

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia...

LA INTERPRETACIÓN CONFORME

Christian Omar GONZÁLEZ SEGOVIA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Interpretación conforme a la Constitución y hacia los tratados de la materia. Coincidencias y singularidades.* III. *Interpretación conforme y la corrección moral del derecho positivo.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

La conjugación de la interpretación conforme a la Constitución y de interpretación conforme hacia los tratados, que normativamente se incorporaron en México con rango constitucional a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, trajo consigo efectos conjugados más allá de las singularidades que cada una de esas directivas interpretativas proyectan.¹

La adición íntegra del segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante constitucional), fue el corazón de esa reforma constitucional, pues no sólo trajo consigo la constitucionalización de esas directivas interpretativas,² sino que permitió

* Juez de distrito. Doctor en derecho por la Universidad Panamericana.

¹ Sin duda que sobre ellas tuvo especial relevancia la también incorporación normativa de la diversa directiva de interpretación a favor de la persona, que configuraron una tríada emblemática como parámetro de interpretación y validez jurídica sobre los productos infraconstitucionales. Sin embargo, me limitaré en analizar los efectos que llevó consigo la formulación de esa dualidad normativa, especialmente el impacto axiológico que derivó de la disposición constitucional de que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten de manera conforme a los textos supremos de nuestro sistema jurídico.

² En cualquier parte del mundo en que exista un Estado constitucional del derecho, el principio de interpretación conforme a la Constitución por lo menos en su faceta correctiva por vía de interpretación, al ser inherente y propio del control constitucional normativo, existe con independencia de que explícitamente se reconozca su existencia en un texto normativo constitucional o secundario, al ser una consecuencia de la previsión y existencia de

dotar axiológicamente de preeminencia al discurso jurídico de que se garanticen óptima y preferentemente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.³

En ese sentido, ambas interpretaciones conformes (a la Constitución y a los tratados internacionales de la materia) constituyen más que simples directivas interpretativas. El género conjugado que de ellas deriva (“interpretación conforme”) constituye un principio jurídico formal que en México optimiza y estructura nuestro Estado constitucional de derecho.

De ahí que su implementación trajo consigo uno de los más importantes cambios de paradigma en nuestra teoría constitucional doméstica e implicó institucionalmente concebir que el derecho positivo es derrotable y, por ende, perfectible a través de su corrección moral mediante el razonamiento jurídico, con especial énfasis en los principios jurídicos.

II. INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN Y HACIA LOS TRATADOS DE LA MATERIA. COINCIDENCIAS Y SINGULARIDADES

Me interesa precisar algo que afirmé anteriormente: la interpretación conforme instrumentalmente constituye una directiva interpretativa.⁴ Las modalidades de interpretación conforme a la Constitución y la diversa hacia los

garantías constitucionales, del principio de supremacía constitucional y especialmente del juicio de regularidad constitucional que se practica sobre productos normativos secundarios. En México, por ejemplo, previo a su incorporación explícita en el referido segundo párrafo del artículo 1o. constitucional, estaba implícito en el diverso artículo 133 constitucional, por lo que atañe al principio de supremacía constitucional, dado que la lectura de normas secundarias en relación con el texto constitucional no es más que la vigencia de su prevalencia y fuerza normativa. Lo que igualmente se podía desprender respecto al principio de interpretación conforme hacia los tratados, en tanto que ese propio artículo 133 constitucional a su literalidad establecía a esa normativa como integrante de la “ley suprema de la unión”, siendo que por virtud de esa directiva interpretativa debían armonizarse las normas de fuente internacional con las domésticas, con objeto de que al introducirse al sistema jurídico nacional se interpretaran en el sentido de que no cayeran en contradicciones, especialmente con el postulado constitucional. En ese sentido, si bien ambas directivas se encontraban presentes en nuestro sistema jurídico, su incorporación en el texto constitucional llevó un efecto axiológico de especial relevancia que será tratado en este artículo.

³ El texto de esa porción normativa, a su literalidad señala: “Art. 1o. ...Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia...”.

⁴ La interpretación conforme dentro del proceso de interpretación del derecho se constituye en una directiva interpretativa, al participar como un razonamiento interpretativo y

tratados constituyen dos modalidades distintas que participan nuclearmente del mismo género argumentativo.

Instrumentalmente, en el *proceso de interpretación por armonización* o en el *proceso de interpretación por corrección*, que derivan de la interpretación conforme,⁵ participa en ambas la misma acción procedimental de que la Constitución o los tratados se constituyan en parámetro de regularidad, ya sea como parámetro de interpretación o validez jurídica. La diferencia formal en términos muy generales estriba en el documento normativo que sirve de referencia al ejercer el control constitucional o convencional normativo.

En ese sentido, se puede efectuar la siguiente distinción: si el saneamiento viene de la Constitución, habrá de estarse técnicamente a la modalidad de interpretación a favor de la Constitución, mientras que si acontece respecto a los tratados, se estará a la acción de la interpretación conforme a favor de éstos. En ambas modalidades lo que acontece es la acción llana de saneamiento por vía de interpretación conforme, por lo que la distinción de esas modalidades sirve esquemáticamente para identificar la fuente formal que sirve de parámetro de control.

Esa distinción es meramente didáctica, pues ambos ordenamientos (Constitución y tratados) constituyen el mismo parámetro de regularidad. Ambos en nuestro sistema jurídico doméstico son Constitución, por ser conformantes de un “bloque de constitucionalidad”.⁶ Desde la óptica de

como un razonamiento de corrección por vía de interpretación y de regla de preferencias de los resultados interpretativos constitucionalmente correctos.

⁵ El pilar esencial de acción de la interpretación conforme estriba en ser un instrumento formal con capacidad de saneamiento constitucional, que acontece por vía interpretativa, dentro de dos procesos distintos, un *proceso de interpretación por armonización de disposiciones normativas* y otro *proceso de interpretación de corrección de normas jurídicas prima facie inconstitucionales*. En esa primera acción de armonización, la interpretación se despliega procedimentalmente como directiva interpretativa primaria que dispone la regla de reorientar toda interpretación hacia los cauces constitucionales o convencionales. La segunda acción de corrección se despliega procedimentalmente como directiva interpretativa secundaria preferencial (directivas que en términos de Wróblewski establecen “criterios para escoger entre los eventuales resultados discordantes de la aplicación de las directivas primarias, cuál de ellos debe ser considerado el significado correcto de la disposición interpretada, a los efectos de la resolución de una determinada controversia”, en Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, Dordrecht, Kluwer, 1992, p. 124, y se realiza mediante dos parámetros; el primero atañe a una acción correctiva de saneamiento constitucional, y el segundo, en disponer la regla de solución de la controversia, en cuanto optar por el resultado interpretativo más conforme a la Constitución o tratados. En esta última acción, la Constitución y los tratados se erigen esencialmente como parámetro de validez jurídica, mientras que en la primera acción esos documentos atañen a un parámetro de interpretación.

⁶ Cruz señala que ese “bloque está integrado por la constitución y por algunos documentos internacionales”. Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa-

fuentes normativas en el sistema jurídico mexicano, hablar de tratados internacionales que reconozcan derechos humanos es lo mismo que hablar de Constitución. Por ende, debe estimarse que la supremacía constitucional también se predica sobre esas fuentes de derecho internacional, por constituir también un “parámetro de regularidad constitucional”.⁷ Es de destacar que en términos generales el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia en México concibió que esos ordenamientos compartían con la Constitución esa máxima jerarquía normativa, tal como se desprende de la emblemática jurisprudencia P./J. 20/2014⁸ (10a.).⁹

Las anteriores precisiones pareciesen de la mayor obviedad, pero vale la pena tenerlas presentes, pues de ellas obtengo las coincidencias instrumentales que proyectan ambas interpretaciones conformes. Desde el punto de vista estructural, constituyen directivas interpretativas (en sus dobles modalidades, primaria y secundaria). Ambas ejercen acciones procedimentales de armonización de disposiciones normativas o corrección de normas jurídicas *prima facie* defectuosas. Por lo que al pertenecer ambas al género directiva

Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 13. En esencia, el “bloque de constitucionalidad” hace referencia a la existencia de normas de rango constitucional. Favoreu, Louis *et al.*, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991, p. 187, en el caso de México, acontece por remisión de una cláusula interpretativa hacia otros documentos normativos internacionales, que lo es a través de la interpretación conforme hacia los tratados.

⁷ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en México, destacadamente lo ha sostenido así. Para citar un ejemplo, véase el contenido de la tesis CCCXLIV/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 986, de rubro: “Parámetro de regularidad constitucional. Se extiende a la interpretación de la norma nacional o internacional”. Esa concepción incluso fue recogida también por el propio Pleno de esa Suprema Corte; basta advertir para simple referencia el contenido de la jurisprudencia P./J. 1/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 50, t. I, enero de 2018, p. 5.

⁸ La distinción que efectuó sobre disposición normativa y norma jurídica no es gratuita, pues tal como lo sostiene Alexy, esa distinción tiene sumo relevancia, pues permite distinguir entre el concepto de norma y el concepto de validez, “si el concepto de validez fuese incorporado al de norma, no se podría afirmar que una norma es válida” o en sus palabras, “moralmente defectuosa”. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 50 y ss. La noción de validez es altamente controvertida. Lo que me interesa enfatizar es que la invalidez es predicable formalmente sobre la disposición normativa, mientras que materialmente los defectos morales sobre la norma jurídica resultado. Lo anterior tiene sus implicaciones técnicas tratándose de la interpretación conforme, pues mientras el saneamiento constitucional por vía de armonización acontecerá sobre la disposición normativa, el saneamiento constitucional por vía de corrección acontecerá sobre la norma jurídica resultado que derivará del primer proceso de interpretación por armonización.

⁹ Jurisprudencia P./J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202.

interpretativa de interpretación conforme, es por lo que sus efectos *intrasistémicos* y *extrasistémicos* son perfectamente aplicables hacia una y otra.¹⁰

Ahora, existen efectos peculiares y autónomos que cada una de esas modalidades guardan con relación al sistema jurídico constitucionalizado. Me interesa centrarme especialmente en los efectos autónomos que singularmente trajo consigo la interpretación conforme hacia los tratados, que dada su calidad de cláusula interpretativa de remisión hizo permisible la conformación del mencionado “bloque de constitucionalidad”.¹¹ Esto último fue de la mayor relevancia, pues mucho del contenido normativo en materia de derechos humanos que se jerarquizó y positivizó a través de esa reforma constitucional derivó precisamente de esa cláusula.

La interpretación conforme hacia los tratados trajo consigo por lo menos tres efectos en nuestro sistema jurídico. El primero, en que esos tratados se constituyeron materialmente en Constitución, se “constitucionalizó el derecho internacional de los derechos humanos”.¹² El segundo, vinculado con la aplicación del derecho en general y el enjuiciamiento constitucional/convencionalidad, en cuanto a ser una directiva interpretativa de armonización y corrección del derecho positivo defectuoso.

