se traduce en interpretar, sino “sobreinterpretar”, o sea, “más que interpretar”. Para los formalistas u originalistas (como ciertos positivistas), esto constituye una auténtica herejía; sin embargo, para los constructivistas (como Ronald Dworkin), la sobreinterpretación es la forma más adecuada para resolver determinados casos concretos. Los primeros defienden la idea de “encontrar” el significado, mientras que los segundos defienden la idea de “atri-

³⁴ Laporta, Francisco, “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”, en Laporta, Francisco J.; Ruiz Manero, Juan y Rodilla, Miguel Ángel (eds.), *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Colocquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 81-83.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

buir” 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 tanto, el intérprete o se equivoca o no se equivoca; para los constructivistas, la actividad interpretativa consiste más bien en construir el significado, por lo que su resultado no puede ser calificado como falso o verdadero.

4.5. 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.

4.6. 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, en el legalismo no se consideraba que la Constitución fuera una fuente directa del derecho, sino la 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

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

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 profesor mexicano, cuando se genera la invalidación general de una norma se vuelve necesario llenar el vacío que se crea, el cual no siempre es posible sustituir por la legislación anterior y requiere la intervención del legislador para subsanar las infracciones a la Constitución.³⁵

Para llevar a cabo una genuina interpretación conforme es necesario cumplir con tres condiciones.³⁶ La primera, que el enunciado a interpretar tenga un significado dudoso, ya que solo 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.³⁷

La segunda, que en el caso concreto no se haya podido derrotar el principio de presunción de constitucionalidad³⁸ del que

³⁵ 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: Haak, Volker, *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 Vefassungsrecht 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; asimismo, *Escritos de derecho constitucional* (Selección), trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 53-57.

³⁶ He desarrollado estas condiciones en Lara Chagoyán, Roberto, “Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme...” *cit.*, p. 171.

³⁷ Cfr. Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 202-203. [Título original: *Distinguiendo. Studi di teoria e metateoria del diritto, collana Analisi e diritto*, Turín, Giappichelli, 1996, Serie Teorica].

³⁸ Para Eduardo García de Enterría, la interpretación conforme tiene su origen en dos principios establecidos por la jurisprudencia estadounidense: el primero, todas las normas generales deben interpretarse en “harmony

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

gozan todas las normas jurídicas, es decir, el operador debe demostrar que al menos una de las posibilidades interpretativas del enunciado a interpretar es compatible con la Constitución u otros valores constitucionalmente reconocidos. De este modo, la premisa o el embrión del reconocimiento de la validez es dado por 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 servir de la vocación de validez que posee el enunciado a interpretar.

Y la tercera, 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 este; con lo cual se ubica en la perspectiva de ver al derecho más como una práctica social que como un mero conjunto de textos.

4.7. La influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas

Finalmente, 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. Y por último, tenemos una serie de organismos constitucionales autónomos que regulan otro tipo de relaciones políticas. Entre ellos destacan el Institu-

with the Constitution”; y el segundo, la presunción de constitucionalidad de las leyes. *Cfr.* García Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 95-103.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

to Nacional Electoral (INE), el Banco de México (BM), 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 un par de preguntas: ¿un juez mexicano debería plantearse seriamente el abandono del positivismo tradicional?, y ¿el positivismo jurídico —en cualquiera de sus variantes: blanda o dura— ha dejado de ser una opción para pensar el derecho? A mi parecer, 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, quizá las nuevas formas de entender el positivismo, tales como el neopositivismo de Ferrajoli o el pospositivismo 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.

Sin duda, todo ello 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 admitir más de alguna de las condiciones del fenómeno de la “constitucionalización” que acaban de ser descritas.

Por lo demás, la discusión que trasciende 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 estos asuman. Insisto: no se trata solamente de la etiqueta, sino 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 SCJN 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” no está expresamente prevista en la ley, aunque parezca más razonable, correcta y justa. A veces se

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

trata de algo más que cinismo profesional: existen operadores genuinamente 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 mínimamente la unidad de la razón práctica, es decir, una identificación entre la corrección jurídica y la corrección moral (infra, apdo. 6).

Por lo anterior, considero que algunas nociones tales 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 del pospositivismo, ayudan a resolver casos difíciles de una forma más acorde a 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 discrepancias teóricas entre las diversas concepciones del derecho supone mucho más que interiorizar clasificaciones y membresías: la diferencia lleva al jurista práctico a desarrollar su trabajo con una mejor o una peor orientación de cara a los valores del Estado constitucional.

