

CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA: UNA TENSIÓN INEVITABLE

Rodrigo DÍEZ GARGARI*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Democracia y constitucionalismo: una tensión inevitable*. III. *Hacia las reformas constitucionales inconstitucionales o inconventionales. ¿Quién decide qué entra o no a la Constitución?*

I. INTRODUCCIÓN

El presente texto, como el libro del que forma parte, gira alrededor de las ideas de Mark Tushnet, profesor de derecho constitucional de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, y uno de los principales exponentes del movimiento conocido como “constitucionalismo popular”.

Tushnet caracteriza al “constitucionalismo popular” así:

¿Qué es el derecho constitucional popular? A lo largo de este libro lo he descrito como un derecho orientado a alcanzar los principios de la Declaración de Independencia y del Preámbulo de la Constitución. Específicamente, se trata de un derecho comprometido con el principio de los derechos humanos universales, justificables por la razón y al servicio del auto gobierno.¹

* Profesor de teoría general del derecho en la Escuela Libre de Derecho. Maestro en derecho por la Universidad de Harvard y abogado por la Escuela Libre de Derecho.

¹ Tushnet, Mark, *Taking Away the Constitution from the Courts*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2000, p. 191. La traducción es mía. El original

Para entender las implicaciones es útil el comentario de Roberto Niembro:

En términos generales el constitucionalismo popular se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial y a la visión elitista según la cual los jueces son mejores intérpretes constitucionales, aunque no todos los populares necesariamente son “anti-Corte” o “anti-control judicial”. El punto clave es la limitación de la supremacía judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una agencia colectiva, cuyo protagonista es el pueblo.²

A pesar de las aportaciones del “constitucionalismo popular” al debate jurídico, sus ideas no han arraigado en México. Acaso sea porque el término (populismo) tiene un sabor que resulta un tanto chocante por la historia que han vivido muchos países latinoamericanos; por el idioma; por la supuesta lejanía intelectual con los autores anglosajones. En fin, las razones pueden ser muchas y muy variadas.

Hoy, en México, la discusión jurídica tiene como eje rector los ideales de lo que se conoce como “neoconstitucionalismo”. De acuerdo con Susanna Pozzolo, el movimiento se caracteriza por los siguientes elementos:

- Principios versus normas;
- Ponderación versus subsunción;
- Constitución versus independencia del legislador, y

dice así: “What is populist constitutional law? Throughout this book I have described it as a law oriented to realizing the principles of the Declaration of Independence and the Constitution’s Preamble. More specifically, it is a law committed to the principle of universal human rights justifiable by reason in the service of self-government”.

² Niembro, Roberto, “Una mirada al constitucionalismo popular”, *Isonomía*, núm. 38, abril 2013, p. 193. Otro buen texto sobre aspectos generales del constitucionalismo popular es el de Roberto Gargarella, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, *Revista de Libros para la Fundación Caja Madrid*, núm. 112, 2006.

— Jueces versus libertad del legislador.³

Con rigor o sin él, por cualquier lado se escuchan referencias a las distinciones entre principios y reglas, al concepto sustancial de la democracia,⁴ al papel de los tribunales como principales protectores de los derechos humanos, o a la ponderación como mecanismo ideal para solucionar cierto tipo de conflictos. Estas ideas provienen de fuentes distintas (Dworkin, Alexy, Ferrajoli, etcétera) y en ocasiones no son del todo compatibles, al menos desde un punto de vista teórico. Pero la realidad no se ocupa de sutilezas, y hoy buena parte de los abogados usan como referente este vocabulario.

En este contexto, es fácilmente explicable la importancia que ha cobrado el papel de los jueces, especialmente los constitucionales. Asimismo, ante esa situación, es entendible que el “constitucionalismo popular” no haya encontrado eco. ¿Cómo conciliar el neoconstitucionalismo con una postura que sugiere dudar sobre las supuestas ventajas de los jueces para interpretar la Constitución?

Sin embargo, estoy convencido de que el “constitucionalismo popular” puede abrir caminos que vale la pena recorrer. Mi intención, desde luego, no es hacer proselitismo. Lo que intentaré es reflexionar acerca de algunas cuantas ideas de Mark Tushnet que pueden ser útiles. Tushnet podrá convencer o no, eso es lo de menos. Su mayor virtud es, sin temor equivocarme, la invitación a dudar de ideas que damos por hechas y sobre las cuales hemos dejado de reflexionar, de pensarlas críticamente. Por eso me gustaría concluir este apartado con una cita muy atinada de Fernando Escalante: “Ésta es una visión panorámica,

³ Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, vol. II, 1998, p. 340.

⁴ Para una buena discusión sobre el término “democracia sustancial” se recomienda el debate entre Ferrajoli y Bovero. Bovero, Michelangelo, “Democracia y derechos fundamentales”, *Isonomía*, núm. 16, abril de 2002; Ferrajoli, Luigi, “Sobre la definición de democracia. Una discusión con Michelangelo Bovero”, *Isonomía*, núm. 19, octubre de 2003.

y brevísima además; lo que hay de importante es lo que pueda leerse después; lo que hay que saber es siempre otra cosa y está en otra parte”.⁵

II. DEMOCRACIA Y CONSTITUCIONALISMO: UNA TENSIÓN INEVITABLE

La diferencia radica en que se muestra entonces, sin ambages, el precio que debe pagarse por ello.

Robert ALEXY

Desde sus orígenes, el constitucionalismo se ha entendido como un límite jurídico al poder. Así lo reconoce, entre muchos, Rolando Tamayo:

Voy a caracterizar al constitucionalismo como los intentos por establecer o señalar límites jurídicos a los gobernantes o detentadores del poder en una comunidad política. Encuentro que el constitucionalismo tiene una característica esencial: es una limitación jurídica al gobierno. El constitucionalismo se propone, así, sustituir el gobierno arbitrario y despótico por un gobierno “del derecho”.⁶

Si bien en un principio el “constitucionalismo” se entendió como un límite frente al gobierno, hoy en día ese límite funciona también contra los particulares y contra las mayorías en las asambleas representativas. Ahí es donde la tensión se manifiesta con mayor claridad.