¹⁰ La interpretación conforme tiene una *capacidad extrasistémica de saneamiento constitucional*, cuando la Constitución se coloca como referente normativo de interpretación y de validez jurídica del sistema jurídico en su conjunto. La Constitución participa hacia el exterior de consigo misma, interactúa sobre las conductas infraconstitucionales, llámense actos, normas u omisiones. Es un proceso de interpretación constitucional de carácter extrasistémico, dado que la Constitución interactúa como marco referencial de saneamiento por vía de interpretación, y lo hace no hacia el interior de ella misma, sino en relación con los productos normativos y actos jurídicos del sistema jurídico, que bajo el sistema de fuentes y jerarquías normativas, se encuentran subordinados y supeditados a ella. Por su parte, tiene una *capacidad intrasistémica de saneamiento constitucional*, cuando la posibilidad de corrección acontece hacia consigo misma. Esto es, dada su calidad instrumental de garantía de preeminencia de la Constitución y su fuerza normativa, existe también la posibilidad de saneamiento constitucional hacia el interior de la Constitución (cuando menos de sus reglas jurídicas que restringen derechos), teniéndose como parámetro de corrección precisamente los contenidos constitucionales. De esa manera, en su connotación intrasistémica, se constituye en una directiva interpretativa secundaria de carácter constitucional, que permite sanear por vía de interpretación las incongruencias e incompatibilidades constitucionales/convencionales. Mientras que en su connotación extrasistémica, tendrá una capacidad dual de armonización y corrección constitucional.

¹¹ La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las Constituciones nacionales constituye un “bloque de constitucionalidad”. Favoreu, Louis *et al.*, *op. cit.*, p. 187.

¹² Se habla de la “constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, en la medida en que se interiorizan al derecho interno con especial rango normativo y axiológico esas normas internas de fuente internacional”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundap, 2012, p. 121.

El tercero, que es interdependiente al primero, por ser éste su resultado, en ser una cláusula interpretativa de remisión, que permite, a partir de un diálogo constante y permanente entre las fuentes internacionales y estrictamente domésticas, que se armonicen los postulados de salvaguarda de los derechos humanos de ambas, llevó a que se “interiorice el derecho internacional de los derechos humanos en relación con el sistema jurídico doméstico”.¹³ García Ramírez resalta que a diferencia de la interpretación conforme a la Constitución, la interpretación conforme a los tratados “es una expresión de la buena fe de los Estados para recibir esas normas de fuente internacional al interior de su sistema jurídico”.¹⁴

Debe tenerse presente, además, que ese principio de interpretación conforme hacia los tratados descansa en el “principio de armonización” del derecho internacional, que obliga a que normas internacionales coincidentes sobre la misma cuestión se interpreten en “la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles”.¹⁵ Lo que implica para la interpretación conforme, que en caso de conflictos normativos, se interpreten las normas constitucionales de manera compatible con las normas internacionales; de no ser posible, prevalecerá la norma superior, en el caso, vista no desde el punto de vista jerárquico, dado que ambas normas formalmente constituyen normas superiores, sino desde el punto de vista axiológico, que hará que prevalezca aquella norma que resulte más favorable para el goce del derecho humano, con lo que entrará en acción el diverso principio a favor de la persona.

Ese principio de armonización del que participa la interpretación conforme hacia los tratados debe prevalecer también a la hora de efectuar controles constitucionales o convencionales normativos. Cuando la previsión constitucional refiere que las normas de los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, como lo sostiene Ferrer Mac-Gregor, lleva a que esa “conjunción

¹³ Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 54. A mi parecer, este autor es un referente obligado en el tema, incluso fue de los primeros autores y más emblemáticos que se han ocupado de esta modalidad de la interpretación conforme y las implicaciones que tuvo en nuestro sistema jurídico a partir de la reforma constitucional en análisis.

¹⁴ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El control de convencionalidad*, México, Fundap, 2012, p. 214.

¹⁵ Véase, el punto cuarto de las conclusiones de los trabajos del grupo de estudio de la Comisión de Derecho Internacional, capítulo XII: “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 2006, vol. II, segunda parte, p. 195.

(copulativa) sirva para unir en una sola unidad funcional a esos dos elementos homogéneos, de ahí su función de armonización”.¹⁶

Se trata entonces de realizar una interpretación no sólo armonizadora, sino de conciliación y diálogo permanente entre ambas fuentes, pues aquí no cabe la posibilidad de contrariedad o contradicción, por lo que de existir aparentemente éstas deben reorientarse las aparentes incompatibilidades o incongruencias hacia los postulados de justicia que mayor benefician al individuo. El principio de armonización parte de la idea de no “fragmentación del derecho internacional”,¹⁷ el derecho internacional es también derecho interno, y no cualquier derecho, sino uno de rango constitucional.

De esa manera, siguiendo a Hesse cuando postula el principio de interpretación constitucional de “unidad a la Constitución”,¹⁸ que lleva consigo una interpretación armónica al interior y respecto a la totalidad de sus disposiciones, adecuado sobre la interpretación conforme hacia los tratados internacionales, dispone la regla de que las disposiciones constitucionales y convencionales no deben interpretarse y aplicarse aisladamente. El proceso de interpretación debe evitar conflictos normativos a partir de superar sus incongruencias e incompatibilidades. Esta concepción se esperaba de la Suprema Corte en México, cuando dilucidó si las restricciones constitucionales debían o no prevalecer sobre los tratados internacionales.¹⁹

¹⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *El control de convencionalidad*, México, Fundap, 2012, p. 129.

¹⁷ Este concepto de “fragmentación del derecho internacional” ha sido definido por Rodiles como la “diversificación por la proliferación de instituciones y regímenes normativos que gozan de un alto grado de autonomía, así como los conflictos que surgen entre dichos regímenes e instituciones”. Rodiles, Alejandro, “La fragmentación del derecho internacional. ¿Riesgos u oportunidades para México?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, México, 2009, p. 377.

¹⁸ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional (selección)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48.

¹⁹ La Suprema Corte en México sostuvo que las restricciones constitucionales habrían de prevalecer sobre los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tal y como se advierte de la jurisprudencia P./J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202, de rubro: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

III. INTERPRETACIÓN CONFORME Y LA CORRECCIÓN MORAL DEL DERECHO POSITIVO

Una vez precisado lo anterior, me interesa enfocarme ahora en la capacidad de saneamiento constitucional/convencional (en adelante saneamiento constitucional), que coincidentemente acontece por vía de interpretación en ambas directivas interpretativas hacia la Constitución y los tratados internacionales (en adelante interpretación conforme). Esa cualidad instrumental y su capacidad polifacética hacen que la interpretación conforme sea más que una directiva interpretativa: que se erija en un verdadero principio jurídico formal que tiene como fin optimizar nuestro Estado constitucional de derecho, por lo menos en cuanto a que las decisiones institucionales sean satisfechas, previa corrección de sus deficiencias.

De ahí que exista una complejidad manifiesta, que debe primar en la conceptualización de la interpretación conforme. Así, su definición debe ser configurada más allá de aquel postulado interpretativo básico que obliga a interpretar las disposiciones normativas de manera conforme al texto constitucional o convencional. Especialmente, porque su cualidad polifacética le permite no sólo estar en interacción permanente con el texto constitucional o convencional, sino porque el despliegue de sus acciones y efectos tiene un especial calado para la salvaguarda de su fuerza normativa, que en su unidad integral optimizan el Estado constitucional de derecho.

La naturaleza holística y calidad polifacética de la interpretación conforme lleva consigo que tenga diversas interacciones con el Estado constitucional de derecho, de la democracia y la moral.²⁰ Por su relevancia, trataré

²⁰ Por su relevancia, identifico cuando menos las siguientes interacciones de la interpretación conforme: (1) En relación con la teoría de los principios jurídicos, en ser un principio jurídico formal que pretende optimizar el Estado constitucional de derecho. (2) En relación con la teoría de la justicia, en ser un elemento instrumental para la corrección moral del derecho positivo. (3) En relación con la argumentación jurídica y la interpretación constitucional, en ser una directiva interpretativa de primer y segundo grado, con capacidad de saneamiento constitucional extrasistémico e intrasistémico. (4) En relación con el constitucionalismo contemporáneo, como clave relevante para la constitucionalización del sistema jurídico. (5) En relación con la teoría de los derechos fundamentales, en constituir una garantía para su ejercicio. (6) En relación con la democracia, en neutralizar la objeción contramayoritaria que se efectúa contra el control constitucional normativo. (7) En relación con la teoría constitucional, en garantizar instrumentalmente la supremacía constitucional y su fuerza normativa. (8) En relación con el sistema jurídico constitucionalizado, en ser un elemento que abona a su unidad y completitud. (9) La interpretación conforme en relación con la racionalidad jurídica en la toma de decisión, en que su ejercicio se encuentra sujeto a límites de razonabilidad. (10) En relación con la justicia constitucional, en constituir un

la relación que guarda con la teoría de la justicia, para con ello evidenciar los efectos axiológicos que trajo consigo la previsión constitucional que implementó ambas modalidades interpretativas, en concreto sobre la obligada capacidad instrumental de corrección moral del derecho positivo. Me refiero especialmente a la bondad procedimental que tiene la interpretación conforme para concretar la idealidad de la naturaleza del derecho.

1. *Interpretación conforme y su calidad de principio jurídico formal*

Primeramente, me es necesario justificar cómo es que en la teoría de los principios jurídicos puede adjetivarse a la interpretación conforme la calidad de principio jurídico formal. Me refiero a principio jurídico en calidad de norma jurídica como “mandato de optimización”,²¹ y no como argumento interpretativo, que, como se vio, por antonomasia le es predicable a la interpretación conforme a partir de su desdoble como directiva de interpretación primaria y secundaria.

Lo anterior tiene una relevancia mayúscula, pues desde la concepción misma de la naturaleza del derecho, la exigencia moral de “pretensión de corrección”²² que se finca sobre el derecho positivo requiere materializarse innegablemente a partir de un instrumento formal, que a mi parecer lo hace de manera trascendente la interpretación conforme bajo su calidad de principio jurídico formal.

Alexy sostiene destacadamente que “los principios formales son principios”.²³ Esto es, que tanto los “principios procedimentales como los sustanciales tienen la cualidad de principios jurídicos, por lo que ambos participan de los elementos estructurales que los caracterizan como mandatos de optimización”.²⁴

Ambos principios jurídicos atañen a normas jurídicas cuya posibilidad de acción y prevalencia está supeditada a las circunstancias jurídicas y fácticas del caso concreto. Se trata de mandatos que exigen la realización del

instrumento preventivo de salvaguarda constitucional y una garantía instrumental para la restitución del orden constitucional. (11) En relación con el derecho internacional de los derechos humanos, en ser un elemento armonizador de fuentes nacionales e internacionales de derechos.

²¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 50 y ss.

²² *Idem*.

²³ Alexy, Robert, “Principios formales”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 37, 2014, p. 21.

²⁴ *Ibidem*, p. 22.

contenido normativo de esos principios en la mayor medida de lo posible. Son normas jurídicas que tienen por cometido la optimización de los contenidos normativos, en la medida en que sea posible su realización.²⁵ Empero, como también lo sostiene el referido autor, su distinción estriba en el objeto de optimización de unos y otros principios (formales y sustantivos).