5. ¿SUPREMACÍA O SOBERANÍA?

Estos dos 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; a lo que conviene preguntarse: ¿cuál es el carácter del poder constituyente permanente, revisor o reformador de la Constitución?

Existen dos posibilidades: la primera, admitir que el poder de reforma de la Constitución es *limitado*, en concordancia con el principio jurídico de supremacía constitucional o, la segunda, admitir que ese poder es *ilimitado*, al cobijo del principio político de soberanía popular.³⁹

³⁹ 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, por todos, Vega, Pedro de, *op. cit.*, pp. 222 y ss.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

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 solo 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.⁴⁰ En el caso mexicano, la Constitución general establece límites relacionados con los requisitos formales que requiere una reforma constitucional, pero no son realmente cláusulas de intangibilidad, a saber, los que contiene el artículo 135 constitucional,⁴¹ 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 a las reformas o adiciones, y 2) que estas 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 puede extraerse de los límites formales una suerte de *ratio*, tema que 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

⁴⁰ Para ahondar en la definición de los tipos de límites, véase *ibidem*, pp. 240 y ss.

⁴¹ “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 estas 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”.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

historia ha demostrado —ya se dijo— que cada intento de organización jurídica del poder constituyente, en el mejor de los casos, ha servido solo para privar al pueblo de sus facultades soberanas a favor de otras instancias u otros órganos estatales.⁴² Por ello, estimo 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.⁴³

En cambio, ningún poder constituido —como se entiende aquí 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 modificarla, pero no para destruirla.⁴⁴ Por lo ante-

⁴² Vega, Pedro de, *op. cit.*, p. 235.

⁴³ *Ibidem*, pp. 238 y 239. Incluso hay quienes, como Sieyès, sostienen 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.

⁴⁴ Es ya clásica la afirmación de Marbury: “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

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

rior concluyo que solamente considerando al poder 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 tuvo la oportunidad de enfrentar un planteamiento como este al resolver el amparo en revisión 186/2008, resuelto el 29 de septiembre de 2008, que fue difundido por la prensa como el “amparo de los intelectuales”. En esta resolución, la Corte determinó que el juicio de amparo contra un acto de reforma constitucional era procedente *prima facie*, por lo cual revocó un desechamiento por notoria improcedencia que había dictado un juez de distrito.

La línea argumentativa que la Corte siguió fue esencialmente la siguiente:

- 1) no existe un enunciado normativo que contenga una regla que permita o prohíba la procedencia del amparo en contra de una reforma constitucional;⁴⁵

simple, y se basa en un viejo argumento empleado ya por Vattel en su *De-recho de Gentes*. Si el título y la autoridad del poder de reforma descansa en la Constitución, ¿podría ese poder destruir aquellos supuestos constitucionales que son 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.

⁴⁵ Los enunciados normativos que había interpretado el juez de distrito para desechar de plano la demanda fueron: 1) la fracción XVIII del art. 73 de la antigua Ley de Amparo, que se prescribía la improcedencia del juicio de amparo “[...] en los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Ley”; 2) el art. 1, frac. I, de la misma ley, que disponía que el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por “[...] leyes y actos de autoridad que violen las garantías individuales”, y 3) el art. 103 constitucional, que entonces señalaba que los tribunales federales estaban facultados para resolver toda controversia que se suscitare por “[...] leyes y actos de autoridad que violen las garantías individuales”. En su argumentación, el juzgador de amparo había invoca-

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

- 2) el poder reformador de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está limitado, en principio, por las normas del procedimiento de reforma establecidas en el artículo 135 constitucional;
- 3) el medio de control por antonomasia para proteger al individuo contra las posibles violaciones a las garantías individuales es el juicio de amparo;
- 4) el artículo 11 de la Ley de Amparo (entonces vigente) define quiénes son autoridades responsables en el juicio de amparo, a saber: las que dictan, promulgan, publican, ordenan, ejecutan o tratan de ejecutar la ley o el *acto reclamado*;
- 5) el Congreso de la Unión y las legislaturas locales, cuando actúan en su carácter de poder reformador (limitado) de la Constitución, deben respetar las normas del procedimiento de reforma contenidas en el artículo 135 constitucional;
- 6) es posible que el poder reformador de la Constitución emita actos apegados al procedimiento constitucional de reforma y también es posible que los emita con desapego a tal procedimiento; por tanto,
- 7) es posible considerar al poder reformador de la Constitución como autoridad responsable en el juicio de amparo, siempre que se impugnen presuntas violaciones al procedimiento de reforma constitucional, y
- 8) si lo anterior es así, entonces el juicio de amparo no es notoriamente improcedente contra el acto de reforma constitucional.⁴⁶