Actualmente nos hemos acostumbrado a vivir con tribunales constitucionales que anulan leyes, y acaso por eso no le damos

⁵ Escalante Gonzalbo, Fernando, *Una idea de las ciencias sociales*, Madrid, Paidós, 1999, p. 20.

⁶ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 2006, p. 93.

demasiadas vueltas a esta tensión. Pero ignorarla no la desaparece. Si en toda democracia el pueblo debe participar directa o indirectamente en la toma de decisiones, ¿cómo justificar que un tribunal no electo anule una ley? Se trata del famoso argumento contramayoritario.

En defensa de la compatibilidad entre tribunales constitucionales y democracia, hay un sinnúmero de autores. Dworkin, por ejemplo, la lectura “moral” de los jueces como una condición para la democracia:

Quando entendemos mejor la democracia, vemos que la lectura moral de una Constitución política no es antidemocrática sino, al contrario, es prácticamente indispensable para la democracia. No digo que no haya democracia a menos que los jueces tengan el poder de anular lo que una mayoría cree que es lo correcto y justo. Muchos arreglos institucionales resultan compatibles con la lectura moral, incluyendo algunos que no les otorgan a los jueces el poder que tienen en la estructura norteamericana. Ninguno de esos arreglos, sin embargo, es en principio más democrático que el otro. La democracia no insiste en que los jueces tengan la última palabra, pero no insiste en que no la tengan.⁷

Ferrajoli, por su parte, acude al concepto de “democracia sustancial”. Para el jurista italiano, la democracia sustancial se

⁷ Dworkin, Ronald, “The Moral Reading of the Constitution”, *The New York Review of Books*, vol. 43, núm. 5, 21 de marzo de 1996, disponible en: <http://www.nybooks.com/articles/archives/1996/mar/21/the-moral-reading-of-the-constitution/> (fecha de consulta: 20 de abril de 2015). La traducción es mía; el original dice así: “When we understand democracy better, we see that the moral reading of a political constitution is not antidemocratic but, on the contrary, is practically indispensable to democracy. I do not mean that there is no democracy unless judges have the power to set aside what a majority thinks is right and just. Many institutional arrangements are compatible with the moral reading, including some that do not give judges the power they have in the American structure. None of these varied arrangements, however, is in principle more democratic than others. Democracy does not insist on judges having the last word, but it does insist that they must not have it”.

erige como un límite a las mayorías respecto de lo que se puede decidir. A partir de esa premisa, es fácil llegar a la conclusión: no hay nada más democrático que un tribunal encargado de proteger los derechos humanos, incluso contra la voluntad de la mayoría.

No importa cuántos argumentos se puedan esgrimir para justificar las funciones de los tribunales constitucionales, ninguno es capaz de resolver satisfactoriamente el problema. La tensión está ahí y ahí permanecerá, y disimularla no nos lleva a ninguna parte. Un tribunal capaz de anular las decisiones de la mayoría tiene un tinte no muy democrático. Una cosa muy distinta es si, a pesar de ello, ese camino es el más adecuado para alcanzar ciertos fines. Es a lo que se refería Isaiah Berlín cuando hablaba de la libertad positiva:

Una cosa es decir que yo pueda ser coaccionado por mi propio bien, que estoy demasiado ciego para verlo; en algunas ocasiones puede que esto sea para mi propio beneficio y desde luego puede que aumente el ámbito de mi libertad. Pero otra cosa es decir que, si es mi bien, yo no soy coaccionado, porque lo he querido, lo sepa o no, y soy libre (o “verdaderamente” libre) incluso cuando mi propio cuerpo terrenal y mi pobre y estúpida inteligencia lo rechazan encarnizadamente y luchan con la máxima desesperación contra aquellos que, por muy benévolamente que sea, tratan de imponerlo.⁸

No todo lo bueno (en términos de diseño institucional) tiene que ser forzosamente democrático. ¿Por qué insistir en ello? Acaso no sea sino el anhelo ilustrado que pretende acomodar los valores de occidente en una sola bolsa, como si todos fueran compatibles entre sí.⁹

⁸ Isaiah Berlin, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1998, p. 234.

⁹ Sobre ese anhelo tan propio de la Ilustración, vale la pena leer Berlin, Isaiah, “The Counter-Enlightenment”, *Against the Current*, Princeton University Press, 2001.

Precisamente de eso nos habla el comentario de Robert Alexy que aparece como epígrafe de este apartado: “la diferencia radica en que se muestra entonces, sin ambages, el precio que debe pagarse por ello”.¹⁰ El comentario aparece en un artículo sobre el famoso caso de los guardianes del muro. Después de la reunificación alemana, el Tribunal Constitucional alemán se enfrentó al problema de qué hacer con los soldados que mataron civiles que intentaban cruzar el muro. ¿Valía como justificación que lo hicieron obedeciendo órdenes de superiores dictadas con base en normas válidas en ese ordenamiento jurídico? La tensión es clara: si los sancionaban, el Tribunal Constitucional estaría aplicando retroactivamente la ley; no hacerlo, por otro lado, era convalidar un acto repugnante. El Tribunal Constitucional alemán decidió sancionarlos. Alexy está de acuerdo con la decisión, pero no con los argumentos sobre los cuales descansa. En su decisión, los jueces resolvieron el problema de la no aplicación retroactiva diciendo que en casos como éste la decisión no implicaba una violación de dicho principio. Lo que nos dice el jurista alemán es que en un caso como éste bien podemos elegir la sanción de los soldados por encima del principio de no retroactividad de la ley. Lo que no es admisible es pretender que no se afecta de ningún modo al principio de la no retroactividad. Alexy sugiere que reconozcamos sin ambages el costo de la decisión. Lo mismo vale para la tensión entre constitucionalismo y democracia.

La polémica entre democracia y constitucionalismo es muy larga, y no es necesario un recuento de las distintas posturas. Es suficiente con decir, creo, que hoy el debate está casi cerrado a favor de los creyentes en las virtudes de los tribunales. Actualmente, casi nadie se atrevería a decir en público que la protección de los derechos no debe estar en manos de un tribunal. Sostenerlo

¹⁰ Alexy, Robert, “Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal: la doctrina del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 2000, p. 208.

suenan no sólo incoherente, sino hasta de mal gusto. Nadie mejor que un juez constitucional para decidir sobre conflictos constitucionales, ¿o no?