En los “principios jurídicos sustanciales o materiales” el objeto de optimización son ciertos contenidos fundamentales del ser humano, necesarios para que bajo esa calidad reciba un trato digno, como la vida, la salud, la libertad, la integridad personal, el ambiente, etcétera. Tratándose de los “principios formales o procedimentales”, el objeto de optimización es que prevalezcan las “decisiones legales sin tener en cuenta su contenido”.²⁶ “Los principios formales requieren que la autoridad de las normas debidamente expedidas y socialmente eficaces sean optimizadas”.²⁷ Como lo refiere Alexy, siguiendo la tesis dual del derecho, eso implica que los principios formales se refieran a la “dimensión real o fáctica del derecho”, mientras que los sustanciales se ocupan de la “dimensión ideal o crítica del derecho”.

Alexy sostiene que en la dimensión real o fáctica se hallan tres elementos centrales,²⁸ que esencialmente versan sobre la efectividad de su cumplimiento, mientras que la propiedad esencial del derecho en su “dimensión ideal o crítica” es en términos llanos la tesis que sostiene para justificar la naturaleza del derecho, a partir de la “pretensión corrección”.²⁹ Esa propiedad sobre la “pretensión de corrección” del derecho tiene que ver con “la relación entre el derecho y la moral, pues el derecho eleva una pretensión de corrección”,³⁰ que de acuerdo con la conocida fórmula de Radbruch lleva al límite de justicia, de que “la injusticia extrema no es derecho”.³¹

De esa manera, suscribo la tesis de que los “principios jurídicos formales” son normas jurídicas con calidad de “mandatos de optimización”; por ende, constituyen principios jurídicos. Por lo cual, me parece también congruente que sobre ellos puedan existir tensiones normativas en relación

²⁵ *Idem.*

²⁶ *Idem.*

²⁷ Alexy, Robert, *The Argument from Injustice: a Reply to Legal Positivism*, traducción al inglés de B. Litschewski Paulson y S. L. Paulson, Oxford, Clarendon Press, 2002, pp. 3-4 y 13-19.

²⁸ 1. La relación entre el “derecho y la coerción o la fuerza”. 2. La relación entre el “derecho y la institucionalización de los procedimientos de creación y aplicación de normas”. 3. La relación entre el “derecho y el asentimiento o aceptación real acerca del mismo”. Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 69.

²⁹ *Ibidem*, p. 70.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

con otros principios jurídicos, tensión que, como lo sostiene Alexy, puede actualizarse no sólo respecto a otros principios formales, sino también sobre principios jurídicos sustantivos. Para ello me remito al ejemplo que nos brinda el autor, sobre la fórmula de Radbruch que opera bajo el apotegma “la extrema injusticia no es derecho”,³² que es el resultado de efectuar una ponderación llana entre “el principio material de justicia contra el principio formal de seguridad jurídica”.³³

De ahí lo ponderable que también resultan los principios jurídicos formales, al tratarse de normas inacabadas que estarán supeditadas a las circunstancias del caso concreto. De su calidad de “mandato de optimización” deriva su posibilidad de aplicación mediante ponderación, según las circunstancias jurídicas y fácticas.³⁴

Ahora, la calidad de principio jurídico formal de la interpretación conforme le permite participar determinantemente en la estructuración y articulación de los actuales sistemas constitucionales. La nota característica en esa interacción estriba y deriva de esa calidad, que le permite instrumentalizar la corrección moral del derecho positivo, cuyo resultado trae consigo la optimización del Estado constitucional del derecho, especialmente a partir del cometido de sanear correctivamente el derecho positivo moralmente defectuoso, con lo que se pretende que las decisiones institucionalizadas alcancen el cometido que pretendían alcanzar, pero que por negligencia o error se vieron truncas sus posibilidades. Ésa es precisamente su capacidad estructural para instrumentar la señalada “pretensión de corrección”.

En términos generales *stricto sensu*, en la interpretación conforme el objeto de optimización a partir de su instrumentalización lo constituyen las decisiones institucionalizadas. Por ejemplo, en una de sus facetas, la norma jurídica defectuosa será constitucional o convencionalmente saneada a partir de su armonización o corrección por vía de interpretación conforme. Empero, a nivel global, la interpretación conforme es un principio jurídico formal de optimización del Estado constitucional de derecho. Hablar de ello, *mutatis mutandis*, es considerarla, desde la teoría del derecho, que opera

³² Alexy, Robert, “A Defence of Radbruch’s Formula”, en Freeman, M. D. A. (ed.), *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, 8a. ed., Londres, Sweet & Maxwell-Thomson Reuters, p. 428.

³³ Alexy, Robert, “The Dual Nature of Law”, *Ratio Juris*, 23, 2010, p.177.

³⁴ Esta postura se contraponen al enfoque de Sieckmann del llamado “modelo de concepciones contrapuestas de derecho” (Sieckmann, J., *Recht als Normatives System*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 200-204) y al “modelo de dos niveles” de Klatt y Schmidt (Alexy, Robert, “Principios ...”, *cit.*, p. 27), que esencialmente sostienen que la ponderación es impermissible entre principios materiales y principios formales.

a favor de la justicia, pues instrumentalmente lleva consigo el saneamiento de las deficiencias morales del derecho positivo defectuoso.

Atento a ello, las posibilidades jurídicas y fácticas de la disposición que se interpreta y norma jurídica resultado *prima facie* inconstitucional, son las que harán permisible la posibilidad de saneamiento moral del derecho positivo, las cuales se pondrán en marcha a partir de las acciones de armonización o corrección que resulten necesarias según los defectos morales que se detecten y prevalezcan para el caso concreto.

De esa manera, la interpretación conforme participa bajo la calidad de principio jurídico formal, en la medida en que interactúa sobre la “dimensión fáctica o real del derecho”,³⁵ pues precisamente lo que pretende es que la autoridad de las normas expedidas y socialmente eficaces se optimice en el quehacer cotidiano a partir del saneamiento de sus falencias morales. Máxime que la “dimensión fáctica o real del derecho”, como lo sostiene Alexy,³⁶ puede conectarse con aspectos ideales, como acontece con el caso paradigmático del ideal de justicia, al que dicho sea de paso pretende acceder y alcanzar cualquier acto normativo, pues por antonomasia los actos institucionalizados como las leyes deben pretender ser moralmente correctas y justas.

La distinción de los principios formales o procedimentales estriba en que parten de la pretensión de que se “respete lo autoritativamente expedido y que éste resulte socialmente eficaz”,³⁷ y que su objeto de optimización es que prevalezcan las “decisiones legales sin tener en cuenta su contenido”. El que no se tenga en cuenta el contenido no priva de la posibilidad de efectuar valoraciones morales sobre el derecho positivo, en especial sobre las decisiones institucionales que nos brinda; aun más, superar sus falencias constitucionales, y que ello acontezca materialmente a partir de los propios principios jurídicos formales, precisamente porque es permisible reorientar su optimización también sobre la idealidad del derecho, pues ambas dimensiones parten del presupuesto básico de las razones de justicia; esto es, que prevalezca el razonamiento moral.

³⁵ La “tesis tridimensional del derecho” concibe al fenómeno jurídico desde el punto de vista de tres dimensiones: fáctica, normativa y axiológica. “La dimensión fáctica se manifiesta como un hecho social, observa al derecho como un acontecer que se presenta de manera cotidiana en la vida de las personas, a dicho fenómeno se le conoce como la omnipresencia del derecho”. Reale, M., *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*, Madrid, Tecnos, 1997.

³⁶ Alexy, Robert, “Principios...”, *cit.*, p. 21.

³⁷ Alexy, Robert, *The Argument...*, *cit.*, pp. 13-19.

En ese sentido, esa optimización objeto de los principios jurídicos formales debe procurar también la prevalencia de las decisiones legalmente justas, por lo que el contenido de las decisiones legales importa, y mucho, pues los productos institucionalizados deben derivar de un procedimiento no sólo legítimo, sino también que pretende ser racional y moralmente justo, por lo que cuando ese cometido no se alcanza, es cuando el razonamiento moral debe entrar en juego para sanear sus deficiencias, lo cual lleva aún más a potenciar la eficacia de las decisiones institucionales, en la medida en que no serán invalidadas siempre que se alcance sanear sus defectos.

De ahí que si axiológicamente la norma jurídica es moralmente deficiente o defectuosa, existe también la permisibilidad de que mediante saneamiento constitucional o convencional por vía de interpretación se alcance ese ideal de justicia, que acontecerá instrumentalmente a través del principio de interpretación conforme; por medio de *acciones de armonización y correctivas* se podrá sanear lo moralmente injusto, que desde la óptica constitucional o convencional, es sanear lo incompatible o incongruente que resulte con ese bloque de constitucionalidad.

En ese sentido, la interpretación conforme tiene por cometido, a partir del saneamiento moral del derecho positivo defectuoso, que esas razones de justicia se alcancen a partir de la optimización del Estado constitucional del derecho; tiene por cometido encontrar un punto intermedio de confluencia entre los defectos morales de los actos autoritativos y la invalidez total de resultar en extremo injusto el derecho, no en permitir que subsistan sus defectos, sino en sanearlos normativamente para reincorporarse óptimamente al sistema jurídico, y así brindarles eficacia.

Esa pretensión formal de prevalencia de las normas justas y la consiguiente posibilidad de corrección de las normas moralmente defectuosas es la que permite a la interpretación conforme desdoblarse bajo una calidad de principio jurídico formal, en la medida en que no sólo optimiza las normas jurídicas institucionalizadas, sino que lo hace a partir y con preeminencia de los principios jurídicos sustantivos, que no son otra cosa que las normas constitucionales o convencionales optimizadas.

Con toda precisión lo sostiene Hesse: la interpretación conforme no sólo se proyecta “allí donde la ley, sin el recurso a puntos de vista jurídico-constitucionales, permite una interpretación compatible con la Constitución”, sino que puede tener igualmente lugar “cuando un contenido ambiguo o indeterminado por de la ley resulta precisado gracias a los contenidos de la constitución”.³⁸

³⁸ Hesse, Konrad, *op. cit.*, p. 54.

Así, en el marco de la interpretación conforme las normas constitucionales o convencionales no son solamente normas que sirven de parámetro para el enjuiciamiento de las leyes secundarias, sino también normas que sirven para darles contenido, e incluso concretizar normativamente los alcances de las propias leyes constitucionales, lo que se realiza sin duda en los procesos de interpretación que realiza de *armonización o corrección* constitucional o convencional.

De manera concluyente, la calidad de principio jurídico formal de la interpretación conforme estriba en constituir un elemento instrumental por el que procedimentalmente el derecho positivo se reconduce a su optimización institucional, especialmente se optimiza a partir del sistema jurídico constitucionalizado, que acontece mediante su saneamiento moral.

El ideal de la eficacia autoritativa y de regulación social del derecho positivo se encuentra satisfecho no sólo a partir de la premisa del derecho positivo, sino a partir y esencialmente del postulado de justicia, que implica la consiguiente posibilidad de efectuar valoraciones morales de armonización y corrección en el derecho defectuoso. Cuando el derecho positivo falla en su pretensión de justicia (pretensión de corrección), debe acudir más allá de valoraciones normativas, a valoraciones morales, al constituir éstas el sustento y validez de todos los actos institucionalizados, incluyendo los constitucionales o convencionales. Esa posibilidad de corrección se instrumentaliza con especial fuerza a partir de la interpretación conforme. Veámoslo con mayor detenimiento.