do estas normas para fundamentar el desechamiento de plano, señalando que el acto de reforma constitucional no podía ser violatorio de garantías individuales, con lo que claramente incurría en una petición de principio, puesto que el argumento central de la demanda de amparo consistía precisamente en que dicho acto de reforma era violatorio de garantías.

⁴⁶ 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, tomo XXX, diciembre de 2009, pág. 15. Amparo en revisión 186/2008. Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal. 29 de septiembre de 2008. Mayoría de seis votos. Ausente:

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

Durante poco más de dos años (entre septiembre de 2008 y marzo de 2011) este criterio estuvo vigente en nuestro país; sin embargo, el 28 de marzo de 2011, al resolver el amparo en revisión 2021/2009, la nueva conformación de la Corte daría marcha atrás con relación al tema de la procedencia del amparo contra el acto de reforma constitucional. En efecto, el Alto Tribunal volvió a decretar la improcedencia, esta vez mediante la causal relacionada con la imposibilidad de los efectos del amparo.⁴⁷ Dos años más tarde, la discusión se cancelaría cuando se emitió la nueva Ley de Amparo, el 2 de abril de 2013, en cuyo artículo 61, fracción I, se proscribió legalmente la procedencia del juicio de amparo en contra de reformas o adiciones a la Constitución.

6. ¿OBJETIVISMO, RELATIVISMO O ESCÉPTICISMO MORALES?

En términos muy generales, un objetivista moral (cognoscitivista) es aquel que admite que las razones en las que basa sus

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 REFORMATARIO 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, tomo XXX, diciembre de 2009, pág. 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.

⁴⁷ 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.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

juicios morales tienen un carácter objetivo, que no dependen de sus preferencias personales ni tampoco de las de algún grupo de personas determinado; para el objetivismo, ciertas acciones, conductas, opciones políticas, etc., son moralmente correctas por sí mismas y no porque a alguien más le parezcan correctas. Un extremo del objetivismo —digamos que llevado hasta sus últimas consecuencias— es el *realismo moral*, según el cual existen entidades morales semejantes a los objetos o a las propiedades del mundo físico, es decir, empíricamente verificables.

Por otro lado, en el extremo opuesto tenemos al *escepticismo moral*, según el cual las entidades morales no tienen referente empírico y consecuentemente no es posible predicar la verdad o la falsedad de los juicios morales. Para los escépticos, cualquier apelación al objetivismo moral es una muestra de irracionalidad, ya sea por apelar a las emociones o por perseguir meras ilusiones.

Finalmente, cabe mencionar al *relativismo moral*, que puede ser individual o cultural. Los relativistas apelan a que los juicios morales siempre se hacen desde las preferencias de los sujetos, ya sea de uno solo o de un grupo (comunidad, sociedad, etc.). Para ellos, la corrección moral no depende de los propios objetos (acciones, conductas), sino de las valoraciones que de los objetos hacen los sujetos.

La pregunta relevante que conviene hacernos en este trabajo es: ¿cuál de las tres opciones anteriores conviene al avance del proceso de constitucionalización mexicano? Dicho de otro modo, ¿el razonamiento jurídico tiene (o debiera tener) algún componente moral? Para algunos jueces y académicos sí, y para otros no. En efecto, para algunos —los defensores de la versión más clásica 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.

Quizá esta tensión es la que más divide a los juristas, tanto teóricos como prácticos, por ser una de las más sensibles a lo largo de la historia de la teoría y la filosofía del derecho. Para el caso de los jueces, también se observa la división que se hace patente cuando se preguntan si deben o no incluir en sus deliberaciones

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

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? La clave de la cuestión, creo, puede encontrarse apelando a un concepto fuerte de Estado de derecho. En otras palabras, si se toma en serio el alcance de este concepto, entonces se vuelve 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. Solo lo son 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.⁴⁸

Manuel Atienza ha evaluado estos cuatro pilares del Estado de derecho de Elías Díaz y distingue dos: *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, el autor lleva a cabo esta evaluación 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 justi-