1. *¿Por qué los jueces?*

Sin importar cuál sea nuestra posición sobre el rol de los tribunales constitucionales, nunca está de más poner en duda nuestras concepciones. Justamente en ese terreno Tushnet nos puede servir de apoyo. ¿Es verdad que la mejor manera de proteger los derechos humanos es a través de un tribunal? ¿Realmente el mecanismo del *judicial review* es el más adecuado? ¿No habrá alternativas?

Tushnet, como buen “constitucionalista popular”, desconfía de los tribunales, especialmente de su supuesta capacidad para llevar a cabo juicios sobre la Constitución. En este punto es necesario hacer un paréntesis para explicar brevemente los dos tipos de Constitución según Tushnet. Por un lado está la “Constitución gruesa”; es decir, las normas que se refieren a la organización del gobierno. Por el otro está la “Constitución delgada”; es decir, los principios que él encuentra en la Declaración de Independencia y en el preámbulo de la Constitución norteamericana:

Pero Lincoln continúa: “el pueblo habrá dejado de ser su propio amo si la política gubernamental sobre cuestiones que afectan a la totalidad se determina por decisiones de la Suprema Corte al momento en que dichas cuestiones se plantean en un litigio entre partes”.¹¹

Tushnet no se anda por las ramas: la discusión sobre la “Constitución delgada” no debería ser monopolio de los tribunales. De hecho, él sostiene que el pueblo (el *We the People* de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos) está en una mejor posición que los jueces para llevar a cabo esta discusión: “*I argue throughout this book that disagreements over the thin Constitution’s*

¹¹ Tushnet, Mark, *Taking Away the Constitution from the Courts*, cit., p. 11.

meanings are best conducted by the people, in the ordinary venues for political discussion".¹²

Este punto de vista podrá parecer exótico, pero no deja de tener su atractivo, especialmente porque nos obliga a pensar más a fondo sobre ideas de las que ya no dudamos. Incluso si estamos del lado del *judicial review*, una postura como ésta invita a ir un poco más allá, a dudar de las propias convicciones. Esta duda tiene especial relevancia en una época y en un lugar en el que nos han formado para aceptar ciegamente que el *judicial review* norteamericano es casi la única manera de llegar al Estado de derecho y que la mejor sentencia de la historia es *Marbury v. Madison*.¹³

Desafortunadamente, la mayoría de los argumentos para apoyar el *judicial review* y el papel de los tribunales constitucionales son circulares y no ahondan en aspectos que no sean los estrictamente formales. Uno de los argumentos recurrentes se puede resumir así: si la Constitución es una norma jurídica y los tribunales están encargados de aplicar las normas jurídicas, entonces los tribunales pueden anular una ley cuando contradice la Constitución. Esto es cierto, no cabe duda. Lo que no es tan claro es por qué el Poder Judicial habría de tener una posición privilegiada. Esta misma crítica se le ha hecho a la sentencia *Marbury v. Madison* desde una perspectiva que se conoce como "departamentalismo".¹⁴

¹² *Ibidem*, p. 14. "Lincoln creía que el proyecto que la Constitución estableció para el pueblo de los Estados Unidos consistía en defender los principios de la Declaración: el principio de que todas las personas son iguales, el principio de los derechos inalienables. Ésta es la Constitución delgada". La traducción es mía.

¹³ Aunque en Estados Unidos abundan los trabajos críticos sobre *Marbury v. Madison*, en México es muy raro encontrar autores que se atrevan a criticar esta sentencia. Para una buena postura crítica vale la pena leer Valdés, Clemente, "Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en Estados Unidos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 4, 2005.

¹⁴ Esta postura sostiene que cada uno de los poderes es intérprete máximo de la Constitución dentro de su propio ámbito y que no hay razón para considerar que el Poder Judicial pueda imponer su criterio a los otros dos.

Como lo decía anteriormente, este texto pretende ser una invitación a discutir, a profundizar un diálogo. Creo que hasta el más convencido de las bondades del *judicial review* aceptaría esta invitación después de leer las palabras de Abraham Lincoln:

Pero Lincoln continúa: “el pueblo habrá dejado de ser su propio amo si la política gubernamental sobre cuestiones que afectan a la totalidad se determina por decisiones de la Suprema Corte al momento en que dichas cuestiones se plantean en un litigio entre partes.”¹⁵

2. ¿A qué le tenemos miedo?

Aunque no tengan la fuerza de la postura dominante, sí hay alternativas al *judicial review* de corte norteamericano. Una es, precisamente, el constitucionalismo popular, que promueve un derecho constitucional que se desenvuelva más allá de los tribunales, un derecho constitucional protagonizado por el pueblo. Otra alternativa es el constitucionalismo de corte británico, en el cual el Parlamento es soberano.¹⁶

Al menos en nuestro país, estas dos opciones suelen despertar sospechas. La primera puede evocar a un personaje especialmente chocante en Latinoamérica: el líder populista. La segunda provoca suspicacia frente a los posibles abusos de las asambleas.

¿Por qué no despierta los mismos temores un posible abuso de los tribunales? La complejidad de la pregunta ameritaría un estudio propio. Sin embargo, en este texto aventuro una de las muchas respuestas: por lo menos en México, acaso sea el Poder Judicial de la Federación el poder menos desgastado. Nos han desengañado tanto los otros dos poderes que hemos desarrollado

¹⁵ Tushnet, Mark, *Taking Away the Constitution from the Courts*, cit., p. 9. Desde luego, esto se aplica para una democracia consolidada en la que el pueblo tiene vías efectivas para influir en la toma de decisiones.

¹⁶ En años recientes, el régimen constitucional británico ha sufrido cambios considerables. Para una buena visión general véase Jackson, Vicki C. y Tushnet, Mark, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, 2006.

una confianza (no sin reparos, desde luego) hacia los jueces, especialmente a los constitucionales.