2. *Interpretación conforme, medio instrumental de corrección moral del derecho positivo*

En líneas previas justifiqué la calidad de principio jurídico formal de la interpretación conforme, atento a su cualidad instrumental de optimizar la validez e institucionalidad del derecho positivo a partir de su corrección moral. La eficacia del derecho positivo está supeditada a su regularidad moral; esa regularidad institucionalmente es reconducible en términos muy generales a la regularidad constitucional o convencional. El que la Constitución o los tratados internacionales sirvan de parámetro de validez e interpretación jurídicas es no sólo por su fuerza normativa, sino por la axiológica que la compone, por ser institucionalmente en su conjunto el ordenamiento base que supedita la validez normativa y axiológica de todo el sistema jurídico.

De esa manera es como las valoraciones morales de la teoría del derecho son reconducibles a las razones constitucionales en las teorías constitu-

cional y de los derechos humanos, en la medida en que se entiende imbibida por antonomasia la justicia y valoraciones morales en los contenidos normativos constitucionales o convencionales (expresos e implícitos).

Por ahora me interesa que se tenga presente que la interpretación conforme es, *mutatis mutandis*, una interpretación conforme hacia las razones de justicia. El juicio de valor de dicha interpretación se reconduce necesariamente sobre razones morales; el saneamiento constitucional que acontece por vía de interpretación acontece por derivación y consecuencia de la concepción de la derrotabilidad de las normas, y la permisón que brindan las razones de justicia para el saneamiento moral del derecho positivo es de lo más relevante.

En ese sentido, hablar de interpretación conforme es lo mismo que hablar procedimentalmente de corrección moral del derecho positivo. Por virtud de ello, es innegable que la reforma constitucional en análisis implementó institucionalmente a partir de la previsión dual de las interpretaciones conformes, no sólo la posibilidad, sino el deber de corrección moral del derecho defectuoso en nuestro sistema jurídico. Introdujo una regla necesaria de optimización institucional de nuestro Estado constitucional de derecho a partir de valoraciones morales, especialmente las de justicia. De ahí su inevitable conexión entre el derecho y la moral.

La corrección del derecho en clave no positivista

Antes de justificar con mayor detenimiento esa incidencia de la interpretación conforme en la teoría de la justicia, especialmente sobre la posibilidad y necesaria corrección moral del derecho positivo, me gustaría destacar y acotar la referencia que hago sobre la capacidad de la interpretación conforme de estructurar los actuales sistemas constitucionales. Sobre esa locución me decanto por identificar limitativamente aquellos paradigmas constitucionales en claves no positivistas del derecho, especialmente configurados con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial del siglo XX.

Especialmente parto del pensamiento filosófico de Robert Alexy, en lo que respecta a su teoría de la justicia.³⁹ Me refiero además a ese constitucionalismo principalista, por distinguirlo destacadamente del constitucionalismo garantista que postula Ferrajoli. Es superación del positivismo jurídico a partir de claves iusnaturalistas, y no como lo sostiene Ferrajoli a partir de la “expansión o el perfeccionamiento del positivismo jurídico”. A mi parecer,

³⁹ Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2010, p. 9.

aun en ese supuesto perfeccionamiento sigue estando ausente la justificación moral del derecho positivo y su posibilidad de corrección por lo menos sobre aquellos razonamientos morales no positivados. Ello es así, pues téngase presente que ese constitucionalismo positivista de Ferrajoli se sigue enmarcando con independencia de los contenidos morales del derecho y de su eventual injusticia,⁴⁰ de lo cual destacadamente difiero.

Así, el que exista posibilidad de que las normas jurídicas *prima facie* incompatibles o incongruentes hacia los valores de justicia puedan ser saneadas correctivamente por vía de interpretación conforme deriva de la posibilidad de corrección moral del derecho positivo y de la “pretensión de corrección” que postula Robert Alexy.⁴¹ Esa posibilidad requiere de un medio instrumental para materializarse, y lo hace procedimentalmente a partir de la interpretación conforme, mediante sus dos acciones emblemáticas de *armonización o corrección* (en notas al pie justificadas).

A partir de ello, la interpretación conforme como principio jurídico formal se proyecta procedimentalmente como medio instrumental para el saneamiento moral de todo acto autoritativo e institucionalizado, incluso de los productos normativos que prevé el propio texto constitucional y/o convencional, en la medida en que constituyen también actos institucionalizados, y que no por su previsión positiva alcanzarán *ipso facto* su regularidad conforme a los cánones de justicia, más cuando en determinados textos constitucionales, como el caso de México, se recogen instituciones jurídicas y reglas a efecto de que constituyan un “coto vedado”,⁴² y con ello se imposibilite su escrutinio futuro, siendo que al ser un acto institucionalizado no deben estar fuera de su valoración moral, pues precisamente esa “pretensión de corrección” de la que nos hablaba Alexy no siempre la alcanza el derecho positivo, y cuando no lo alcanza es cuando el derecho a la *natura* debe efectuar su corrección.⁴³

⁴⁰ Ferrajoli, L. *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 137-150.

⁴¹ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 62.

⁴² Desde la teoría de la justicia ha existido el debate acerca de cómo proteger los derechos fundamentales y de cuál debe ser el rol de la justicia en el cumplimiento de esta función. Moreso sostiene que “Si se acepta una teoría de la justicia que contiene principios que establecen derechos fundamentales”; luego, tenemos la obligación de diseñar nuestras instituciones políticas de un modo tal que “aumente la probabilidad de obtener decisiones que no violen tales derechos fundamentales”, lo que lleva consigo la instauración de un “coto vedado” constitucional, destinado a proteger determinados derechos morales, que se encuentren incluso fuera del alcance de maniobra de la autoridad política reformadora. Moreso, J. J., *Derechos y justicia procesal imperfecta*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008, pp. 15-51.

⁴³ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 48.

Aquí es donde cae la tesis de Ferrajoli, que parte especialmente de un positivismo ideológico; el derecho no sólo puede considerarse justo por el hecho de ser positivo, ni muchos menos por estar positivizado constitucionalmente, sino que requiere de una armonía axiológica bajo valoraciones materiales de justicia, que no es otra cosa que valoraciones morales sobre principios jurídicos.⁴⁴

El que exista esa posibilidad de corrección moral del derecho positivo nos lleva necesariamente a asumir una postura teórica en clave no positivista. En principio, porque de aceptar que existe esa posibilidad de valoración moral en el derecho lleva necesariamente a aceptar consigo la tesis de la necesaria conexión entre el derecho y la moral.⁴⁵

En segundo término, porque lleva a aceptar la diversa tesis de que el derecho natural⁴⁶ es el fundamento y sustento para la validez del derecho positivo.⁴⁷ Al ser su sustento el derecho natural y tener eficacia jurídica prevalente sobre el derecho positivo, lo que permite que su fuerza normativa de carácter axiológico tenga preeminencia, con la consiguiente posibilidad de corrección mediante el saneamiento o invalidez de los defectos jurídicos.

La juridicidad del derecho positivo deriva así de su conformidad con el derecho natural.⁴⁸ Lo que es reconducible desde el punto de vista constitucional, a que la juridicidad del derecho infraconstitucional deriva de su conformidad con ese pacto fundamental, pero no sólo enclavado a su cuerpo normativo o bloque, sino también sobre aquellos derechos implícitos congruentes con ese sistema de fuentes; esto es, a las razones de justicia.

Es decir, para que el derecho positivo sea derecho es necesario que sea moralmente justo, y esa moralidad no sólo llega consigo por el hecho de haberse satisfecho un procedimiento, o bien por su sola referencia expresa y previsión en el marco constitucional, sino esencialmente a partir de la justicia de sus contenidos normativos. De no alcanzarse esa pretensión de

⁴⁴ Ferrajoli, L. *et al.*, *op. cit.*, p. 147.

⁴⁵ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 78.

⁴⁶ Los iusnaturalistas llaman derecho natural a los principios y derechos morales más básicos en los que radica lo justo (entre otros: derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad, y también, para los iusnaturalistas racionalistas liberales de la Ilustración, el derecho de propiedad privada. González Lagier, Daniel y Pérez Lledo, Antonio (coords.), *La filosofía del derecho en España*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, edición digital a partir de Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 5, 2001.

⁴⁷ Vigo, Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey-Alexy-Finnis)*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2006, p. 48; Vigo, Rodolfo Luis, *El iusnaturalismo actual, de M. Villey a J. Finnis*, México, Fonatamara, 2008, p. 104; Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho, de Radbruch a Alexy*, México, Fonatamara, 2008, p. 187.

⁴⁸ Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema... cit.*, p. 157.

idealidad del derecho, siquiera sería calificado como derecho, como sostiene Alexy, “sería una simple apariencia de derecho o una corrupción del derecho, pero no auténtico derecho”.⁴⁹

Lo que sea derecho se determina en función del derecho natural,⁵⁰ en “función de propiedades valorativas, en función de la justificación moral de sus normas, de su adecuación a ciertos principios de justicia”.⁵¹ Con ello se supera la tesis positivista de la juridicidad del derecho positivo a partir del sistema de competencias y cumplimiento a procedimientos; para que una norma sea jurídica no basta con que sea dictada por el órgano jurídicamente competente, mediante el procedimiento jurídicamente establecido, sino que tiene que ser moralmente justa.⁵²

3. *Tesis de la corrección en la teoría del derecho*

Como argumento conceptual que Alexy invoca en su teoría del derecho es el “argumento de la corrección”.⁵³ El argumento de la corrección se efectúa en dos pasos; en uno primero se intenta mostrar que el derecho eleva necesariamente una “pretensión de corrección”, y el segundo consiste en explicar que esa pretensión implica una “conexión necesaria entre el derecho y la moral”.⁵⁴

Esa “pretensión de corrección” es la que hace permisible la posibilidad de corrección moral del derecho positivo, y por ende, la que hace permisible que la interpretación conforme actúe por vía de saneamiento constitucional en el subsane de las deficiencias morales del derecho positivo, especialmente sobre las normas jurídicas *prima facie* contradictorias, por ser incongruentes o incompatibles con el texto constitucional.

⁴⁹ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 48.

⁵⁰ Para el autor inglés John Finnis, el derecho natural son los principios de la razón práctica que ordenan la vida del hombre y de la comunidad, los cuales derivan de ciertos bienes básicos que se justifican por sí mismos. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 87-110.

⁵¹ Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 157-163.

⁵² Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 78.

⁵³ Diverso argumento que Alexy utiliza en su teoría del derecho es el argumento de la “injusticia extrema” (fórmula de Radbruch), en cuanto a que “la injusticia extrema no es derecho”, que junto con los argumentos de la corrección y de los principios (mandatos de optimización) constituyen las tres razones de mayor poder que puedan llevar a pensar que existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral, y que esta relación es la “propiedad esencial del derecho en su dimensión ideal o crítica”. *Ibidem*, p. 69.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 62.