⁴⁸ Díaz, Elías, “Estado de derecho y derechos humanos”, en AA. VV., *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, Puebla, Editorial Cajica, 2002, vol. 1, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2401/23.pdf>, p. 222.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

fica —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 solo hubiese autoridad o solo hubiera la necesidad de hacer justicia, entonces no sería necesaria —o apenas sería necesaria— la interpretación.⁴⁹ (cursivas añadidas)

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 es simplemente *descubrir* significados— enfatizan 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 alguna versión del objetivismo moral —identificados con la vertiente interpretativa que sostiene que interpretar no se reduce a descubrir un significado ya dado, sino que es menester atender las razones subyacentes— apoyan con más vehemencia la dimensión de los valores: el respeto irrestricto a los derechos humanos, así como 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 sencillamente de poner el acento en alguna de ellas, especialmente si se está ante un caso difícil o trágico. Así, si la dimensión valorativa es una condición de la construcción

⁴⁹ Atienza, Manuel, “Estado de derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997, p. 482.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

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 concepción de derecho conviene que ese juez proyecte en sus decisiones? Dicho de otro modo, cuando se trata de resolver un caso de los denominados difíciles, en los que se pone en juego cuestiones valorativas que dividen opiniones expertas y profanas, ¿qué tipo de juez necesitamos? ¿Uno que en un determinado caso (difícil o trágico) defienda la dimensión de la autoridad u otro que defienda la dimensión valorativa? ¿Cuál de ellas es más compatible con los mandatos de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011?

Desde mi punto de vista, 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 del formalismo y de algún tipo de positivismo. Considero que la dimensión valorativa del Estado de derecho, acorde con un objetivismo moral mínimo (o que no se confunda con el realismo moral), puede ser compatible con posturas teóricas de diverso tipo, tales como las que defienden autores tan distintos como Ferrajoli, Atienza o Nino.

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.

7. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UNA CULTURA CONSTITUCIONALISTA EN MÉXICO: EL EMBRIÓN DE UNA TEORÍA

Al inicio de este trabajo señalé que mi objetivo era poner al alcance de un jurista promedio los extremos de cinco desafíos teórico-prácticos relacionados con el proceso de constitucionalización que experimenta nuestro sistema jurídico, con la finalidad de despertar cierta conciencia, especialmente en los operadores jurídicos dedicados a la jurisdicción. Una vez explicitados estos problemas, cabe preguntarnos: ¿cómo y de qué manera impactan

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

en la realidad cotidiana estos cinco desafíos? ¿Qué panorama se vislumbra en el futuro inmediato? ¿Cuáles de los extremos, en cada uno de los rubros comentados, terminará por asentarse en México? Estas preguntas requieren investigación empírica y el concurso de otras disciplinas sociales, como la ciencia política, la sociología o la historia. Con todo, me voy a permitir proponer algunos fragmentos de una teoría local acerca de la consolidación del constitucionalismo mexicano. Los siguientes son problemas apenas descritos y planteados genéricamente que he detectado en mi experiencia como letrado en la Suprema Corte de México y como académico. Se trata de diez inquietudes relacionadas con el funcionamiento de nuestro sistema de justicia, derivadas precisamente de las cinco tensiones analizadas en el cuerpo del trabajo. Cada uno de estos diez problemas o tesis tendría que ser desarrollado por separado y, tal vez, integrado a una teoría del cambio de paradigma en México. Veamos.

PRIMERO. Cambios necesarios en la infraestructura normativa de nuestro sistema jurídico. Algunas de las tensiones relatadas en este trabajo (formalismo vs. activismo judicial; positivismo vs. constitucionalismo; objetivismo vs. no objetivismo moral, y supremacía vs. soberanía) tienen su origen en nuestro actual sistema de control constitucional. El centro de gravedad de nuestro sistema de control relacionado con los derechos fundamentales es el juicio de amparo. Se trata de una institución que, a pesar de sus más recientes reformas (2013), no ha perdido su tufo decimonónico. El juicio de amparo arrastra restricciones de otra época que lo hacen difícilmente compatible con el artículo 1 constitucional actual: la relatividad de las sentencias de amparo (la llamada “fórmula Otero”), a pesar de la —tímida— declaratoria general de inconstitucionalidad; la exigencia de reiteración de cinco ejecutorias para formar jurisprudencia; los efectos limitados de la concesión del amparo (la falta de una reparación integral); las causales de improcedencia, entre otras. Otro importante y necesario cambio tiene que ver con la adaptación entre los nuevos sistemas de litigación oral (penal, civil, mercantil, laboral, etc.) con el juicio de amparo. Y, finalmente, la posibilidad de modificar el funcionamiento de la SCJN a fin de hacer posible su consolidación como tribunal constitucional propiamente dicho, o bien, la creación de un tribunal constitucional autónomo.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