Que algunos suelen preferir a los jueces constitucionales para decidir sobre ciertos asuntos no me sorprende. Lo interesante son los argumentos. Como decía, me parece que muchos parten de peticiones de principio y no ofrecen una respuesta del todo satisfactoria. No faltan algunos buenos argumentos para sostener que son los jueces quienes deben decidir estos problemas, sólo sostengo que la moda intelectual del momento ha generado una idolatría de la figura del juez y la aceptación acrítica de muchos de los postulados del neoconstitucionalismo.

Para salir de ese laberinto, nos podemos valer de Tushnet, sin que ello implique aceptar sus ideas. Basta con aceptar la pertinencia de sus dudas.

Uno de los argumentos más comunes de quienes dan por hecho que los jueces son los indicados para abordar problemas constitucionales sostiene que las asambleas (el Poder Legislativo) son instituciones que, al definir sus poderes, buscan un interés propio. Esto no es otra cosa sino reconocer que el Legislativo se comporta de manera estratégica. A menos que seamos muy ingenuos, esto se puede decir también de los jueces. ¿Un tribunal constitucional no busca fortalecer su papel y sus atribuciones a partir de los casos que resuelve? ¿Un tribunal no hace política? Obviamente sí. En palabras de Alec Stone Sweet:

[La Corte] legitima ciertas rutas y deslegitima otras, y envía señales al parlamento, el poder judicial y a los propios litigantes que algunas líneas de litigio constitucional se han cerrado mientras que otras se han abierto.¹⁷

Otro argumento muy común para defender el papel protagónico de los jueces (especialmente frente al Legislativo) es el temor

¹⁷ Alec Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 96. La traducción es mía. El original dice así: “[The Court] legitimates some policy routes and delegitimates others, and signals to parliament, the judiciary, and to future litigants that some lines of constitutional contestation have been closed off or narrowed, while others have been opened up”.

a que el constituyente permanente pueda hacer lo que quiera. “Si la Corte no puede analizar la constitucionalidad o convencionalidad de las reformas constitucionales —exclaman los que apoyan a los jueces—, ¿eso significa que el constituyente puede hacer cualquier cosa?”. La misma pregunta la podríamos hacer respecto de la Corte: si la Corte puede analizar la constitucionalidad o convencionalidad de las reformas constitucionales, ¿eso significa que un tribunal constitucional puede hacer cualquier cosa?”. En la misma línea argumentativa, hay una idea que ha cobrado fuerza recientemente. “Imagina —dice nuestro interlocutor imaginario— que el día de mañana el constituyente restablece la esclavitud. ¿No debería oponerse la Corte a una reforma de este tipo?”. Se trata de un argumento un tanto engañoso. Desde luego que la Corte (y todos los demás) deberíamos oponernos a algo así. Por desgracia, en una sociedad que ha alcanzado tal nivel de baja como para restablecer la esclavitud, muy seguramente los medios jurídicos servirán de muy poco. En un escenario así, la discusión tendría que darse en otro lado, no en los tribunales.

Se trata de la falacia de la pendiente resbaladiza sobre la cual ya nos advirtió hace algún tiempo Thomas De Quincey:

Si uno comienza por permitirse un asesinato pronto no le da importancia a robar, del robo pasa a la bebida y a la inobservancia del día del señor, y se acaba por faltar a la buena educación y por dejar las cosas para el día siguiente.

Según otro argumento muy popular, los jueces están mejor capacitados para enfrentar estos problemas debido a su formación como abogados. No estoy tan seguro, y la duda merece un apartado propio.

3. *¿Por qué abogados?*

Antes de empezar, me gustaría desarrollar un poco más la pregunta de este apartado: ¿de verdad hay buenas razones para que sólo los abogados puedan ser parte de un tribunal constitu-

cional? Suena a provocación, lo acepto. En alguna medida lo es. Pero mi intención no es generar una polémica innecesaria. En verdad, me parece una duda que puede arrojar luz sobre un buen número de problemas.

Para empezar, me gustaría recuperar la idea de la “Constitución delgada”, la compuesta por los principios señalados en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. Sin mayor esfuerzo es posible trazar una cierta similitud (en términos muy generales, desde luego) entre ésta y los principios de los que nos hablan Alexy o Dworkin. Sé muy bien que los “principios” de Alexy y Dworkin tienen diferencias importantes, y que Tushnet no necesariamente se refiere a ellos cuando habla de la “Constitución delgada”; sin embargo, el vínculo que me interesa es muy general. Me basta con que el lector acepte que en la mayoría de las Constituciones occidentales hay una parte dura, técnica, encargada de apuntalar el andamiaje de la maquinaria, y otra parte menos técnica donde suelen ubicarse derechos humanos y principios.

Para nadie es un secreto que la labor más visible de los tribunales constitucionales se da alrededor de la discusión de los derechos humanos. ¿La crítica a una figura pública está protegida por la libertad de expresión? ¿Es discriminatoria una disposición que ordena la baja inmediata de un militar con VIH?¹⁸ Éstos son los casos que atraen la atención pública y que han ayudado a consolidar la relevancia actual de los tribunales constitucionales.

Si hoy en día las normas más importantes de un ordenamiento jurídico son los derechos humanos; si los derechos humanos son principios antes que reglas; si los tribunales constitucionales resuelven la colisión de principios mediante un ejercicio de ponderación, ¿qué razón hay para que las personas que deciden respecto de estos problemas sean abogados? A algunos les parecerá

¹⁸ Véase amparo en revisión 307/2007, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=90737> (fecha de consulta: 20 de abril de 2015).

una pregunta descabellada, pero si la pensamos con calma no es así. Desde luego, los abogados son útiles en un tribunal, pero creo que esto es así a condición de que desempeñen una función técnica. Si voy a demandar la ejecución de una hipoteca o el incumplimiento de una obligación de un concesionario en materia de telecomunicaciones, obviamente quiero que el encargado de resolver el conflicto conozca perfectamente las reglas juego; es decir, quiero un técnico capacitado en el manejo de ciertas reglas. Sin embargo, no me parece tan claro que un abogado esté en una mejor posición (sólo por ser abogado) que cualquier otra persona para decidir si el grito de “puto” en un estadio está protegido por la libertad de expresión. Si los tribunales constitucionales lidian principalmente con la Constitución “débil”, no estoy seguro de que ser abogado sea una condición necesaria para hacer un buen trabajo.