De acuerdo con “uno de los presupuestos necesarios de los actos de habla mediante los cuales se desenvuelve la práctica jurídica”, cuyo objeto de esa práctica es la determinación de las normas regulativas sobre lo que está jurídicamente prohibido, permitido o es obligatorio, “es que dichos actos pretenden ser correctos, pretenden ser aceptados como correctos por parte de la comunidad jurídica y de la comunidad en general”. Ésta es la llamada “pretensión de corrección”.⁵⁵

Para Alexy, esa pretensión es lo que hace que el “discurso jurídico sea un caso especial del discurso práctico general”,⁵⁶ pues, a su parecer, quienes como participantes en las prácticas regulatorias generales nieguen esa pretensión de corrección, implica de manera necesaria en sus afirmaciones, que incurrieran en una “contradicción performativa”; esto es, “una contradicción entre una aserción explícita y una aserción implícita, pero necesaria en cuanto a su esencia”.⁵⁷ “Es una contradicción entre lo que se dice y lo que está implícito de manera necesaria en el acto de decir”.⁵⁸

Alexy sostiene que esa “pretensión implica una conexión necesaria entre derecho y moral, porque cuando las razones provenientes del derecho positivo no son suficientes para resolver los casos concretos, la pretensión de corrección permite recurrir a razones de toda laya, con prioridad a las razones de justicia”,⁵⁹ razones de justicia pertenecientes, que llevan consigo una valoración del derecho a partir del razonamiento moral. La conclusión de Alexy es perentoria: “la pretensión de corrección necesariamente se refiere al razonamiento moral cuando la decisión no puede adoptarse sólo con base en razones procedentes del derecho positivo”.⁶⁰

Esa “pretensión de corrección” es la que lleva consigo no sólo la posibilidad de efectuar valoraciones morales al analizar la juridicidad de las normas, sino que implica la necesidad de hacerlo cuando sea posible. Es de distinguirse esa posibilidad de corrección según las circunstancias del caso concreto, con el deber de acción de la interpretación conforme ante la detección de una norma moralmente defectuosa; para el primero, los límites racionales de corrección de la propia directiva son los que brindan las acciones permisibles de saneamiento a realizar, mientras que el deber de acción correctivo acontece en todos los casos en que se detecte una norma *prima*

⁵⁵ *Ibidem*, p. 67.

⁵⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos...*, cit., pp. 50 y ss.

⁵⁷ Alexy, Robert, “Una defensa a la fórmula de Radbruch”, trad. de Seone, *J. Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, pp. 75-95.

⁵⁸ Alexy, Robert, *The Argument...*, cit., pp. 35-39.

⁵⁹ Alexy, Robert, “The Especial Case Tesis”, *Ratio Juris*, núm. 12, 1999, pp. 378 y 379.

⁶⁰ Alexy, Robert, *El concepto y la...*, cit., p. 68.

facie moralmente defectuosa, concretamente *prima facie* inconstitucional o inconvenional.

La posibilidad de valoración moral del derecho a partir de esa “pretensión de corrección” está presente también en la teoría del razonamiento jurídico de Neil MacCormick. Según su teoría, “la justicia formal parte de la presunción (de validez) de la aplicación de ciertas reglas jurídicas, a partir de ellas se puede justificar una decisión jurídica, a menos de que se den buenas razones a favor de rechazar esa aplicación y aceptar entonces una interpretación o una elección diferente”,⁶¹ a lo que denomina “justicia sustantiva”. Esa posibilidad de elección atañe a la posibilidad de corrección del derecho positivo mediante razonamientos morales, y lo hace permisible a partir de la fuerza de los “argumentos justificativos de segundo orden”, de los que pueden derivarse a su vez “excepciones (axiológicas) de las reglas jurídicas”.⁶²

Como lo sostiene MacCormick, el punto de vista de la “derrotabilidad conecta con una perspectiva relacionada con un problema omnipresente que tiene que ver con la formulación o articulación del derecho”.⁶³ “El problema está en un aspecto tal de límites a la exactitud o exhaustividad en las declaraciones de derecho, y en otro aspecto tal de la confiabilidad con la cual uno puede deducir inferencias a partir de las declaraciones expresas en las cuales el derecho está formulado”.⁶⁴

Para MacCormick, el razonamiento jurídico exige no sólo estar a la lógica deductiva, sino también al razonamiento moral que opera a partir de principios jurídicos. La teoría que se necesita para interpretar el derecho exige “no sólo el reconocimiento de reglas institucionales sino también de principios jurídicos y valores morales”.⁶⁵ La positivación del derecho requiere que se tomen en cuenta exigencias mínimas de “racionalidad en el nivel justificativo”.⁶⁶

Desde el punto de vista del iusnaturalismo jurídico, ésta es una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Esta conexión necesaria tiene la

⁶¹ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1994, p. 247.

⁶² MacCormick, Neil, “Particular and Universals”, en BanKowski, Zenon y MacLean, James (eds.), *The Universal and de Particular in Legal Reasoning*, Ashgate, 2006, pp. 3-22.

⁶³ MacCormick, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2003, p. 243.

⁶⁴ Baker, Gordon, “Defeasibility and Meaning”, en Hacker, Peter y Raz, Joseph (eds.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford Clarendon Press, 1977, pp. 34 y ss.

⁶⁵ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 246.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 247.

consecuencia de que las decisiones que son “moralmente defectuosas también son jurídicamente defectuosas (validez jurídica). Esto significa la inclusión de las razones morales al interior del derecho”.⁶⁷ Se presupone que todos los sistemas jurídicos elevan necesariamente esa “pretensión de corrección”, por lo que debe presumirse que los ordenamientos y las disposiciones pretenden ser justas, sino existiría una “contradicción performativa” en los términos apuntados.

En el caso de México, me parece que esa “pretensión de corrección” se encontraba presente desde antes de la reforma constitucional, pues sin duda el principio de supremacía constitucional y las garantías constitucionales que garantizan su efectividad han tenido por cometido que el juicio de valor se decante por la preeminencia axiológica de los principios jurídicos, concretamente de los derechos humanos o fundamentales que protege.

Empero, es indiscutible y de la mayor relevancia, que con motivo de la referida reforma constitucional de 2011, en México se constitucionalizó esa concepción destacadamente a partir de la implementación de la interpretación conforme. Es el propio constituyente quien dotó ese instrumento interpretativo de especial eficacia, a efecto de que fuera nuestro propio sistema jurídico constitucionalizado el que zanjara sus deficiencias morales, desde luego partiendo del presupuesto de perfectibilidad y corrección de los actos infraconstitucionales.

Lo relevante para esa posibilidad de saneamiento mediante el razonamiento moral es que el derecho positivo se reconduzca a los sentidos de justicia, especialmente a los principios jurídicos que constituyen su fundamento.

A. *La invalidez ante el umbral de la injusticia intolerable*

Ahora, no cualquier injusticia privará de validez jurídica a los actos institucionalizados, en este caso las normas jurídicas, se requiere, como lo sostiene Alexy,⁶⁸ en principio, que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un “grado intolerable”, de tal manera que la ley, en tanto “derecho defectuoso”, tenga que ceder ante la justicia.⁶⁹ Es sólo cuando se traspasa el “umbral de la injusticia intolerable cuando las normas, que han sido expedidas de manera apropiada y que son socialmente eficaces, pierden su validez”.⁷⁰

⁶⁷ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 74.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 75.

⁶⁹ Radbruch, G., “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)”, trad. de Boniee Litschewski y Paulson Stanley, *Oxford Journal of Legal Studies* (26), 2006, p. 7.

⁷⁰ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.* p. 75.

En ese sentido, a partir del principio de interpretación conforme se requiere que ese resultado interpretativo *prima facie* injusto no pueda ser saneado moralmente a partir de su armonización o corrección por vía de interpretación. Ésa es la relevancia de la interpretación conforme sobre la corrección moral del derecho positivo. Estriba en la posibilidad instrumental y racional de saneamiento del derecho defectuoso. La reforma constitucional en análisis se constituyó procedimentalmente en un remedio previo a la privación de validez de los actos jurídicos autoritativamente institucionalizados.

Atento a ello, para la invalidez del acto o norma, la injusticia debe alcanzar el umbral de lo intolerable. Incluso, aun alcanzando el nivel de lo intolerable, la respuesta institucional no será de manera inmediata la privación de sus efectos, sino por el contrario, habrá de optimizarse ese producto normativo a partir de su posibilidad de saneamiento constitucional o convencional.

De esa manera, existe una posibilidad intermedia, una solución que lleva consigo un diálogo permanente, en el que las valoraciones morales estarán presentes continuamente sobre la juridicidad del derecho positivo, lo que acontece procedimentalmente a través de la interpretación conforme. Las falencias morales del derecho positivo podrán ser reorientadas y reordenadas al ámbito de lo justo, sin llegar necesariamente a la fase final de la declaratoria formal sobre la nulidad del acto. El constituyente permanente en la reforma en análisis apostó a ello, a que existiera un diálogo constante y permanente sobre las razones de justicia, y que incluso prevalecieran éstas sobre las razones institucionales que brindará el derecho positivo en su formulación.

Si las decisiones jurídicas deben basarse en razones, entonces allí en donde se agotan las razones autoritativas debe acudir a razones no autoritativas, entre las más importantes, las que se refieren a las de justicia.

Por lo que

Una vez que se concibe a la moral como algo incluido en el derecho, las razones morales pueden y deben participar en la justificación de las decisiones jurídicas, cuando se agotan las razones autoritativas (pretensión de corrección), la teoría del razonamiento jurídico (argumentación jurídica), intenta explicar este fenómeno, concibiendo este último como un caso especial del razonamiento práctico general.⁷¹

⁷¹ Alexy, Robert, “The Especial...”, *cit.*, pp.157-165.

El llegar al umbral de lo intolerable hace que actúe remedialmente el derecho natural sobre el derecho positivo. Los defectos morales se confinan a atribuir al derecho un carácter defectuoso, de momento no invalidante si es que es posible sanearse interpretativamente y de manera conforme. Como señala Portocarrero, “la teoría de los principios se basa en este tipo débil de corrección moral”. Por tanto, la teoría de los principios, su test de proporcionalidad, de razonabilidad e interpretación conforme “no implican un tipo de moralidad absoluta, sino solo exigen una corrección moral mínima en tanto los deméritos morales no sobrepasen el umbral de la injusticia extrema”.⁷²

No se puede afirmar que una norma carece de validez únicamente con base en que ésta posea deméritos morales: se debe alcanzar necesariamente la injusticia extrema. Ésta es la versión incluyente del no positivismo a la cual me adhiero, que es mi sustento para el ejercicio de la interpretación conforme como medio instrumental de armonización y corrección, pues llevará a no privar de validez jurídica a las disposiciones jurídicas que se someten a escrutinio, al evitar que su resultado (norma jurídica) traspase los umbrales de la injusticia extrema. El optar por la norma jurídica que tenga coincidencia con la pretensión de justicia es llevar el razonamiento moral a la aplicación concreta en el derecho positivo.

Los anteriores constructos del derecho, sin duda, descansan en la teoría contemporánea del constitucionalismo, que intenta ir más allá de la legalidad estricta, pero no se olvida del derecho positivo. Tan no se olvida del derecho positivo, que a partir de su estructura formal se intenta efectuar una “lectura moral del derecho”.⁷³ En ese conjunto de ideas se incluye “la atribución de normatividad a los principios jurídicos y la definición de sus relaciones con los valores y las reglas, el surgimiento de la razón práctica y de la argumentación jurídica”.⁷⁴

De ahí la relevancia de la reforma constitucional en análisis, pues busca evitar no sólo la pugna con el texto fundamental, sino la arbitrariedad y la injusticia, injusticia que puede derivar de la aplicación de una ley a una situación particular, cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la disposición que se pretende aplicar (excepción axiológica).

⁷² Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Marcial Pons, 2016, p. 43.

⁷³ Dworkin, Ronald, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 148-189.

⁷⁴ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 2006, pp. 21 y 35.