SEGUNDO. La necesidad de un *certiorari*. Derivado de lo anterior, ya sea con un modelo consolidado de corte suprema y tribunal constitucional (como el que funciona en la actualidad), o con un modelo dual en el que coexistan la corte suprema y el tribunal constitucional, es necesario que en la última sede de interpretación constitucional se resuelvan menos (y, a la vez, más paradigmáticos) asuntos. La Corte mexicana resuelve una cantidad ingente de asuntos: entre 2009 y 2016, pasó de 4 000 a 16 139, es decir, el número se multiplicó por cuatro.⁵⁰ Con esta cantidad enorme de asuntos se antoja muy complicado el proceso de constitucionalización del que vengo hablando, por varias causas: *a)* se dificulta la coherencia del Tribunal; *b)* los asuntos paradigmáticos, candidatos a formar auténticos precedentes o líneas jurisprudenciales, se pierden en el mar de asuntos rutinarios; *c)* el desechamiento de asuntos se convierte en un incentivo, porque es una forma de abatir el rezago; *d)* los ministros y sus equipos de trabajo se ven obligados a resolver los asuntos a partir de la solución más obvia, perdiéndose valiosas oportunidades para profundizar; *e)* se reduce el incentivo de solicitar a *amicus curiae*, a instituciones científicas y/o técnicas, que podrían fortalecer la justificación de las decisiones, entre otras. Una posible solución a este problema es el establecimiento de un mecanismo de selección de asuntos relevantes a cargo de la propia Corte, a manera del *certiorari* que funciona en la Suprema Corte de Estados Unidos, o en tribunales constitucionales como el español, el argentino o el colombiano. Con ello, la Corte mexicana se dedicaría en exclusiva a generar una doctrina constitucional propiamente dicha, lo cual traería beneficios incuestionables, como la disminución del formalismo, la consolidación de la supremacía constitucional, el fortalecimiento del sistema de precedentes, el aumento de la coherencia en sus decisiones, el crecimiento de la certeza y la seguridad jurídica y, en general, una mejor defensa de los valores constitucionales (y por qué no, quizá un paso hacia el objetivismo moral).

⁵⁰ Datos tomados de SCJN, Informe Anual de Labores presentado por el Ministro Presidente, Luis María Aguilar Morales, México, diciembre de 2016, pp. 12 y 13, de la versión ejecutiva, https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/informe_labores_transparencia/version/2016-12/INFORME%20MINISTRO%20PRESIDENTE%202016.pdf

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

TERCERO. Replantear el sistema de precedentes. Hoy en día, nuestro sistema de precedentes es identificado a partir de la emisión de las conocidas “tesis de jurisprudencia” y “tesis aisladas”, con los consabidos modelos de integración (reiteración y contradicción) altamente formalizados por las reglas del juicio de amparo. La obligatoriedad de las tesis, su vigencia, su posible retroactividad, su formulación y hasta su misma morfología (un *abstract* que funciona a veces como una regla interpretativa; a veces como un diccionario jurídico y muchas otras como un mero vaciado de los contenidos de las leyes) son características que, pienso, no están a la altura de constitucionalismo. Lo que considero que requiere un país como el nuestro, especialmente después de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, es un sistema en el que la doctrina constitucional sea fácilmente identificable; para lo cual sería indispensable evolucionar del “sistema de tesis” a un auténtico “sistema de precedentes”, es decir, a un sistema en el que la triada *regla interpretativa-caso-resultado* quedara bien delimitada, fuera perfectamente identificable y generara un auténtico incentivo de uso para los propios integrantes de la Corte, en primer lugar y, en segundo, para el resto de los jueces del país. Una de las deudas más delicadas de nuestro actual sistema de tesis frente al constitucionalismo es precisamente la ausencia de hechos o casos concretos. Hemos construido un sistema enorme de reglas interpretativas desconectadas del caso que resolvieron, lo cual dificulta sobremanera llevar a cabo los argumentos por analogía, propios de un sistema riguroso de precedentes.