Pero dejemos este paréntesis, al menos por ahora. A continuación, me gustaría abordar la tendencia según la cual un tribunal constitucional debe decidir la constitucionalidad de las leyes, pero también la constitucionalidad de las reformas constitucionales. Se trata de una discusión que últimamente ha cobrado especial relevancia.

4. *El entusiasmo por los derechos humanos*

No obstante, como sistema, el derecho natural es impracticable por su vaguedad y, paradójicamente, por su inestabilidad: el simple enunciado de los derechos humanos, que son la mínima expresión de la tradición iusnaturalista, ha sufrido al menos tres modificaciones sustantivas en los últimos 200 años...

Fernando ESCALANTE

Sea como fuere, el lenguaje de los derechos, inferior al otro [el de las obligaciones] en precisión normativa, es superior a él en utilidad retórica.

Ricardo GUIBOURG

Hay un problema para el cual el constitucionalismo popular puede resultar especialmente útil. Me refiero a la falta de crítica en relación con el discurso de los derechos humanos. Tal parece que hoy en día el vocabulario jurídico empieza y se agota con los derechos humanos. Eso, aunque no lo queramos ver, tiene un lado negativo: hemos dejado de ser críticos.

Las consecuencias positivas derivadas del desarrollo de los derechos humanos en las últimas décadas son claras.¹⁹ Sin embargo, el “lado oscuro” no es tan obvio, o al menos hay un esfuerzo considerable por no verlo. Acaso Ricardo Guibourg sea uno de los juristas que han visto esto con mayor claridad:

Decepcionados ante la tarea legislativa —cuyos defectos, entre otras condiciones, han generado una notable crisis de la noción de representatividad democrática— nos volcamos hacia los principios, los incluimos en nuestros textos constitucionales y, a falta de esta inclusión, los aplicamos con el mismo entusiasmo que siempre ha presidido los razonamientos del derecho natural.²⁰

Hoy en día es común escuchar a personas con una fe ciega en que los derechos humanos pueden resolverlo todo. No debemos olvidar que el mismo derecho humano (libertad de expresión)

¹⁹ A pesar de ello, no deja de haber voces que manifiestan dudas sobre el impacto real de los derechos humanos en la vida de buena parte de la población.

²⁰ Guibourg, Ricardo, “El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales”, en Serrano Migallón, Fernando y Vázquez, Rodolfo (coordinadores), *Ciencia jurídica y Constitución: ensayos en homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2008.

que sirve para que un gobierno represor no censure a un artista sirve para legitimar la aportación de dinero privado a las campañas presidenciales.²¹ Y es que los derechos humanos (como casi cualquier otra norma jurídica tan vaga) no puede determinar un resultado específico. A pesar de los intentos de los abogados por distinguir con claridad entre el derecho y la política, la línea divisoria es muy sutil. Como bien lo han dicho los representantes del movimiento de *Critical Legal Studies* (al cual también pertenece Tushnet), es imposible distinguir entre derecho y política.

III. HACIA LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES O INCONVENCIONALES. ¿QUIÉN DECIDE QUÉ ENTRA O NO A LA CONSTITUCIÓN?

Ya hemos visto que Tushnet desconfía de la capacidad de los tribunales para tomar decisiones respecto de lo que él llama “Constitución delgada”. Ésta puede ser una posición extrema. En realidad, la mayoría de los abogados están dispuestos a aceptar el *judicial review*. El único límite en el que casi todos estaban de acuerdo era el de las reformas constitucionales.

Pero ¿no podría un tribunal decidir respecto de la constitucionalidad de las normas constitucionales? En el caso mexicano, también cabría preguntar si es posible hacer un control de convencionalidad de la Constitución. Durante mucho tiempo una pregunta así hubiera sido considerada como algo descabellado. Hoy, la situación es diferente. Esta idea, dogma incuestionable no hace mucho tiempo, empieza a perder fuerza frente a la limitación del poder reformador de la Constitución.²²

²¹ Véase *caso Citizens United v. Federal Election Commission*, disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/08-205.ZS.html> (fecha de consulta: 20 de abril de 2015).

²² Un artículo que analiza muy bien este cambio es: Roznai, Yaniv, “Un-constitutional Constitutional Amendments—The Migrations and Success of a Constitutional Idea”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 61, 2013.

En este debate se pueden encontrar, a grandes rasgos, dos posturas. Por un lado, están quienes consideran absurdo que un tribunal constitucional pueda analizar la constitucionalidad de la norma suprema. Sus razones, la mayoría de las veces, suelen ser superficiales y de un formalismo bastante ramplón. Al parecer, este grupo sostiene que una Constitución no admite contradicciones. ¿Por qué? Porque así se los enseñaron en la escuela, nada más. Alguien les dijo que las Constituciones no se pueden contradecir, y lo demás no lo escucharon. Sin embargo, casi cualquier lector es capaz de detectar no una, sino muchas contradicciones en la Constitución. Es obvio en un texto tan extenso y cuya vida va para los cien años.

La norma que suelen citar a la menor provocación es el artículo 133 constitucional:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.²³

Del otro lado están quienes sí ven contradicciones en la Constitución, lo cual no es un descubrimiento muy original. De hecho, es bastante obvia. Lo relevante es su inclinación por los tribunales para resolver estos conflictos. Pensemos en un ejemplo concreto, que ya ocurrió en México: ¿la limitación para que un particular contrate espacio en medios de comunicación masiva

²³ El artículo 133 es de los más problemáticos de nuestra Constitución, especialmente porque se tomó de la Constitución de los Estados Unidos, en donde, por regla general y sujeto a varios requisitos, el derecho federal está por encima del local. Eso no ocurre en México, y de ahí vienen los problemas. Para entender las dificultades de este artículo, vale la pena consultar la ejecutoria del amparo en revisión 120/2002.

para tratar de influir en las preferencias electorales viola la libertad de expresión a pesar de que dicha limitación esté prevista en la Constitución?²⁴ Yo veo un conflicto entre la limitación y el derecho irrestricto a la libertad de expresión. Que esa tensión deba ser resuelta por un tribunal, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (la “Corte”) en el caso mexicano, eso ya no es tan claro.