Así, el aforismo la “ley es dura, pero es la ley”, sólo resulta admisible contemporáneamente si la ley es compatible con la constitucional o convencionalmente, o llevada más lejos, si es que es posible el saneamiento moral de sus deficiencias. Dicha compatibilidad implica no sólo que normativamente no sea contradictoria, sino que no tenga por consecuencia el menoscabar el goce desproporcionado de los derechos fundamentales, especialmente sobre aquello que se identifica como de “contenido esencial”.⁷⁵

En ese sentido, si es posible inaplicar una norma jurídica por ser manifiestamente contraria a la Constitución o convención, por mayoría de razón, en aras de asegurar la preservación del derecho y optimizarlo, es procedente que el juez pueda hacer una interpretación conforme con la Constitución o los tratados internacionales, sin necesidad de inaplicar la norma jurídica defectuosa.

De esta manera, “se produce una especie de actualización de la norma frente a la nueva Constitución, o dicho de otro modo, una especie de incorporación de los mandatos constitucionales a dicha norma, entre los que figuran con suma relevancia los derechos fundamentales”.⁷⁶ Zagrebelzky sostiene con acierto que el “modo de argumentar en derecho constitucional se asemeja, al modo de argumentar en derecho natural”, de esta manera, “los principios morales del derecho natural se han incorporado al derecho positivo”.⁷⁷

B. Interpretación conforme en la concepción de la naturaleza del derecho

Atento a lo expuesto, la posibilidad de corrección moral del derecho positivo, a partir de valoraciones morales, especialmente las de justicia, constituye el elemento teórico nuclear de la capacidad de saneamiento de la interpretación conforme, que sin duda fue la que se acogió en la citada reforma constitucional, pues al hacer permisible la capacidad correctiva del derecho positivo hizo también permisible su posibilidad de valoración. Bajo

⁷⁵ “La idea del contenido esencial de los derechos fundamentales se incluyó en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana, y en el 53.1 de la Constitución Española, para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se impongan vacíen sus contenidos normativos”. Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 111.

⁷⁶ Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México, UNAM, Mínima Trotta, 2008, p. 75.

⁷⁷ Zagrebelzky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, principios, justicia*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta, 1995, p. 116.

esa lógica, la interpretación conforme se constituyó en el medio instrumental necesario para alcanzar la “pretensión de corrección” en nuestro sistema jurídico, así como de la necesaria vinculación que existe entre el derecho y la moral.

De ahí es por lo que considero que al participar esa “pretensión de corrección” en la concepción de la naturaleza del derecho, y ser la interpretación conforme un medio instrumental para concretizar el saneamiento moral del derecho positivo, lleva entonces a considerar que el sustento primario que fija sus fundamentos más que en los principios constitucionales de supremacía, fuerza normativa y presunción de constitucionalidad, parte del concepto del derecho y su naturaleza jurídica, por ser una propiedad esencial de éste.

Desde el punto de vista de Alexy, la corrección es una propiedad esencial del derecho en su dimensión ideal o crítica, que como vimos anteriormente, también presente en su dimensión real o fáctica, por lo que entonces lleva a considerar que la “pretensión de corrección” y la fórmula de Radbruch no son sólo las únicas propiedades que caracterizan a la corrección como propiedad esencial del derecho, sino que a ellas se suma de manera relevante la interpretación conforme, en la medida en que también constituye un principio jurídico formal, como acontece con la fórmula de Radbruch, pero especialmente por ser el medio procedimental por el cual se concretizan remedialmente las razones de justicia. Siguiendo las afirmaciones de Alexy, el principio de interpretación también deriva de una ponderación entre el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia, tal como también deriva la citada fórmula de Radbruch.

Véase de este modo, la “pretensión de corrección”, por un lado hace permisible la corrección moral del derecho positivo, mientras que la cláusula de Radbruch eleva necesariamente una orientación jurídica y moral, especialmente dirigida al juez, para que se abstenga de aplicar y provea la invalidez de normas en extremo injustas; en palabras de Brian Bix, normas que llevan a constituir un “sistema jurídico perverso”.⁷⁸

Empero, esa posibilidad de corrección no sólo lleva consigo la invalidez jurídica del derecho positivo, sino también y de manera necesaria, atento a la cualidad de principio jurídico formal de la interpretación conforme, a la posibilidad de su corrección mediante el saneamiento por vía de interpretación, pues la optimización de las razones institucionales también son relevantes para el Estado constitucional del derecho. Esto es, debe existir

⁷⁸ Bix, B., “El Radbruch de Alexy”, en Bix B., *Lenguaje, teoría y derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 54.

la posibilidad de que las deficiencias morales sean superadas en caso de ser racionalmente permisible, lo que acontecerá a partir de la instrumentalización de la interpretación conforme. De no existir esa posibilidad racional de interpretar la norma conforme a los postulados de justicia, habrá entonces que prevalecer la invalidez jurídica que postula la referida fórmula una vez alcanzada esa injusticia extrema.

Tal y como acertadamente lo sostiene Alexy, “el derecho es, al mismo tiempo, esencialmente autoritativo y esencialmente ideal”.⁷⁹ De esa manera, si bien los defectos sobre la dimensión ideal impactan sobre la validez del acto por ser defectos jurídicos, pero ello no lleva necesariamente a menoscarla de manera definitoria, pues además de que esos defectos morales deben alcanzar los niveles extremos, debe también existir la consiguiente posibilidad de que esos defectos puedan ser saneados mediante razonamientos morales, que como acertadamente lo refiere el citado autor, constituyen también “razones normativas”.⁸⁰ La dimensión autoritativa del derecho lleva necesariamente a que se optimicen esos resultados institucionales. “Un concepto no positivista del derecho tiene necesariamente que ser aplicado para proteger los derechos fundamentales del ciudadano”.⁸¹

Expresémoslo así: la capacidad de saneamiento constitucional por vía de armonización y corrección a partir de la interpretación conforme deriva de la “pretensión de corrección” del derecho, por lo que constituye por ende su máximo fundamento. Esa “pretensión de corrección” del derecho desemboca finalmente en la Constitución y en los tratados internacionales, dado el carácter institucional y autoritativo que éstos proyectan sobre la validez de los actos infraconstitucionales dentro del sistema jurídico al que pertenecen.

La interpretación conforme así concebida constituye un elemento instrumental para la corrección moral del derecho positivo. De ahí que las virtudes instrumentales y efectos materiales de la interpretación conforme hacia el sistema jurídico derivan necesariamente de las razones de justicia, o, mejor dicho, de las razones morales imbíbidas en los principios jurídicos positivados constitucional o convencionalmente, o implícitos en ese bloque por su congruencia axiológica. Esencialmente, el “derecho defectuoso”⁸² será posible ser saneado a partir de las razones de justicia, en tanto cuanto son también razones normativas, y que acontecerá procedimentalmente por saneamiento vía interpretación conforme.

⁷⁹ Alexy, Robert, *El concepto y la... cit.*, p. 94.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 95.

⁸¹ *Idem*.

⁸² *Ibidem*, p. 69.

Es oportuno efectuar especial distinción sobre esta última afirmación: mi pretensión teórica en momento alguno estriba en pasar por alto y demeritar la eficacia metodológica que para la teoría de la justicia y el constitucionalismo contemporáneo tiene por ejemplo el principio de proporcionalidad, especialmente el subprincipio de ponderación, que permite aplicar al caso concreto los principios jurídicos, sino por el contrario, mi pretensión parte incluso de la necesaria aplicación de ese test que verifica la no arbitrariedad y el exceso, pues el ejercicio de la interpretación conforme puede ser previo o concomitante a ese argumento interpretativo.

Mi distinción realmente estriba en entender que al aplicar el principio de proporcionalidad o cualquier otra herramienta argumentativa; por ejemplo, el test de igualdad, si de su resultado derivan correcciones normativas, que son saneadas constitucional y convencionalmente, es porque instrumentalmente y de manera concomitante tuvo intervención e interacción necesaria la interpretación conforme. Es concebir que la corrección moral del derecho positivo se efectúa si bien no de manera única, pero de manera relevante a partir de la interpretación conforme, se tiene entonces presente que necesariamente participa esa directiva correctiva sobre todo saneamiento realizado sobre los defectos morales de un producto normativo al que formalmente no se le privó de validez.

En ese sentido, mi tesis es categórica, la concretización de la corrección moral del derecho positivo, a partir del *saneamiento constitucional normativo por armonización o corrección por vía de interpretación*, deriva de aplicar instrumentalmente la interpretación conforme *estricto sensu*, con independencia de que concomitantemente hayan sido aplicadas diversas herramientas argumentativas, como atañe con el referido principio de proporcionalidad. Se aplica el principio de proporcionalidad, sin embargo, dentro de este test se materializa la armonización o corrección normativa a través de la interpretación conforme.

Dworkin sostiene que “el juez antes de aplicar una norma jurídica debe sopesar la conformidad de la misma con los principios”,⁸³ pues “no basta con que la decisión judicial esté fundada en la norma, sino que es necesario que sea consistente con el sistema de principios”.⁸⁴ Zagrebelsky señala que “el juez sólo está vinculado a la ley si entiende que la solución aportada para el caso concreto es la más adecuada o justa desde el punto de vista constitucional, y de no ser así puede sortearla”.⁸⁵

⁸³ Dworkin, Ronald, *La justicia con...*, *cit.*, p. 58.

⁸⁴ Hierro, L., “El imperio y la crisis de la ley”, *Doxa*, 19, Alicante, 1996, p. 303.

⁸⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho...*, *cit.*, p. 134.

De ahí que el derecho positivo no sea un producto institucionalizado final, sino que debe ser optimizado conforme a valoraciones morales y las exigencias que brinde especialmente el caso concreto, según las posibilidades jurídicas y fácticas. El derecho positivo al ser perfectible eleva no sólo su posibilidad de corrección, sino que exige por razones de justicia a que ello acontezca previo a su aplicación o bien por optimización institucional, a la declaratoria formal de su invalidez.

Hay normas formalmente válidas, pero sustancialmente inválidas. La ciencia jurídica debe agotar su entendimiento meramente descriptivo, y optar por su capacidad crítica y correctiva del derecho. No sólo debe servir para superar y corregir las lagunas y contradicciones normativas, sino entender su posibilidad de corrección constitucional para aquellas que resulten moralmente injustas. La reforma constitucional en análisis ha brindado a través de la interpretación conforme el instrumento procedimental para alcanzar esa posibilidad de corrección de nuestro sistema jurídico constitucionalizado, al ser el elemento que por vía de interpretación sana las deficiencias constitucionales o convencionales.

4. La derrotabilidad de las normas jurídicas y su posibilidad de corrección a través de la interpretación conforme

Hasta ahora he sostenido que existe a partir de la “pretensión de corrección” la posibilidad de corrección moral del derecho positivo. Esa posibilidad de corrección, como antes dije, no sólo se efectúa con un carácter invalidante de las normas jurídicas injustas, sino con la búsqueda y posibilidad de saneamiento que acontece por vía interpretación conforme a las razones de justicia. La tesis es concluyente: el derecho positivo puede corregir sus falencias morales mediante su saneamiento por vía de interpretación; de no existir posibilidad racional para que acontezca ese saneamiento, es cuando vendrá la declaratoria de invalidez (inconstitucional o inconvencional) del derecho injusto.