CUARTO. Entender mejor la idea de parámetro de regularidad constitucional, mejor conocido como “bloque de constitucionalidad”, y todas sus implicaciones. Está claro que en México no hemos logrado entender a cabalidad cómo el bloque de constitucionalidad puede ayudarnos a consolidar nuestro proceso de constitucionalización. La curva de aprendizaje sobre cómo llevar a cabo un control *ex officio* de constitucionalidad y/o convencionalidad en un sistema mixto (difuso y concentrado) no ha sido trazada en su totalidad. Entre los múltiples factores que pueden explicar esta situación se encuentra cierta actitud por parte de algunos operadores jurídicos que oscila de forma pendular de una deferencia casi absoluta hacia una desconfianza casi cie-

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

ga, con relación a la jurisprudencia interamericana. Quienes toman la primera actitud han sacralizado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la han tomado como la última e incuestionable palabra en la resolución de los conflictos, como si lo dicho en Costa Rica fuera garantía de corrección, por su aparente superioridad epistémica, mientras que quienes están en el otro extremo hacen lo propio con respecto a la jurisprudencia nacional. En este aspecto, la tensión entre supremacía y soberanía se hace presente y demanda ciertos ajustes, con el objeto de entender en su justa dimensión la función del parámetro.

QUINTO. Legalidad vs. constitucionalidad: la tierra de nadie. La SCJN no ha terminado de consolidarse como un genuino tribunal constitucional porque, entre otras cosas, se ve obligada cada día a mover discrecionalmente la frontera entre legalidad y constitucionalidad, lo cual impide que se consolide la función propia y exclusiva de un tribunal de su tipo. Como señalé en los puntos primero y segundo de esta sección, el diseño del actual juicio de amparo provoca que un gran número de asuntos alcancen un turno en la Suprema Corte, la mayoría de los cuales no ameritan ser atendidos en dicha sede, por tratarse de asuntos de mera legalidad (de ahí que exista un elevado número de desechamientos). Pero, por otro lado, también se desecha un buen número de casos que muy probablemente sí deberían ser resueltos por la Corte (p. ej., los de desaparición forzada). Lo preocupante de este problema es que la Corte ha mostrado un comportamiento un tanto esquizofrénico al contar al mismo tiempo con criterios muy abiertos y otros muy cerrados con relación a la procedencia de la revisión del juicio de amparo, especialmente en la vía directa. El resultado es una frontera móvil entre legalidad y constitucionalidad que no abona a la consolidación de un sistema de control constitucional robusto, generador de auténticos (y pocos) precedentes que fortalezcan la idea de supremacía constitucional.

SEXTO. Mejorar la regulación de la abogacía. En el otro lado de los estrados de la Corte, los abogados contribuyen también con la ralentización del proceso de constitucionalización, por varias razones, de las cuales solo mencionaré tres: 1) la expedición de cédulas profesionales se ha convertido en un mero trámite que

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

no garantiza la destreza técnica de un abogado; 2) las escuelas y facultades de derecho se han multiplicado de forma irresponsable, debido a que las autoridades educativas, apoyándose en una legislación laxa, no exigen el cumplimiento de estándares mínimos de calidad para expedir un permiso o licencia para montar una escuela; lo más preocupante es la falta de docentes verdaderamente preparados para enseñar tanto en pregrado como en posgrado: el círculo vicioso se cierra entre malos profesores, malos estudiantes y malos abogados, y 3) las barras y colegios de abogados no han llevado a cabo un auténtico esfuerzo para exigir a las autoridades una actuación más responsable con relación a la expedición de cédulas y al otorgamiento de permisos para montar escuelas, lo cual debilita al gremio. Una de las funciones de los colegios es proteger precisamente al gremio. Existen voces que proponen una colegiación obligatoria, con la que yo podría estar de acuerdo, siempre que se trabajara en varios frentes: disminución de escuelas, control efectivo de la docencia, regulación de los propios colegios de abogados y, sobre todo, rigor y honorabilidad en el cumplimiento de todas esas reglas.