Si bien la segunda postura es más “novedosa”, no por eso puede ser menos dogmática. Hoy en día, después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la norma favorita de quienes pertenecen a este bando es el artículo 1o. constitucional, párrafos segundo y tercero:

Artículo 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.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

El párrafo segundo establece el principio “pro persona”. El párrafo tercero, por su parte, reconoce los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Encuentro esta postura dogmática porque se esfuerza demasiado en tratar de pasar por alto tensiones que no podemos ignorar tan fácilmente. ¿Eso significa que estamos condenados a seguir manejando el derecho desde la primera postura y asumir ingenua-

²⁴ Véase amparo en revisión 2021/2009 (el “amparo de los intelectuales”), disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=&Consecutivo=2021&Anio=2009&Tipo.Asunto=2&Perteneencia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MateriaID=0> (fecha de consulta: el 20 de abril de 2015).

mente la inexistencia de contradicciones? Bajo ningún motivo: un dogmatismo no es mejor al otro.

¿Por qué no reconocer las tensiones? Tal vez no sea tan reconfortante, pero estoy seguro de que es más útil. En este problema, Tushnet puede sernos de gran ayuda. En lugar de debatirnos en torno a formalismos, ¿no será mejor plantear el problema desde otra perspectiva? Hacernos una pregunta distinta, pues, de lo contrario, me parece que se trata de un problema que muy pronto nos conduce a un callejón sin salida. Como decía Martín Díaz a propósito de las necesidades constitucionales del presente:

En este caso, los exégetas son insuficientes; lo que se requiere es un grupo formado en la comprensión de las funciones sociales del derecho y no concentrado en los aspectos mecánicos de su operación. El tiempo actual evoca cualidades distintas.²⁵

Ninguna de las posturas referidas conducen a buen puerto porque ambas llegan a conclusiones muy contundentes partiendo de un material que es todo menos eso. Me explico. El derecho es, en muy buena medida, lenguaje, y eso significa que padece los mismos defectos que éste, entre los que destacan la ambigüedad y la vaguedad. Yo creo, sin ningún ánimo de ser conciliador, que el texto constitucional admite ambas lecturas. ¿Cuál es la correcta? No es posible decirlo, al menos no desde esa posición. En lugar de preguntarnos qué dice la Constitución para luego concluir diciendo que claramente dice esto o aquello, podemos tomar otra dirección. En vista de la vaguedad y ambigüedad y de la posibilidad de varias lecturas al interpretar la Constitución, ¿por qué centrar la atención en determinar qué es lo mejor en términos de funcionamiento institucional? Para ello, el primer paso sería establecer un objetivo. Pongamos que sea el Estado de derecho. Pues bien, si en lugar de seguir leyendo la Constitución como si fuera un texto sagrado nos preguntamos cuál es la mejor

²⁵ Díaz y Díaz, Martín, “La transición constitucional (notas sobre las condiciones del reemplazo)”, *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, 2000, p. 189.

interpretación para alcanzar el Estado de derecho, estaremos en una mejor posición. No digo que la respuesta sea fácil, pero al menos tiene la ventaja de no disfrazar tensiones y de obligarnos a ser explícitos sobre nuestros objetivos. Al menos sabremos de qué estamos hablando y sobre qué estamos discutiendo, y eso no es una cuestión menor.

Todo esto bajo ningún motivo es una discusión exclusivamente académica. De hecho, la Corte ha discutido diversos asuntos en los que estos problemas han sido centrales. Dos ejemplos especialmente relevantes son la contradicción de tesis 293/2011 y la discusión sobre la posible inconstitucionalidad del arraigo.

1. *La contradicción 293/2011*

Pocos asuntos han generado tanta polémica como la contradicción 293/2011. La contradicción se planteó entre un criterio del Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito²⁶ y otro del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.²⁷

El problema fundamental era el siguiente: si la Constitución establece una restricción a un derecho humano que goza de mayor protección en un tratado internacional, ¿qué norma aplicar?

La historia de la discusión es más o menos conocida. El ponente fue el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y, en primera instancia, presentó un proyecto en el que se inclinaba por la opción según la cual se debía aplicar el derecho más favorable

²⁶ Tesis de rubros: “DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS” y “JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”.

²⁷ Tesis de rubros: “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE AL NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN” y “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO”.

por encima de la propia Constitución. Sin embargo, en vista de la oposición de buena parte de los ministros, decidió presentar un nuevo proyecto.

El segundo proyecto señalaba que en caso de haber conflicto entre una restricción expresa prevista en la Constitución y un derecho humano reconocido en un tratado internacional, prevalecería la restricción constitucional. En cualquier otro supuesto, el parámetro de regularidad estaría compuesto por la Constitución y por los derechos humanos reconocidos en tratados.

Incluso después de que el ministro Zaldívar presentó el segundo proyecto, el asunto no fue fácil. Una muestra de ello es que hay cuatro votos concurrentes, un voto aclaratorio (el del propio ministro Zaldívar) y dos votos particulares.²⁸

Desde mi perspectiva, el problema que se planteó en la contradicción 293/2011 no tiene solución. Quiero decir que para ambas posturas hay argumentos razonables. Esto es así, en primer lugar, por las características propias del lenguaje: ambigüedad y vaguedad. Además, por eso que señala Karl Llewellyn:

...en cualquier caso lo suficientemente dudoso como para hacer respetable un litigio, las premisas disponibles —premisas legítimas e impecables con base en las técnicas jurídicas tradicionales— son al menos dos, y las dos son contradictorias al aplicarlas al caso concreto.²⁹

A. *Prevalencia de las restricciones constitucionales*

La postura según la cual deben prevalecer las restricciones constitucionales suele apoyarse en una parte del artículo 1o.

²⁸ Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659> (fecha de consulta: 28 de abril de 2015).

²⁹ Llewellyn, Karl, “Some Realism about Realism”, *Harvard Law Review*, núm. 44, p. 1239. La traducción es mía. El original dice así: “... in any case doubtful enough to make litigation respectable the available authoritative premises —i.e., premises legitimate and impeccable under the traditional legal techniques— are at least two, and that the two are mutually contradictory as applied to the case in hand”.

constitucional, en el artículo 133 de la Constitución, y en la idea del Constituyente permanente.