La precisión anterior tiene relevancia, especialmente porque esa posibilidad de corrección moral del derecho positivo parte del presupuesto necesario de que las reglas jurídicas son jurídicamente “derrotables” por razones de justicia. Esa concepción de derrotabilidad es la que hace permisible que a partir de la interpretación de las disposiciones normativas puedan derivarse reformulaciones normativas, que se reconducen necesariamente como excepciones axiológicas, no sólo por la imprevisibilidad racional del legislador, sino ante su manifiesta y deliberada arbitrariedad en algunos de sus productos normativos.

El que exista la posibilidad de invalidar normativamente el derecho positivo por razones de justicia lleva a concebir como de posibilidad necesaria la corrección del derecho injusto. De la posibilidad de invalidez y corrección del derecho positivo en extremo injusto deriva su cualidad derrotable. El derecho positivo visto como producto institucionalizado es inacabado y, por ende, perfectible. Tal como lo sostiene García Figueroa: “el argumento de la injusticia se orienta a garantizar un umbral de corrección mínima en el ordenamiento, mientras que el argumento de los principios indica un horizonte ideal a cuya aproximación óptima queda vinculado el Derecho”.⁸⁶

Esta idea por lo menos es clara desde el constitucionalismo contemporáneo en clave no positivista, en tanto como se vio su concepción del derecho parte de la necesaria conexión entre la moral y el derecho. El derecho positivo no se puede aplicar aisladamente, como lo sostiene Figueroa, “no puede fragmentarse el discurso jurídico”,⁸⁷ y mucho menos cuando su aplicación resulta injusta. El derecho debe ser aplicado a partir de su congruencia axiológica, que parte de la posibilidad de su valoración mediante razonamientos morales. Atento a ello es por lo que una regla jurídica injusta admite previo a su anulación la posibilidad de que se verifique si puede en lo racional reformularse normativamente por vía de interpretación conforme hacia los postulados de justicia que adolece.

Las decisiones en el discurso jurídico se justifican moral y jurídicamente, porque ambas se constituyen en “entidades normativas”.⁸⁸ La fuerza normativa de la Constitución implica necesariamente la no “fragmentación del derecho positivo” del que nos habla García Figueroa,⁸⁹ en tanto las reglas jurídicas deben ser reconducidas a sus principios jurídicos. Las reglas no pueden ser resultado de una interpretación aislada, sino sistémica y conforme hacia sus postulados, atento a la “tesis de la eficacia irradiante” de la Constitución, “todas las reglas del sistema jurídico se encuentran impregnadas por las normas constitucionales”.⁹⁰

En ese sentido, cuando la injusticia de una norma jurídica *prima facie* se obtiene como resultado de un proceso interpretativo que prescindió de su armonización o corrección constitucional o convencional, del que deriva

⁸⁶ García Figueroa, Alfonso, “Neoconstitucionalismo y derrotabilidad. El derecho a través de los derechos”, en Bonorio Ramírez, Pablo Raúl (ed.), *Teoría del derecho y decisión judicial*, Bubok Publishing, 2010, p. 151.

⁸⁷ *Idem.*

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 154.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 154 y 155.

⁹⁰ *Idem.*

una interpretación asistemática a las razones de justicia, lleva necesariamente consigo a que en su formulación exista un defecto racional en su justificación que amerite la posibilidad de su saneamiento normativo por vía de interpretación. Cuando el legislador no distingue las razones de justicia, lo debe hacer el juzgador mediante la integración al sistema jurídico de reglas de excepción (axiológicas).

Esas reglas de excepción se encuentran íntimamente vinculadas a la concepción de derrotabilidad de las reglas jurídicas. Para ello, Alexy sostenía la “tesis del caso especial”, según la cual “argumentar jurídicamente es siempre argumentar moralmente con ciertos límites institucionales”,⁹¹ que a concepción de Nino “presupone asumir la unidad o no fragmentación del discurso práctico.”⁹²

El que se interpreten de manera conforme las reglas jurídicas es por consecuencia de la posibilidad de corrección moral del derecho positivo, que implica no aplicar las reglas sin distingo; la juridicidad de ellas también deriva de su congruencia y compatibilidad moral. La tesis del caso especial e irradiante de la Constitución implican que se tenga en cuenta el razonamiento moral en la aplicación del derecho positivo, incluso con la posibilidad correctiva que es consecuente a la pretensión de corrección, que se materializa a través de la interpretación conforme.

El razonamiento moral lleva a que pueda derivar de la regla jurídica vista en abstracto, una excepción en su aplicación. Esas excepciones del derecho positivo a través de la integración al sistema por vía de interpretación nos colocan necesariamente en el discurso moral, porque no se puede derivar una regla de excepción sin implicar valoraciones a partir de principios jurídicos, y por ende de derechos humanos; éstos son los que a partir de su concretización dotan de contenido normativo a la propia excepción.

Sobre las reglas de excepción, es lo que MacCormick sostiene a partir de la derrotabilidad implícita y explícita de las reglas jurídicas. A su parecer, “la primera parte del supuesto de que la generalidad de las reglas jurídicas no contempla las excepciones que por razones de justicia deben imperar en el caso concreto”. El legislador no las reconoce normativamente y de manera previa, sino que el juzgador, a partir de la pretensión de corrección, que, como se vio, parte de la posibilidad de efectuar valoraciones morales sobre el derecho positivo, desprende de un caso concreto. Por lo que hace a las segundas, “es cuando el propio legislador contempla expresamente reglas de excepción normativas”. En este último caso, “la regla jurídica es derrotada

⁹¹ “La tesis del caso especial, Lifante”, Isabel (trad.), *Isegoría*, 21, 1999, p. 25.

⁹² Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 64.

por consideraciones normativas del propio legislador, mas no del juzgador en el caso concreto”.⁹³

Es de precisar que MacCormick sostiene que la derrotabilidad no tiene que ver con las reglas jurídicas, vistas como los productos normativos positivados, sino a partir de la interpretación específica que se realiza de ellas. A su parecer, esos resultados interpretativos preliminares son derrotados cuando se alegan “excepciones jurídicamente justificadas”. Afirmación que sin duda comparto a partir de la distinción de normas jurídicas *prima facie*,⁹⁴ eso es, precisamente lo que acontece cuando opera la interpretación conforme mediante acciones correctivas en las normas, resultado de la interpretación se desprende una excepción axiológica de la norma jurídica *prima facie* que se sana no sólo a partir de los postulados constitucionales o convencionales, sino especialmente a partir de valoraciones de justicia, en concreto de los principios jurídicos.

Incluso esa derrotabilidad de las normas jurídicas *prima facie*, vistas como primeros resultados interpretativos, superables, atentos a la racionalidad que exista y sea permisible para su propia corrección, es la que permite afianzar la tesis de universalidad que el propio MacCormick postula en su teoría del razonamiento jurídico a partir de sus criterios de “corrección”, de “consistencia”, “coherencia” y “posibles consecuencias de la decisión”. Esas reglas de excepción axiológica que derivan tras derrotar las interpretaciones normativas *prima facie* inconstitucionales son “particulares dentro de las universales, pero que a su vez se convierten en universales”, dado que la norma jurídica definitiva constitucional o convencionalmente saneada se convierte en un juicio universal que permite juzgar casos futuros de manera semejante, atento a ello y como prolijamente lo sostiene ese autor “los universales derrotables también son universales”.⁹⁵

⁹³ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 252.

⁹⁴ Los resultados interpretativos que derivan del primer proceso de interpretación de armonización y del segundo proceso de interpretación de corrección en la interpretación conforme tendrán la calidad *prima facie*. Visto ello bajo una calidad provisional de productos normativos. Esa cualidad no definitiva de resultados interpretativos, hasta en tanto no sea declarada, es lo que hace que el principio aristotélico de no contradicción no se flagele. El que de una sentencia derive de una misma disposición, normas jurídicas constitucionales, constitucionalmente saneadas y normas jurídicas inconstitucionales *prima facie*, no implica una contradicción lógica, aun cuando de la misma disposición normativa deriven dos atributos contrarios e incluso contradictorios. Ya que su calidad definitiva acontecerá hasta la declaratoria final del fallo, materialmente para que se excluyan las posibilidades contrarias y contradictorias, y formalmente para privarlas de validez jurídica.

⁹⁵ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning...*, *cit.*, p. 253.

Martínez Zorrilla señala que el concepto *prima facie* deriva de Ross, quien concibe a todos los “deberes morales como sujetos a condiciones de excepción implícitas o explícitas que la desaparecen para favorecer el cumplimiento de otro deber moral”,⁹⁶ suceso que se manifiesta a la luz de un caso concreto, en el que entran en conflicto deberes, en el cual uno es vencido dada la importancia del otro.

Partiendo de la antes citada distinción entre disposición y norma, la interpretación asignada resulta válida *prima facie* para cada norma mientras no existen razones de más peso que lleven a lo contrario. Bernal Pulido sostiene que el carácter *prima facie* “consiste en un análisis interpretativo de las disposiciones constitucionales, mediante el cual se persigue establecer si la norma o posición que resulta afectada por la intervención legislativa, puede considerarse como una parte del derecho fundamental que la respectiva disposición describe”.⁹⁷

Es así como el carácter *prima facie* de una disposición normativa se relaciona con el principio de derrotabilidad, pues la premisa fundamental de éste consiste en asumir que todas las reglas jurídicas son derrotables, en tanto están siempre sujetas a condiciones y excepciones implícitas. En este sentido, “la derrotabilidad de las disposiciones es entendida como la imposibilidad de comprender todas las condiciones necesarias a las que se debe incurrir para formular una excepción”.⁹⁸

La existencia de normas derrotables “solo podría ser negada en caso de que se admitiese un sistema jurídico cuyas normas fueran, sin excepciones, capaces de regular todas las situaciones de su aplicación”.⁹⁹ Todas las excepciones a las normas jurídicas estarían contenidas en las propias normas. “El sistema jurídico sería así un sistema axiomático completo y cerrado. Admitir la derrotabilidad de las normas jurídicas significa, por lo tanto, reconocer dos circunstancias importantes”:¹⁰⁰ la imposibilidad de existencia de sistemas jurídicos perfectos y de que toda norma jurídica permite la posibilidad de obtener lagunas axiológicas, según lo exijan las razones de justicia que derivan de las circunstancias del caso concreto.

⁹⁶ Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 216.

⁹⁷ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 247.

⁹⁸ García Yzaguirre, José Víctor, “La validez *prima facie* y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Dikaion*, vol. 21, núm. 2, julio-diciembre de 2012, p. 471.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 472.

¹⁰⁰ *Idem*.

La derrotabilidad es una “forma compleja de vaguedad”, y, en general, se sostiene que es una “forma de indeterminación semántica”. “La idea básica es que la derrotabilidad de un concepto o de una norma depende de una indeterminación del significado del concepto o norma derrotable”.¹⁰¹

El carácter *prima facie* no sólo participa al momento de interpretar la disposición referencial que servirá de parámetro y por la que se habrá de enjuiciar la disposición secundaria, sino al momento mismo en que la disposición normativa secundaria se interpreta, por lo menos, y con especial referencia, con el primer resultado interpretativo que nos dio una lectura inconstitucional o inconvenional.