SÉPTIMO. Cambios en los sistemas educativos y planes de estudio. No es un secreto que en México la enseñanza del Derecho se ha convertido en un auténtico negocio. Una escuela o facultad de Derecho se monta fácilmente en el garaje de una casa porque, como señalé en el punto anterior, la legislación es demasiado laxa para el otorgamiento de permisos, ello aunado a los altos niveles de corrupción. Igual de preocupante es la nula exigencia de varias escuelas y facultades para reclutar profesores. La clave de una buena enseñanza está en la calidad docente, ligada a la calidad (y actualidad) de los planes de estudio. Por desgracia, son realmente pocos los centros educativos en México que se preocupan realmente por ese tema; y por desgracia también suelen ser entes privados solo alcanzables para las élites. De este modo, el universo de profesionales del derecho, en cuanto a la calidad, es homogéneo: un gran número de litigantes, jueces, funcionarios, docentes e investigadores, de muy diferente nivel se mezclan en el funcionamiento del sistema jurídico, que marcha más bien a tropezones. Otro tanto habría que decir sobre los sistemas de enseñanza, que se han quedado anclados en un modelo educativo anacrónico basado en la memorización de los códigos sustantivos

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

y procesales, y alejado del razonamiento, la interpretación y, en general, de la enseñanza práctica.

OCTAVO. Interdisciplinariedad en la enseñanza y en la práctica. Derivado de lo anterior, la profesión jurídica ha sido practicada en México de forma más o menos alejada de otras disciplinas y áreas del conocimiento. Muy probablemente, lo anterior sea un eco lejano de aquella cruzada kelseniana pensada para evitar el sincretismo metodológico, en el intento de crear una “ciencia jurídica pura”. Hoy en día es prácticamente incuestionable que una mejor administración de justicia demanda el concurso de las ciencias sociales y las ciencias exactas para administrar mejor el conflicto social. Los problemas que resuelven los jueces son problemas sociales de diverso tipo codificados en clave jurídica. Pero esa codificación no significa (no puede significar) dar la espalda a otras fuentes de conocimiento. Algunas de estas fuentes serían: *a*) epistemología judicial (argumentación en materia de hechos); *b*) ciencias sociales aplicadas al fenómeno jurídico (comportamiento de los jueces, estudios de ciencia política sobre tribunales, poder de los jueces, etnografía sobre procesos legislativos, efectos de las sentencias, análisis cualitativos sobre los poderes judiciales y, en general, estudios empíricos sobre determinados fenómenos: la desaparición forzada de personas, feminicidio, migración, corrupción, etc.); *c*) estudios sobre las conexiones entre el derecho y la cultura (literatura, cine, artes plásticas, etc.), y *d*) las múltiples relaciones entre el derecho y la ciencia.

NOVENO. Capacitación de los operadores judiciales y sus equipos. La capacitación judicial se ha convertido en una aliada de la carrera judicial; sin embargo, en México seguimos sin dar con la fórmula adecuada que nos permita terminar de formar (porque se supone que provienen de una Licenciatura en Derecho) a nuestros funcionarios judiciales. Hay muchas preguntas que no tienen una respuesta obvia: ¿el modelo de capacitación judicial tiene que ser el mismo que un posgrado? ¿Realmente necesitamos maestros, doctores e investigadores como jueces? ¿Será mejor un modelo de capacitación técnica? ¿Una especialización basada en la práctica? ¿Los profesores han de ser otros jueces o académicos de carrera? ¿Existirá un modelo intermedio entre academia y práctica judicial? ¿Los docentes deberían ser funcio-

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

narios o exfuncionarios judiciales con bases académico-docentes? Como sea, podemos afirmar que la capacitación judicial propia del paradigma constitucionalista implica una orientación muy distinta a la de los programas tradicionales de formación jurídica basados exclusivamente en la memorización de textos y procedimientos. Considero que el mero injerto de autores, metodologías y estrategias provenientes de Europa y Estados Unidos tampoco es una solución, porque las estrategias que funcionan en otras latitudes no necesariamente funcionan en México, ya que el contexto cultural, jurídico, político y social es otro. En todo caso, a los académicos y a los jueces mexicanos nos toca encontrar nuestro propio modelo, a partir de nuestro propio contexto y nuestros problemas, quizá tomando en cuenta experiencias de otros países, pero siempre analizando el cómo y el para qué de las importaciones. Necesitamos, en suma, desarrollar nuestra propia teoría adecuando las estrategias y los modelos que han tenido éxito en otras latitudes sin perder de vista nuestra propia realidad.