El primer párrafo del artículo 1o. dispone:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Según el artículo 133:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Así, quienes apoyan esta postura suelen apoyarse, por un lado, en la jerarquía constitucional (artículo 133) y en la posibilidad, y, por otro lado, en el reconocimiento del artículo 1o. constitucional, en el sentido de que las restricciones a los derechos humanos se pueden llevar a cabo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Por último, lo del Constituyente permanente sirve para decir que una vez que el Constituyente decide algo, ahí acaba la discusión, y que un tribunal no puede declarar inválida una norma de un “órgano” con tal legitimidad democrática.

Quienes apoyan esta postura desconfían del rol de los tribunales constitucionales como instancias de decisión respecto del contenido de la Constitución. Normalmente su objeción la plantean en estos términos: “bastante poder tiene la Corte para inter-

pretar la Constitución. Si, además, puede decidir qué entra y qué no, entonces se convertirá en un súper poder”.

Como se puede ver, son argumentos formalistas, pero no por eso necesariamente prescindibles. ¿Qué ocurre del otro lado?

B. Prevalencia del derecho humano que resulte más favorable

La postura según la cual se debe preferir el derecho previsto en un tratado por encima de una restricción constitucional descausa, principalmente, en el cuarto párrafo del artículo 1o:

Artículo 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.

Se trata del famoso principio *pro persona*³⁰ y el argumento no carece de fuerza. La reserva frente a la otra postura suele plantearse así: “el Constituyente no puede decir lo que sea, debe respetar los derechos humanos”. Cuando éste viola derechos, el encargado de resolver el conflicto debe ser precisamente el tribunal constitucional. De lo contrario, ¿de qué sirve el *pro persona*? Ciertamente es una pregunta que debemos plantearnos.

La discusión de los ministros transcurrió, principalmente, en la arena de lo formal. A pesar de que se hizo mención del Estado constitucional de derecho y de ideas similares, el debate giró alrededor del *pro persona* y del artículo 133 constitucional. El problema, como decía, es que ninguno de los artículos es contun-

³⁰ Sobre el principio “*pro persona*” se recomienda Caballero, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 103-133.

dente. ¿Por qué preferir una interpretación a otra? La discusión fue muy interesante, pero se dejaron de lado algunos temas centrales. Por ejemplo: ¿un tribunal está en una mejor posición que una asamblea para decidir sobre el contenido de la Constitución? ¿No corremos el riesgo de limitarnos a desplazar la instancia de decisión de un poder a otro?

En la medida en que la Constitución no dice nada sobre la posibilidad de que la Corte decida el contenido de la Constitución (lo que entra o lo que sale), me inclino porque estas decisiones las tome el Congreso (Constituyente o como se le quiera decir). Para aceptar un cambio tan radical, sería necesario, creo, un texto contundente. Eso no ocurre hoy. Sin embargo, se trata de una opinión, y sé que es debatible.

Derivada de esta contradicción, resultó esta jurisprudencia:

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.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado;

lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.³¹

³¹ Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifestó a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constitución y se apartó del resto; José Fernando Franco González Salas, quien indicó que formularía un voto concurrente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien manifestó que haría un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se llegó y el sentido de su voto a pesar de que en los límites tuvo un criterio distinto; Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular el voto concurrente; Luis María Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizaría un voto concurrente; Sergio A. Valls Hernández, reservándose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, reservándose su derecho a voto concurrente en relación con los límites; Alberto Pérez Dayán, quien se manifestó a favor del reconocimiento de la prevalencia constitucional y Juan N. Silva Meza, quien se reservó su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posición de entendimiento constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclararía u opinaría sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posición en el sentido; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Tesis y/o criterios contendientes:

Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO” y “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HU-

La jurisprudencia no es del todo clara. Primero dice que las normas de derechos humanos no se relacionan en términos jerárquicos, y un poco más adelante aclara que en caso de una restricción expresa en la Constitución, entonces prevalecerá ésta. Entonces sí que se relacionan en términos jerárquicos. Una cosa es que no se haya querido decir así por diversas razones; sin embargo, cuando dos normas chocan, una de ellas siempre prevalece, pues dicha norma tiene mayor jerarquía. Esta falta de claridad generó problemas en la discusión del amparo directo en revisión 1250/2012, de la cual se hablará a continuación.

Como sea, se ve que muchos de los temas en los que el constitucionalismo popular pone énfasis se discuten hoy con implicaciones prácticas, no limitadas al aula ni a la reflexión. Las decisiones que se tomen en este terreno bien pueden cambiar radicalmente la práctica jurídica.

2. *La inconstitucionalidad del arraigo. ¿De cuál arraigo?*

En la primera mitad de abril de 2015, la Corte se enfrentó a otro problema que muestra la relevancia de los temas del constitucionalismo popular. Me refiero al amparo directo en revisión

MANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”; aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: “DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS” y “JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”; aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052.

El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.

1250/2012, caso en el que se planteaba la inconstitucionalidad del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales:

Artículo 133 Bis. La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

Aparentemente, el artículo 133 bis no era compatible con el 16 constitucional, el cual limita el arraigo única y exclusivamente para los delitos de delincuencia organizada:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Sin embargo, el artículo décimo primero transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 18 de junio de 2008, parece abrir la puerta para ampliar el catálogo de delitos.

En este asunto me gustaría distinguir dos supuestos: por un lado, la inconstitucionalidad del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, y, por otro, la posible inconventionalidad de la figura del arraigo prevista en el artículo 16 de la Constitución.

A. *Inconstitucionalidad del artículo 133 bis*

En el amparo directo en revisión 1250/2012, la mayoría de los ministros votaron a favor de la constitucionalidad del artículo referido. El argumento principal fue el artículo décimo primero transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.

Esta medida será procedente siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

Así, aunque el artículo 16 constitucional parece señalar que el arraigo sólo procede en el caso de delitos de delincuencia organizada, en tanto entra en vigor el nuevo sistema penal, el Congreso puede ampliar el catálogo de delitos.