Ello deriva así para dotar de contenido definitivo a la disposición enjuiciada, en el proceso intelectual de obtención de la norma jurídica; el principio constitucional, una vez concretizado normativamente, dirigirá ese proceso de intelección, y será el parámetro no sólo para anticipar sus posibles sentidos, sino para adecuar y corregir sus falencias, momento en el que el primer significado asignado con carácter *prima facie* será derrotado por el sentido axiológico que prevalezca. De hecho, el que se permita dar una lectura distinta a la norma que *prima facie* resultó inconstitucional deriva por su carácter derrotable.

No se puede hablar de derrotabilidad sin referirse a los principios jurídicos, pues ellos sirven como razones o como fundamento para la adscripción de una norma excepcional que derrotará a la regla general establecida por la legislación positiva. Los principios son los materiales que serán empleados en la justificación de la derrotabilidad. Hay dos características altamente relevantes para la derrotabilidad. “En primer lugar, los principios, a diferencia de las reglas, constituyen una institucionalización imperfecta de la moral, ya que solo establecen un propósito o un valor que debe ser perseguido, aunque en la mayor medida posible. En segundo lugar, los principios, en vista de su carácter axiológico, constituyen el fundamento de las reglas jurídicas”.¹⁰²

De acuerdo con Atienza y Ruiz Manero, “los principios constituyen una fuente justificadora de las reglas”,¹⁰³ así como el parámetro para establecer su significado, propósito y ámbito de aplicación; es decir, “son su

¹⁰¹ Pazos, María Inés, “Derrotabilidad sin indeterminación”, *Doxa, Revista de Filosofía Jurídica*, núm. 25, Alicante, 2002, p. 441.

¹⁰² García Yzaguirre, José Victor, “La validez *prima facie*...”, *cit.*, p. 479.

¹⁰³ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Para una teoría postpositivista del derecho*, Lima, Palestra, 2009, p. 234.

fundamento”.¹⁰⁴ Así como un “principio informa el porqué de una regla, también puede informar el porqué no de ella en un caso concreto”.¹⁰⁵

En efecto, en aquellos supuestos donde “las razones que motivan un determinado mandato no son aplicables a las características del caso concreto, y, al contrario, existen otras que orientan su no aplicación, se entiende que el principio que sustenta la no aplicación de las consecuencias jurídicas sirve para derrotar la regla”.¹⁰⁶ Como bien afirman dichos autores, “el derecho no está compuesto solo por reglas, sino también por los valores y propósitos explícitos o implícitos, a los que las reglas sirven. Esas mismas razones (permiten comprender) que las reglas pueden resultar derrotadas por consideraciones derivadas de los principios”.¹⁰⁷

Así, la derrotabilidad del derecho “opera como manifestación del control jurisdiccional de los actos normativos con el propósito de generar aplicaciones normativas razonables en aras de desterrar manifestaciones desproporcionadas en casos concretos”.¹⁰⁸ “La aplicación categórica y no hipotética de las proposiciones normativas, lejos de legitimar el ordenamiento jurídico, es fuente de potenciales desgracias, las cuales la judicatura puede y debe evitar mediante la argumentación jurídica”.¹⁰⁹

De esa manera, los conflictos entre reglas pueden ser resueltos, “o bien a través de la introducción de una cláusula de excepción en el supuesto de hecho de una de las reglas en colisión o bien a través de la declaración de invalidez de por lo menos una de las reglas en conflicto”.¹¹⁰ La interpretación conforme actúa dentro del ámbito de solución de la primera regla, en tanto la derrotabilidad de la norma jurídica *prima facie* inconstitucional permite el que acontezca su saneamiento constitucional y/o convencional por vía de interpretación.

Como lo sostiene García Figueroa, “la derrotabilidad responde a una exigencia de la razón práctica, porque nuestros juicios prácticos deben ser revisables para poder enfrentarnos satisfactoriamente a las particularidades de casos que no podemos prever”.¹¹¹ “La razón práctica no sólo sirve para

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 235.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ García Yzaguirre, José Víctor, “La validez *prima facie*...”, *cit.*, p. 484.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 485.

¹¹⁰ Robert, Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 69.

¹¹¹ García Figueroa, Alfonso, “Neoconstitucionalismo...”, *cit.*, p. 154.

fundar la derrotabilidad de las normas; también es el instrumento para administrar la derrotabilidad”.¹¹²

La capacidad intrasistémica de saneamiento constitucional

Si la derrotabilidad responde a una exigencia de razón práctica, entonces debería llevarnos a concebir que la posibilidad de corrección y derrotabilidad de las reglas jurídicas trasciende para todo producto normativo institucionalizado, incluyendo las reglas jurídicas constitucionales o convencionales, pues éstas también están sometidas a la razón práctica en general. Esto me lleva afirmar algo que no me dará oportunidad de justificar con mayor detalle en estos momentos, pero que es importante tener presente, si pueden existir normas jurídicas constitucionales o convencionales inconstitucionales o inconventionales;¹¹³ en concreto, sobre aquellas reglas jurídicas que establezcan restricciones a derechos fundamentales, pero también sobre ellas debe primar la consiguiente posibilidad de corrección vía interpretación conforme, a través de su capacidad de saneamiento intrasistémico.¹¹⁴

Aunque es de precisar que para esa posibilidad de corrección deben conjugarse no sólo las interpretaciones conformes en análisis, sino también el principio a favor de la persona previsto también en ese segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. De esas tres directivas conjugadas se obtiene

¹¹² *Ibidem*, p. 162.

¹¹³ Bachof expresamente sostiene que “una norma constitucional puede ser también inconstitucional por la infracción del derecho constitucional escrito (formal)”, y también “inconstitucional por la infracción del derecho constitucional material no escrito”. Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra Editores, 2010, pp. 70 y 85.

¹¹⁴ Sobre esta capacidad intrasistémica de la interpretación conforme poco se ha explorado, incluso no sólo en concebir que las acciones de saneamiento constitucional acontecen a través de dicha directiva interpretativa, sino en contemplar la posibilidad de que correctivamente puedan ser saneadas las contradicciones internas del propio texto constitucional. Especial relevancia tiene ello, pues considerar que la interpretación conforme pueda actuar correctivamente hacia el interior de la Constitución, es asumir, como lo dije, la postura de que pueden existir ese tipo de contradicciones internas, y derivado de su existencia, que existe la posibilidad de su corrección moral por vía de interpretación.

Me refiero a una posibilidad de corrección normativa restringida, no de la totalidad de las normas jurídicas que contempla y derivan de la interpretación del texto constitucional, sino en específico de aquellas reglas constitucionales o convencionales que concretizan principios jurídicos a partir de restricciones desproporcionadas a derechos fundamentales, respecto de los cuales el principio de interpretación de unidad a la Constitución o alguna otra directiva interpretativa constitucional es insuficiente para superar sus incompatibilidades e incongruencias.

tanto la posibilidad como la obligación correctiva intrasistémica de sanear internamente los postulados constitucionales y convencionales. Esto es, su conjugación genera la máxima que posibilita la corrección moral de cualquier producto normativo que resulte contradictorio con los postulados de justicia, con independencia de su fuente y rango.

Lo relevante de esa reforma constitucional es que hoy en día el verdadero sentido y alcance que debe primar para el principio de supremacía constitucional es el que la prevalencia normativa y axiológica acontezca a partir de las normas jurídicas de derechos humanos, con independencia de la fuente normativa constitucional o convencional de la que deriven, pues ambas por su contenido material de salvaguarda son supremas. El postulado de justicia se impone como parámetro de validez e interpretación de la totalidad de las producciones normativas autoritativas, incluyendo las constitucionales, convencionales, infraconstitucionales o infraconvencionales.

De esa manera, esa conjugación de directivas interpretativas, su eficacia se proyecta sobre la totalidad de los actos institucionalizados, incluyendo los documentos normativos del mayor rango, cuando respecto a sus normas con estructura de reglas jurídicas son desproporcionadas las restricciones al goce de esos derechos.

Dicho de otro modo: intrasistémicamente, vía interpretación conforme es dable sanear correctivamente las incompatibilidades e incongruencias al interior de la propia Constitución, así como al interior de los propios tratados, sirviendo como parámetro de validez e interpretación para la Constitución, tanto ella misma como los tratados internacionales, y para los tratados, esos mismos tratados, como los contenidos constitucionales. Mientras que de manera extrasistémica, ambos documentos normativos, por su calidad y rango constitucional homogéneo, incluso ambos amigablemente se pueden constituir en parámetros de validez e interpretación según se trate del proceso interpretativo de armonización o corrección que se efectúe sobre la norma jurídica inconstitucional *prima facie*. Dicho de otro modo: ambos se constituyen en parámetro de regularidad constitucional y convencional.

Atento a lo expuesto, esa singular previsión constitucional dispone entre tantas cosas, además de una regla interna (ordenamiento jurídico) y externa (sistema jurídico) de corrección normativa por vía de interpretación, una regla de selección del parámetro de interpretación y validez (Constitución o tratados), a partir de la prevalencia del documento normativo (constitucional/convencional) que resulte más favorable para el gobernado, con independencia de su fuente.

IV. CONCLUSIONES

La interpretación conforme es más que una simple directiva interpretativa, es un principio jurídico formal que optimiza la validez e institucionalidad del derecho positivo a partir del saneamiento de sus deficiencias morales. La optimización del Estado constitucional del derecho es lo que constituye el objeto de la interpretación conforme cuando interactúa en su calidad de principio jurídico formal, que tiene como fin optimizar las decisiones institucionalizadas moralmente defectuosas, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.

La previsión constitucional de que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten de manera conforme articuló nuestro Estado constitucional de derecho bajo clave no positivista, concibiendo la derrotabilidad del derecho positivo con la consiguiente posibilidad de corrección de sus defectos morales.

El que exista posibilidad de que sean saneadas correctivamente por vía de interpretación conforme las normas jurídicas *prima facie* moralmente defectuosas deriva de la posibilidad de corrección moral del derecho positivo y de la pretensión de corrección como propiedad esencial y valorativa de la naturaleza del derecho.

Esa pretensión de corrección imbibita en el texto constitucional llevó consigo no sólo la posibilidad de efectuar valoraciones morales al analizar la juridicidad de las normas infraconstitucionales, sino implicó la necesidad de hacerlo cuando las razones de justicia lo exijan.

Lo expresado así lleva a concebir atentos a la idealidad del legislador racional, que la reforma constitucional en análisis previó como necesario el saneamiento constitucional o convencional del derecho positivo defectuoso, y que ello acontezca con especial referencia a través de la interpretación conforme.

Así, México, mediante esa reforma constitucional, sentó normativamente las bases institucionales para neutralizar una objeción de antaño, aquella que ha existido entre el derecho y la moral. De ese acto legislativo supremo existe una pretensión constitucional objetivamente reconocible, en entender como inescindible al derecho de la moral. Para nuestro sistema jurídico, las razones de justicia son la base necesaria para que se concrete el discurso jurídico de protección a los derechos humanos.

La implementación normativa del segundo párrafo del artículo 1o. constitucional trajo consigo algo más que la constitucionalización normati-

va de la interpretación conforme: trajo consigo un efecto de preeminencia normativa de los principios jurídicos. De ello deriva una regla constitucional categórica de que el derecho positivo se interprete de manera conforme a los principios jurídicos, y que sus defectos morales se saneen a partir de las razones de justicia.