DÉCIMO. Federalismo judicial efectivo. El último de los lastres que dificulta el proceso de constitucionalización en México que me gustaría apuntar aquí está relacionado con el crecimiento exponencial de los órganos de impartición de justicia en el Poder Judicial de la Federación. Entre las razones que explican ese crecimiento desbordado es fácil detectar una en particular: la federalización de la justicia. En efecto, a pesar de que en México tenemos un sistema federal, en el que cada entidad federativa y la propia federación cuentan con su propio sistema de justicia, provisto de sus fuentes y órganos de procuración y administración, los conflictos que les son planteados terminan muy frecuentemente en el juicio de amparo. ¿Qué sentido tiene contar con tribunales superiores o supremos en los Estados si realmente no tienen la última palabra en la mayoría de los conflictos que resuelven? ¿Dónde está lo supremo de esos órganos? Naturalmente no intento afirmar que en ningún supuesto los casos pudieran alcanzar las instancias federales, lo que sostengo es que esa debería ser la excepción y no la regla. A mi juicio, el amparo funciona como si el Estado mexicano fuera central y no federal. Quizás la idea de un *certiorari* en la Suprema Corte debería estar acompañado de una reforma al juicio de amparo directo, para intentar invertir la cuestión: que los tribunales superiores de justicia

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

de los Estados sean realmente órganos terminales en los asuntos de legalidad, y que solo excepcional y justificadamente pudieran alcanzar la justicia federal aquellos casos paradigmáticos. De otra suerte, estaremos haciendo crecer una burbuja burocrática judicial en la que sencillamente duplicamos el trabajo, sin que ello suponga necesariamente un cambio cualitativo positivo en nuestro sistema de justicia.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., “Estudio introductorio. Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917”, en Fix-Fierro, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado. Estudio académico elaborado por el IIIJ-UNAM y la LXII Legislatura de la Cámara de Diputados*, <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/estudio-introductorio>
- AA.VV., *Tribunales Constitucionales y Democracia*, 2a. ed., México, SCJN, 2008.
- AGUILÓ REGLA, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Palma de Mallorca, Lleonard Muntaner, 2008.
- , *La Constitución del Estado constitucional*, Perú-Bogotá, Pales-tra-Temis, 2005.
- , “‘Tener una Constitución’, ‘Darse una Constitución’ y ‘Vivir en Constitución’”, *Isonomía. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 28, abril de 2008.
- , “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, abril de 1997.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- , *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.
- , *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.
- , “Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo. Una defensa del constitucionalismo postpositivista”, *Revista argentina de filosofía jurídica*, Universidad Torcuato di Tella, vol. 15, núm. 1, diciembre de 2014.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN TRANSFORMACIÓN

- , “Estado de derecho, argumentación e interpretación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIV, 1997.
- , “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *La mirada de Peitho*, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com/>
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991.
- DÍAZ, Elías, “Estado de derecho y derechos humanos”, en AA. VV., *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, Puebla, Editorial Cajica, 2002, vol. 1, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2401/23.pdf>
- FERRERES COMELLA, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 23, 2000.
- 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.
- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma*, Madrid, Civitas, 1981.
- GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo vs. democracia”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Spector, Ezequiel (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, IJ-UNAM, vol. 3, p. 1992.
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudio de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- , “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- HAAK, Volker, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung des Richters* (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963.
- 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.

El constitucionalismo mexicano a examen: cinco desafíos teóricos...

- , *Escritos de derecho constitucional* (Selección), trad. de Pedro CRUZ VILLALÓN, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LAPORTA, Francisco, “Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas”, en LAPORTA, Francisco J.; RUIZ MANERO, Juan y RODILLA, Miguel Ángel (eds.), *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- LARA CHAGOYÁN, Roberto, “Estado de interdicción, modelos de discapacidad e interpretación conforme: un caso víctima”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 42, abril de 2015.
- LASALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Prólogo de Eliseo Aja, Epílogo de Alejandro Nieto, Barcelona, Ariel, 2012.
- MARANIELLO, Patricio Alejandro, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, en *Pensar en Derecho* (s.d.), <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>
- PAINE, Thomas, *The Political and Miscellaneous Works of Thomas Paine*, Londres, R. Carlile, 1819, vol. 1.
- POZZOLO, Susana, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa* 21, vol. II, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto de 2004.
- 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.
- VEGA, Pedro de, *La reforma constitucional y el poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, 2a. ed., México, FCE, 1993.