Me parece un argumento deficiente, especialmente porque el artículo décimo primero transitorio es un transitorio de un decreto, no un artículo de la Constitución. Es cierto que no hay jerarquía alguna entre un artículo ordinario y uno transitorio, pero esto sólo aplica cuando los artículos pertenecen a normas de la misma jerarquía, lo cual no ocurre en este caso. De acuerdo con la opinión de Miguel Bonilla:

La disposición transitoria pertenece a un decreto de reformas a la Constitución, no a la Constitución misma. Para demostrarlo, basta dar lectura al artículo primero transitorio del mismo “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicado el 18 de junio de 2008...³²

B. *Inconvencionalidad del arraigo previsto en el artículo 16 de la Constitución*

La discusión sobre el arraigo también se refiere al arraigo “constitucional”, por llamarlo de algún modo. Según el punto de vista de los opositores del arraigo, esta figura es contraria al principio de presunción de inocencia reconocido en la propia Constitución (artículo 20) y en tratados internacionales, especialmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8):

Artículo 20...

...

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

...

Artículo 8. Garantías Judiciales.

...

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas.

Desde la academia se ha criticado mucho la figura del arraigo tanto por los abusos que se han cometido al implementarlo como por su supuesta inconstitucionalidad o inconvencionalidad. En principio, suelo desconfiar de buena parte de estos argumentos. Primero, porque la furia con la que se esgrimen suele desviar la mira y, al final, no queda claro qué se está criticando. Segundo, sus adeptos suelen recurrir a una estrategia por demás engañosa:

³² Bonilla López, Miguel, *Tribunales, normas y derechos*, México, Tirant lo Blanch, 2015, p. 362.

insisten con monotonía incansable la clara inconstitucionalidad del arraigo. Siempre que en un debate jurídico complejo alguien asegure que la conclusión es clara, de inmediato hay que poner más atención a lo que viene.

Sobre el primer argumento me valdré de las palabras de Miguel Bonilla:

Además, cuando se sostiene que sería bueno, deseable, conveniente que el arraigo desapareciera o que tiene que erradicarse porque, por ejemplo, estadísticamente se ve que no funciona, o porque en cierto número de casos se han advertido violaciones a derechos humanos o cualquier otro argumento de este tipo..., en verdad se está discutiendo no sobre el Derecho positivo, sino sobre política legislativa.³³

En cuanto al segundo, me parece que si bien es posible sostener la supuesta inconventionalidad del arraigo (por aquello de la vaguedad y la ambigüedad), la cuestión es todo menos clara. Partir de esa falsa claridad sólo cancela el debate racional e imposibilita el diálogo.

En lo personal, me inclino por la constitucionalidad del arraigo. Primero, no creo que un tribunal deba tener la última palabra sobre el contenido de la Constitución. Segundo, porque la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) derivada de la contradicción de tesis 293/2011 dispone claramente que las restricciones constitucionales prevalecen sobre los tratados. Pero ¿en verdad es tan clara? Tal parece que no, pues durante la discusión del amparo directo en revisión 1250/2012, el ministro Zaldívar sostuvo:

En mi voto concurrente y en las discusiones posteriores que se han dado en otros asuntos sostuve lo siguiente y con base en esto voy a fijar mi posición en este asunto:

Primero. Que las restricciones también son interpretables y se tiene que hacer caso por caso.

³³ *Ibidem*, p. 340.

Segundo. Que las restricciones al ejercicio de un derecho solamente pueden ser válidas aquéllas que se compadezcan con un Estado democrático y un sistema de derechos; de otra manera estas restricciones no serían legítimas.

Tercero. Que todas las restricciones como excepciones al principio general, que es el ejercicio de los derechos son de aplicación estricta o limitativa; esto, por lo demás no es ningún criterio interpretativo moderno es un principio general de interpretación del derecho en el cual todas las excepciones son de aplicación estricta, aquí la regla general es el ejercicio de los derechos y la excepción es la restricción. Nuestro sistema constitucional –como no podría ser de otra manera– establece, consagra un sistema de derechos, un sistema de libertades no un sistema de restricciones.

Cuarto. Que cuando la tesis habla de que se estará a lo dispuesto en la norma constitucional, se refiere a todo el texto constitucional no solamente al texto de la restricción.

Quinto. Que las restricciones a los derechos humanos no pueden ser interpretadas en el sentido de hacerlos nugatorios o vaciarlos totalmente de contenido.

Sexto. Que a la luz del nuevo paradigma constitucional, todo el texto de la Constitución debe ser reinterpretado de la manera más favorable a la persona, maximizando el ámbito protector de los derechos y minimizando sus posibles restricciones.

Séptimo. Que esta operación en ocasiones tendrá el efecto de que en algunos casos las restricciones constitucionales se desdibujen o desvanezcan y en otros se apliquen cabalmente en un análisis que deberá hacerse –como ya dije– caso por caso.

Octavo. Que existen casos en los que no es posible lograr la armonización de los contenidos constitucionales debido a que distintas normas constitucionales regulan de forma diferenciada un mismo derecho y, que en tal supuesto debe aplicarse el principio *pro personae* de su vertiente de criterio de preferencia de normas; de tal manera que se prefiera la norma que favorezca en todo momento la protección más amplia de las personas.³⁴

³⁴ Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/13042015PO.pdf (fecha de consulta: 19 de abril de 2015).

Si las restricciones son interpretables por la Corte, entonces la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) no tiene ningún sentido y pierde toda utilidad. Bien o mal (desde una perspectiva teórica o de diseño institucional), la jurisprudencia parecía haber resuelto el problema a favor de la Constitución. Pero lo dicho por el ministro Zaldívar nos deja con la duda.

Detrás de esta discusión se asoman, de nuevo, los grandes temas del constitucionalismo popular, esas ideas que damos por hechas y sobre las cuales Tushnet y otros nos invitan a dudar. Podemos estar de acuerdo o no con el constitucionalismo popular. Lo rescatable es que, al traer a la mesa dudas como las planteadas, obtenemos un panorama más amplio desde el cual podemos dialogar con mayor profundidad y debatir con más racionalidad. No es poca cosa.